



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN PARA DEROGAR
EL INCISO 3 DEL ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO
PENAL PERUANO APLICANDO DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD PARA ADECUAR LA
SANCIÓN PENAL**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRO EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

Autor:

Bach. OTINIANO SOLER DARIO GABRIEL

Asesora:

Dra. CABRERA CABRERA XIOMARA

Línea de Investigación:

Derecho Público

Chiclayo – Perú

2019



UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL**

**“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN PARA DEROGAR EL INCISO 3 DEL
ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO APLICANDO DEL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA ADECUAR LA SANCIÓN
PENAL.”**

AUTOR

Bach. OTINIANO SOLER DARIO GABRIEL

CHICLAYO – PERÚ

2019

**“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN PARA DEROGAR EL INCISO 3 DEL
ARTÍCULO 367 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO APLICANDO DEL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD PARA ADECUAR LA SANCIÓN PENAL”**

APROBACIÓN DE LA TESIS POR

Dr. Mendiburu Rojas Augusto Franklin
Presidente del Jurado

Dra. Vera Esteves Sonia Beatriz
Secretaria del Jurado

Dra. Arévalo Infante Elena Cecilia
Vocal del Jurado

ÍNDICE

	Página
Dedicatoria	ix
Agradecimiento	x
Resumen	11
Abstract	12
Introducción	13
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.1 . Planteamiento del Problema.....	15
1.2 . Formulación del Problema	17
1.3 . Limitaciones	18
1.4 . Antecedentes	18
II. OBJETIVOS.....	20
2.1 General	20
2.2 Específicos	20
III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	21
IV. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	22
4.1. Marco Teórico	22
<i>CAPÍTULO I. DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD</i>	<i>22</i>
1. Cuestiones Generales.....	22
1.1. Bien Jurídico.....	24
2. Tipicidad Objetiva	25
2.1 Sujetos.....	25
2.2 Comportamiento Típico.....	26
2.3. Agravantes.....	27
3. Tipicidad Subjetiva.....	28

4. Antijuricidad.....	28
5. Culpabilidad.....	29
6. Inter Criminis	31
6.1.Ideación.....	32
6.2.Actos Preparatorios.....	32
6.3.Ejecución.....	33
6.4.Consumación.....	33
6.5.Agotamiento.....	33
7. Autoría y Participación.....	33
8. El Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad en el Derecho Comparado.....	36
<i>CAPÍTULO II: LA PENA.....</i>	<i>39</i>
1. Generalidades.....	39
2. Teorías de La Pena.....	39
3. Clases de Pena	45
3.1 La Pena en el Código Penal de 1991	45
4. Adecuación de La Pena	49
5. Concepción crítica de La Pena.....	49
6. Teoría de la individualización de La Pena.....	51
7. Sistema de Penas.....	52
<i>CAPÍTULO III: LÍMITES MATERIALES O GARANTÍAS PENALES.....</i>	<i>64</i>
1. Generalidades.....	64
2. El Principio de Proporcionalidad.....	64
<i>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE EXPEDIENTES.....</i>	<i>68</i>
4.2. Marco Conceptual.....	72

V. METODOLOGÍA	74
5.1 Hipótesis.....	74
5.2 Variables.....	74
5.2.1 Definición Conceptual.....	74
5.2.2 Definición Operacional	75
5.3 . Metodología	77
5.3.1 Tipo de Estudio	77
5.3.2 Diseño.....	77
5.4 . Población y Muestra.....	77
5.5 . Método de Investigación	78
5.6 . Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	78
5.7 . Métodos de Análisis de Datos	79
VI. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	80
7.1 . Descripción.....	80
7.2 . Discusión.....	89
7.3 . Propuesta	89
VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	93
7.1 Conclusiones	93
7.2 Recomendaciones.....	94
VIII. MATERIALES DE REFERENCIA	95
8.1 Referencias Bibliográfica.....	95
8.2 Direcciones electrónicas.....	96
ANEXOS	97

ÍNDICE DE TABLAS

Expediente N° 4134 – 2015: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (6 años 8 meses de Pena).....	68
Expediente N° 2322 – 2013: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (2 años de Pena Privativa de Libertad).....	69
Expediente N° 3005 – 2012: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (4 años de Pena Privativa de Libertad Suspendida).	70
Expediente N° 2213 – 2012: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (3 años 6 meses de Pena Privativa de Libertad Suspendida)	71

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 01: Bien Jurídico protegido en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad	80
Gráfico N° 02: Pena impuesta en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.....	81
Gráfico N° 03: Apreciación de La Pena en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad	82
Gráfico N° 04: Principio de Proporcionalidad.	83
Gráfico N° 05: Acuerdo Plenario 01 – 2016.	84
Gráfico N° 06: Teorías de La Pena	85
Gráfico N° 07: Vulneración del Principio de Proporcionalidad	86
Gráfico N° 08: Duplicidad de Sanción en los Delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad	87
Gráfico N° 09: Derogación del Art. 357 Inc. 3 del Código Penal Peruano	88

DEDICATORIA:

A Jassell, mi compañera de todos los días y mi amor sempiterno.

AGRADECIMIENTO:

A mis padres, quienes con su apoyo incondicionalmente ayudaron a sacar adelante esta investigación; y a todas aquellas personas que me incentivaron a continuar en esta travesía.

RESUMEN

Se analiza la tipificación y la pena del delito de violencia y resistencia a la autoridad en su modalidad agravada aconsejando un cambio para no vulnerar el principio de proporcionalidad constitucionalmente reconocido. También se explica cómo ha ido evolucionando el delito de violencia y resistencia a la autoridad en el ordenamiento jurídico peruano así como la doble tipificación contenida en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud también en su modalidad agravada, pues estos ya sancionan la conducta ilícita de una manera más detallada, que de aplicarse enmarcarían la sanción según el grado o la lesión ocasionada.

PALABRAS CLAVE: Violencia y Resistencia a la Autoridad, proporcionalidad, pena.

ABSTRACT

It analyzes the criminalization and punishment of the crime of violence and resistance to authority in its aggravated modality that foresees a change so as not to violate the principle of proportionality constitutionally recognized. It also explains how the crime of violence and resistance to authority has evolved in the Peruvian legal system, as well as the double typification contained in crimes against life, body and health also in its aggravated form, because they already sanction the conduct illicit in a more detailed way, that would apply would frame the sanction according to the degree or the injury occasioned.

KEYWORDS: Violence and Resistance to the Authority, proportionality, penalty.

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del derecho, a través de los tiempos vienen evolucionando tanto las leyes como las sanciones, y si de sanciones se trata no podemos dejar de hablar de la Ley del Talión del latín *lexTalionis*, cuyo principio jurídico buscaba una equidad en la sanción, pues la sanción a aplicar debía ser similar al daño causado, desde el derecho romano hasta la actualidad se han tomado como referencia y guía para la aplicación de leyes o normas, pues si analizamos la Ley del talión determinamos que la sanción aplicable en esa época tenía que ser proporcional al daño causado.

En la actualidad la delincuencia ha crecido en todos sus aspectos y con ellos los índices de inseguridad, teniendo el legislador como política criminal aumentar las sanciones y reducir beneficios penitenciarios en delitos específicos, sin embargo en las calles continúa el descontrol y el temor por parte de los ciudadanos cuya tranquilidad y libre tránsito se encuentra sujeto a posibles atentados contra su persona o su patrimonio.

Cuando se habla de inseguridad ciudadana, tenemos presente a la Policía Nacional, cuya función constitucionalmente reconocida es la de prevenir la comisión de delitos; en los últimos años como política criminal se ha tenido en cuenta mucho a este sector, se les ha implementado de tecnología, armas y unidades móviles, hasta se habló de tener más policías en las calles, de comprarles sus días libres, de reducir los años de preparación, pero hasta la fecha esto no ha surgido ningún resultado positivo, al contrario se ven cada día más las deficiencias que presentan, pero no se detalla pues no es materia de esta investigación si la policía cumple su labor, sólo de manera general ya que sobre ellos recae el delito materia de investigación como sujeto pasivo.

Teniendo en cuenta la proporcionalidad en la aplicación de sanciones penales, y a comparación con países sudamericanos, a lo largo de esta investigación se expondrá argumentos que determinen que la sanción aplicada en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad con la agravante del inciso 3 no es proporcional, por más posibles soluciones que pueda dar el legislador, pudiéndose aplicar las sanciones contenida en los delitos contra la vida el cuerpo y la salud con sus agravantes y así poder encajar según la magnitud del daño causado una sanción equitativa.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del Problema.

No solo en el ejercicio diario de la profesión, sino en la actividad rutinaria, en los últimos dos años se ha asumido una actitud pasiva y silenciosa respecto a las sanciones exageradas y desproporcionales por parte del poder judicial, que emite sentencias elevadas aplicando el Inciso 3 del artículo 367 del Código Penal Peruano, el mismo que sanciona los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.

Toda perspectiva en contra de la violencia, no solo a efectivos de la policía nacional, sino en contra de toda persona, y desde este trabajo de investigación se rechaza la violencia en todos sus tipos.

Definitivamente no se debe ser ajeno a una realidad criminal que avanza a pasos agigantados y se precisa tomar medidas para alcanzar la tan anhelada paz social, estas medidas tienen que ser congruentes y en proporción a la acción cometida por el sujeto activo, para sancionar y prevenir toda conducta que altere la ya mencionada paz social, así como lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del CP, que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

El 25 de Octubre de 2012, los peruanos fueron testigos del desalojo ocurrido en el mercado mayorista “La Parada”, motivado por la alcaldesa de Lima en ese entonces la Sra. Susana Villarán, el cual no entraré en detalles pues sería ampliar esta investigación, solo resaltar la violencia y el descontrol que no fue ajeno, demostrando bajísimos niveles de autocontrol por parte de los atrincherados comerciantes, que atacaron cual verdugos a todo el contingente policial que pretendía desalojarlos; hago realce en este tema, pues este es que da como inicio al nuevo Inc. 3 del Art. 367 que a la letra dice lo siguiente: “la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando el autor causa

una lesión grave que haya podido prever y, cuando el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas [...] en el ejercicio de sus funciones”

El Inc. 3 transcrito párrafo arriba, sanciona el delito con una pena no menor de 08 ni mayor de 12 años, si este es cometido contra un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, es decir, que coloca en una misma balanza desde las faltas, pues si cometes una falta contra un Policía se enmarcaría en este inciso, siendo esta una sanción desproporcional al delito cometido.

Frente a esta desproporción, la Corte Suprema convocó el 21 de agosto del 2015 al II Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal, con la finalidad de establecer lineamientos interpretativos respecto a los delitos de atentado, violencia y resistencia a la autoridad; teniendo como resultado el 03 de agosto del presente, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, el que faculta a los magistrados a imponer sanciones inferiores al mínimo, pues aquí surge la interrogante, ¿es esta la solución al problema de desproporcionalidad en la aplicación de sanciones?, sin vacilaciones se puede responder con un contundente no, pues ello significaría que queda en responsabilidad del juzgador aplicar la sanción, teniendo en cuenta que vivimos en una era donde los medios de comunicación juegan un rol muy importante, donde un titular de periódico cual este fuera influye en la determinación para sancionar,

La presión mediática, desde un enfoque particular en la investigación a seguir, resulta un factor transcendente para la valoración de un delito, y por qué el legislador carga tanta responsabilidad en un magistrado para que según su criterio aplique una sanción, porque no aliviarle la carga y delimitar, hacer un estudio de todo lo que comprende violencia y resistencia y desde ahí individualizar conductas, y como se dice

popularmente no meter todo en el mismo saco, si se individualizara cada conducta ilícita y tendría una sanción independiente, no se violaría el principio de proporcionalidad.

El Título I del Código Penal Peruano, que contiene los Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud, podemos encontrar que dentro de los delitos, en su sanción misma existe la agravante si se comete contra un efectivo policial en ejercicio de su actividad, entonces encontramos una doble tipificación de un mismo delito.

Sin embargo, lo anterior se puede resumir en las manifestaciones que se observan, las cuales se corroboran mediante la aplicación de instrumentos que se pueden resumir de la siguiente forma:

- La utilización del acuerdo plenario 01-2016, que faculta a los magistrados a sancionar con penas inferiores al mínimo legal.
- El inciso 3 del art 367 se encuentra inmerso en las agravantes de los delitos contra la vida; el cuerpo y la salud.
- La presión mediática ante casos de violencia.

1.2 Formulación del Problema.

¿Cuáles son los fundamentos teóricos y normativos que permitirían la aplicación del Principio de proporcionalidad para la adecuación de la sanción penal EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD?

Inadecuada utilización del principio de proporcionalidad de la pena, limita la adecuación de la sanción penal.

Desde la profundización del problema se revelan como causas:

- Limitaciones en la determinación de la pena lo que provoca un desmedido arbitrio judicial, creando inseguridad jurídica, lo que impide la eficacia misma del Derecho penal.
- Limitantes normativas donde interviene el juez para evitar que se cometan nuevos delitos, debiendo imponer la pena proporcional que corresponda.
- Insuficiencias en la práctica jurídica para la adecuación de la pena en razón al principio de proporcionalidad.

1.3 Limitaciones.

Es un análisis jurídico de la Constitución Política del Perú de 1993, Código Penal, Acuerdo Plenario 01-2016, este último trata de solucionar de cierta manera la desproporción en la sanción aplicada a los delitos de violencia y resistencia ala autoridad, si bien es cierto esta faculta a los magistrados a aplicar sanciones inferiores al mínimo establecido, esta no es suficiente, pues queda a voluntad del juez, teniendo en cuenta que un acuerdo plenario no es jurisprudencia al no resolver un caso en concreto, por lo que aún es un vacío que no se ha solucionado completamente.

1.4 Antecedentes.

Como antecedente se encuentra los hechos sucedidos en el mercado “La Parada” que a raíz de esto y como política criminal con la finalidad de hacer valer el principio de autoridad y el orden público, marca un antes y un después de este delito, hasta la fecha la sanción fue modificada cuatro veces, cuyo texto original del Art. 367, Formas Agravadas de violencia y resistencia a la autoridad tenían una pena de tres a seis años, teniendo su

última modificación por el artículo 2 de la Ley 30054 del 30 de junio de 2013 cuyo texto está aún vigente y sanciona con penas de 8 a 12 años.

A raíz de la última modificación surgieron dos grupos, quienes están de acuerdo y quienes no porque lo consideran desproporcionado, y el legislador lo entendió de esa manera y tiene su origen el Acuerdo Plenario 01-2016, que busca darle solución a este problema dándole facultades a los magistrados para que en base a su criterio puedan aplicar una sanción proporcional al daño causado.

En la legislación comparada, la violencia contra un efectivo de la Policía Nacional, cuando no genera lesiones graves tiene marcos de pena menores a nuestra legislación, siendo Colombia quien presenta la máxima con una pena no mayor a 8 años, Guatemala y El Salvador con penas de 1 a 3 años, nuestro vecino país Chileno presenta penas de 1 y medio a 3 años, México hasta 2 años; y sin embargo nosotros contemplamos en el mismo artículo si genera o no lesiones penas de hasta 12 años.

II. OBJETIVOS

2.1 General.

Proponer la derogación del Art. 376° Inc. 3 del Código Penal Peruano por vulnerar el principio de proporcionalidad en los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad.

2.2 Específicos.

- Analizar la regulación y referente a la adecuación judicial de la pena en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.
- Elaborar una propuesta de modificación del Art. 376° Inc. 3 del Código Penal Peruano.
- Corroborar la validez de la propuesta práctica a través de encuestas.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Si se logra derogar el Inc. 3 del Art.367 del Código Penal Peruano, los delitos serán tipificados dentro de los tipos específicos y serán sancionados según su gravedad, en este sentido la administración de justicia sería proporcional y equitativa, pues el ser humano psicológicamente es una persona con impulsos y reacciones propias y a veces involuntarias, siendo desproporcional que ante una mínima falta contra un efectivo de la fuerza armada sea sancionada con 6 años 8 meses como fue el caso de la Sr. Silvana Buscaglia, un ejemplo que se adecua perfectamente a esta investigación, a raíz de todos los acontecimientos acarreados por este inciso, los peruanos estamos sometidos ante una intervención cualquiera, pues no es esta la forma idónea de hacer valer el principio de autoridad, ahora todo lo que se haga o se diga en contra de un efectivo puede ser tipificado y sancionado con este inciso, y tendría una pena de entre 8 a 12 años y aplicando el acuerdo plenario inferior a la mínima como pueden ser 6 años.

La importancia radica en el estado de todos los ciudadanos, que nos vemos afectados, no directamente por que nadie sale a las calles a buscar enfrentarse con un efectivo de las fuerzas armadas, pero ante una intervención podemos ser víctimas del delito de abuso de autoridad, encontrándonos en desventaja y en un estado de desprotección, puesto que a la mínima respuesta o reacción pasemos de intervenidos a autores de un delito.

Teniendo en cuenta que la Constitución en su artículo 1 establece los bienes más importantes: persona, sociedad, estado, humanidad; y el delito de violencia y resistencia a la autoridad en su modalidad agravada, resulta siendo más gravoso en comparación a otros delitos, pues la penalidad es muy genérica y evidencia claramente una sobre criminalización.

IV. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

4.1 Marco Teórico.

CAPÍTULO I. DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. Cuestiones Generales

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (Código penal, art 365)

Según Álvarez (2016) El núcleo rector del tipo se expresa en la acción material finalista de impedir el ejercicio funcional, propio de cualquier servidor público, sea funcionario o sea autoridad que entorpece el normal cumplimiento de las funciones que le competen utilizando violencia o amenaza como medios para la acción de dolo directo, siempre que esta acción no constituya un alzamiento público.

Ante esta situación se plantea Qué se entiende por “alzamiento público” ¿Cuál es el sentido de incorporar al tipo de esta expresión? La terminología es equívoca, pareciera admitir que estamos ante un tipo penal residual. De este modo, si estas conductas no constituyen alzamiento público, de acuerdo al contenido material del tipo, configuran el delito de violencia y resistencia a la autoridad. La cuestión, sin embargo, no se soluciona con este tipo de razonamiento ni tampoco se reduce a una formulación tan simplista, porque la complejidad de la terminología indicada es evidente.

Artículo 365. Atentado contra funcionarios o servidores públicos.

El artículo en mención sostiene: el que con violencia o amenaza, impida a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o les estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Bajo la opinión de Pérez(2011) se afirma lo siguiente; emplear indistintamente conceptos como “autoridad”, “funcionario” o “servidor público” en el artículo 365, de manera distinta a lo establecido en el artículo 366 – que se refiere a un funcionario o tercera persona que presta asistencia (que por lo general suele ser un servidor público auxiliar, asistente, etc.) – que se encuentra correlacionado con las circunstancias agravantes prescritas en el artículo 367, inciso 3, complica aún más el proceso de interpretación de la norma penal.

Sabido es por todos, que nuestro país es parte de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, por haberla suscrito y ratificado. Esta convención es un artículo 1- donde se encuentran las definiciones de “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” - no emplea el concepto de “autoridad”. Los Códigos Penales se adecuan y los tratados o convenciones y no al revés. Es mejor utilizar esos conceptos para darles un contenido material racional a través de laboriosas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Cosa poco usual en nuestro medio, donde es notorio el uso indiscriminado y confuso de los mismos. (Álvarez, 2013).

1.1. Bien Jurídico:

Desde la óptica de Neyra (2014) En esta modalidad el injusto típico; se está prácticamente de cara a un fenómeno conductual prohibido que va en contra de la Administración Pública, en cuanto a sus funciones de manera normal y correcta se refiere, cuando el particular perpetra, cuando se va en contra de la ley.

El bien jurídico tutelado es el libre ejercicio de la función pública, sin el cual no es posible el normal desenvolvimiento de la Administración. De manera que, cuando el agente impide, obliga o estorba el ejercicio de las funciones públicas, utilizando medios violentos físicos o psíquicos, no hace más que atacar la libertad con que se debe prestar la Administración pública.

Constituyen actos que atentan contra el ejercicio de la actuación pública, Perturbándose su naturaleza ejecutiva, cuando el agente a través de medios violentos y coercitivos obstruye el ejercicio de las funciones de una autoridad. Comportan, por tanto, actos coactivos, que recaen sobre la persona del funcionario y/o servidor público.

Es necesario precisar que no se está aquí, salvaguardando ninguna función ni cargo alguno, es a la persona en sí que representa al funcionario a quien se le resguarda.

La figura de protección va más a su competencia, es decir a la libertad para el ejercicio de su función, a la facultad de libre determinación, de autonomía y no tanto a la integridad física y moral. Se trata de asegurar que la toma de decisiones en lo que le compete no se vea forzada, obstaculizada o restringida por cualquier acto ilícito del agente

2. Tipicidad Objetiva

Es la adecuación de una conducta a los presupuestos que detalla la legislación sobre un delito. Si la acción que ejecuta una persona de forma voluntaria encaja con la figura que describen las leyes como delito, se habla de la tipicidad del hecho cometido. De esta manera, cuando una conducta se adecua a la descripción de la ley, puede afirmarse que el acto constituye un delito. En cambio, cuando la adecuación no se produce en su totalidad, la acción no supone un delito. Esta adecuación está vinculada a la tipicidad de los hechos (Neyra, 2014)

2.1. Sujetos:

Según el autor se encuentran dos tipos de sujetos:

2.1.1. Sujeto Activo del Delito; es quien realiza el tipo pudiendo serlo solo las personas físicas, en general la acción puede ser realizada por cualquiera pero hay ocasiones donde el tipo exige una serie de cualidades personales de tal forma, que solo quien las reúna podrá ser considerado Sujeto Activo del Delito.

Cuando el sujeto activo puede ser cualquiera, el tipo penal utiliza la expresión "el que" o "los que", y cuando haya sujeto activo especial los nombra directamente "facultativo", "autoridad", "funcionario", "padre".

2.1.2. Sujeto Pasivo del Delito; es el titular del bien jurídico protegido o lesionado en el delito. Puede ser:

- Una persona física sea o no imputable.

- Una persona jurídica (una sociedad en los delitos contra la propiedad industrial.
- El Estado.
- La propia sociedad en los delitos contra el mercado o los consumidores.

Hay que distinguir:

- a) Sujeto pasivo de la acción (sobre el que recae la acción).
- b) Sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico).

O podemos también distinguir:

- a) Sujeto pasivo: titular del bien jurídico.
- b) Perjudicado: no es titular del bien jurídico pero sufre las consecuencias de la acción.
- c) Víctima del delito, que es sobre la que recae la acción.

2.2. Comportamiento Típico:

En todo tipo hay una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión) que vienen descritas en los códigos penales por un verbo rector: "...mataré...", "...causare a otro una lesión...", "...alarmare o amedrentare...", "...se alzare en armas...", etc. (Hanco, 2016).

La conducta típica es el elemento principal del aspecto objetivo del tipo. Lo que se tratará de comprobar es si esta conducta reúne todos los requisitos de un determinado tipo penal; es decir, que el resultado es obra atribuible al autor. Para ello, dentro del tipo penal existe una descripción (el verbo rector) que indica cuál es la acción u omisión que deberá caracterizar a la conducta.

La conducta típica de este delito se representa en dos verbos rectores, con la debida aclaración de que el tipo penal hace referencia al nexa “o”, ya que un hecho calificado como delito, para ser tal, no requerirá la concurrencia de ambas conductas. (Vásquez, 2008).

2.3. Agravantes:

Según Hanco (2016) Son circunstancias que incrementa la responsabilidad penal de un sujeto. Se trata de motivos que se vinculan al hecho en sí mismo y otorgan más gravedad al delito.

Estos agravantes no tienen que ver con la existencia del hecho. Dicho de otro modo: sin el agravante, el delito existiría de todas formas. Lo que supone el agravante es una mayor responsabilidad desde el punto de vista penal para el individuo que cometió el delito.

Existen agravantes objetivos (vinculados a los medios utilizados y a la ejecución concreta de la acción delictiva) y personales (que se asocian a relación del delincuente con la víctima o a la condición moral). A la hora del juicio, el agravante supondrá una pena mayor para el condenado.

En la misma línea Vásquez, (2008) sostiene que el enseñamiento, la alevosía, el abuso de confianza y la reincidencia son motivos que, de acuerdo a cada legislación, pueden considerarse como agravantes. Tomemos el caso de un hombre que asesina a su esposa con golpes de puño, patadas y veinticinco puñaladas. Dicho asesinato tiene como agravantes el vínculo que el homicida tenía con la víctima (estaban casados) y la alevosía (actuó a traición con su mujer y asegurándose del resultado de su acto, sin que la víctima tuviera la posibilidad de defenderse).

3. Tipicidad Subjetiva

Desde la opinión de Hanco (2016), únicamente resulta punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica.

Es aquí donde la ignorancia en que incurre el autor, puede dar lugar a un Error de Tipo, cuando aquél desconoce que está ejerciendo violencia sobre un servidor público; de ser invencible no sería objeto de punición por este tipo del injusto, al eliminarse el dolo y la culpa, sin embargo la punición se daría por el delito de coacciones o de Lesiones de ser el caso.

Ante un Error de Tipo Vencible, la punición sería a título de culpa, mas como esta figura delictiva no admite dicha variante subjetiva del injusto, se aplicaría la misma fórmula anotada en el párrafo anterior.

4. Antijuricidad

En la opinión de López 2004 (citado por Rodríguez 2012) la antijuricidad es la contrariedad del hecho con el Derecho; esto es, comparando el hecho con el

ordenamiento jurídico establecer si el Derecho prohíbe o permite la conducta. La norma emite mandatos prohibitivos, donde la antijuricidad lo que hace es excluir la existencia de un permiso para realizar el hecho; por ello, para Bacigalupo la antijuricidad es la teoría de las autorizaciones. (Villavicencio, 2014)

Sin embargo, previamente a la consideración de la antijuricidad el comportamiento debe ser calificado como típico (según la función indiciaria de la tipicidad, la realización de un hecho típico genera la presunción de que sea también antijurídico). Así, una acción típica será también antijurídica si no media una causa de justificación; por ello, la tipicidad de una acción es un indicio de antijuridicidad.

Averiguar si un hecho es típico supone el primer paso del análisis, pero no es suficiente, pues un hecho típico puede no ser antijurídico. En el ordenamiento jurídico existen supuestos en los que se permite la realización de un hecho típico; son supuestos, por tanto, típicos, en los que no concurre la antijuricidad. (Bacigalupo, 1998, citado por López, 2012)

A las causas que autorizan la realización del hecho, se les denomina causas de justificación. Estamos, por lo tanto, ante una norma y una contranorma, de modo que en la antijuricidad se utiliza el método de regla-excepción.

5. Culpabilidad

Para Villavicencio (2014), una vez que nos encontramos ante un hecho típico y antijurídico, lo que queda por establecer es si ese hecho configura o no un delito; determinar si esa conducta es reprochable. Esto es, hacer un juicio de culpabilidad.

La culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de otra manera no lo hizo, por lo cual el juez lo declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

En buena cuenta, entonces, la culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido e imponerle la pena estatal. Es, al mismo tiempo, un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena.

Son necesarias tanto la realización de los elementos objetivos del tipo como la comprobación de la antijuridicidad para la imposición de una pena al autor de tales hechos. Asimismo, la responsabilidad penal depende de que aquél haya obrado culpablemente; es decir, que el autor sea penalmente responsable de lo realizado. (López, 2012)

Por ello se dice que la culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor. En la culpabilidad se examina si se puede atribuir a la persona el hecho típico y antijurídico. Sus elementos son: la imputabilidad, el conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta.

Entonces, el concepto de culpabilidad se basa en la existencia de la libertad de decisión del ser humano. Así, para *Michael Köhler* “la culpabilidad es la libre (auto) determinación a favor de una máxima antijurídica; es decir, a favor de la vulneración del Derecho ‘como Derecho’ a través de una forma en cierto modo típica”. El Tribunal Supremo Federal alemán ha sustentado que:

La razón profunda del reproche de culpabilidad reside en el hecho de que la persona está dotada de facultad de autodeterminación ética libre y responsable, siendo por lo tanto capaz, tan pronto como haya alcanzado la madurez moral, de optar por el Derecho y en contra de lo que sea injusto, de orientar su comportamiento de acuerdo con las normas del deber ser jurídico y de evitar lo que esté prohibido por el Derecho Villavicencio (2014)

Una persona culpable es aquella que se encuentra vinculada y que comprende los valores jurídicamente protegidos, pero que los ha desatendido y transgredido; no se trata, por tanto, de buscar en la culpabilidad una ética individual, sino una del hombre medio o ética colectiva, cuyos valores se protegen en los tipos penales.

La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la anti-juridicidad de su conducta, y de no adecuar la misma a esa comprensión. La inimputabilidad es el estado de incapacidad para conocer el deber ordenado por la norma y la ineptitud de actuar, por cuenta propia, con arreglo a su mandato.

6. InterCriminis

El delito se desarrolla por etapas que a veces no son muy fáciles de diferenciar. Tenemos así, el recurso de nulidad N° 4804-98-Huaura, que nos precisa que:

De este modo López (2012) considera que “*En el proceso del delito, se destacan dos fases: la fase interna, que comprende la ideación, y la fase externa, que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito*”.

6.1. Ideación:

Es el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito. Esta fase de ideación del delito, aun cuando sea comunicada a terceros, no es punible. Rige el aforismo de Ulpiano: “*Cogitationis poenam nemopatur*” (el pensamiento no delinque).

Por ejemplo, en esta etapa se encuentra el hombre que, aprovechando la salida al cine de sus vecinos, decide robar las joyas que él sabe hay en la caja fuerte.

6.2. Actos Preparatorios:

En esta etapa se reúnen los materiales que se necesitará para lograr los fines propuestos: el sujeto se prepara para el delito. Como regla general, estos actos aún no son penados; en tal sentido se pronuncia la Corte en su Recurso de Nulidad N° 4753-98-Lima:

“Los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y, por ende, impunes”.

Sin embargo, hay excepciones, como el caso de la conspiración (art. 349°), en que se sanciona el hecho de agruparse “para” cometer el delito.

El caso expuesto se da cuando el hombre consigue una pata de cabra para abrir la puerta, compra el veneno para matar al perro guardián, etc.

6.3. Ejecución:

El agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo. Aquí es donde se presenta la tentativa. Estos actos son sancionados, salvo las excepciones que se puntualizarán.

En el ejemplo, el vecino mata al perro y fuerza la puerta para entrar a la casa.

6.4. Consumación:

Se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal.

En nuestro caso, ocurre cuando el individuo se apodera de las joyas. Se cumplen los elementos del hurto (art. 185° CP), agravados por las circunstancias de haberse cometido el delito en casa habitada, durante la noche y mediante la rotura de obstáculos (art. 186° CP).

6.5. Agotamiento:

Se denomina de esta manera a la fase posterior a la consumación. El autor logra satisfacer fines específicos. En el caso del vecino, ocurre cuando el agente vende las joyas y obtiene así el “provecho” del que habla la norma (art. 185° CP).

7. Autoría y Participación.

7.1. Autoría:

La noción de autor se cobija en el art. 23° de nuestro Código Penal, esbozando una idea general de la autoría con la expresión “el que realiza por sí”, queriendo de este modo individualizar al sujeto sobre quien recaerá el título de la imputación.

De tal afirmación resulta que el autor debe obrar con dominio en la realización del hecho, lo cual supone una acción típica y antijurídica como mínimo; la sola realización de los elementos objetivos y subjetivos de la descripción típica fundamenta únicamente el título de “sujeto activo”. (Torres, 2010)

En tal sentido, cabe precisar que el concepto de autor y el de sujeto activo del delito no son conceptos estrictamente equiparables. Así, la noción de autor contiene la responsabilidad criminal por el hecho cometido, en tanto que el sujeto activo es exclusivamente la persona que realiza la conducta típica; persona, que como anota el profesor *Quintero Olivares*, puede ser o no ser catalogada como autor en el sentido indicado.

Desde la perspectiva de Torres (2010), al no existir un concepto específico de autor, serán las descripciones de los hechos punibles de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal los que ayudarán a dilucidar, caso por caso, cuándo es que nos encontramos ante la presencia del autor en cada uno de ellos, teniendo como baremo para la diferenciación de los sujetos partícipes, en sentido estricto, las diferentes teorías que abordan su diferenciación, trataremos más adelante.

No obstante, es posible definir en forma preliminar al autor, según Jiménez de Asúa, como aquella persona que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito in species, imputándosele por esas consideraciones un hecho delictivo como suyo, con dominio final sobre su acontecer.

7.2. Participación:

La participación es intervención en un hecho ajeno, puesto que éste le pertenece al autor; de ahí que la posición del partícipe frente al hecho sea secundaria en términos de cooperación determinante.

Dicho esto, la participación constituye el segundo nivel de amplificación de la concurrencia de personas en la realización de un ilícito penal, y puede entenderse como la contribución o colaboración a la comisión del delito prestada por personas que no poseen el dominio del hecho, pues su actuación en el delito es accesoria al comportamiento del autor directo. (Torres, 2010)

De igual manera se pronuncian nuestros tribunales. Claro ejemplo es la sentencia N° 2270-2004:

“El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocasual - psíquico, o por medio de consejos y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos -, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y, subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible; que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es [de] tener presente”.

En este sentido, la principal característica de la participación radica en su accesoriidad con respecto a la autoría; esto es su relación de dependencia, dado que un acto de cooperación solo puede ser realizado en la medida que exista un hecho principal.

8. El Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad en el Derecho Comparativo.

Según Hugo (2016) El caso recurrente y que ha causado mayor preocupación ha sido la incoación del proceso inmediato por la comisión del delito de violencia contra la autoridad, regulado en el art. 367 del Código Penal. El problema se presenta cuando el ya citado art. 367 del CP prevé una pena privativa de la libertad para el delito de violencia contra la autoridad, lo cual en la mirada de muchos es, desproporcionada y desprovista de una adecuada técnica legislativa. El segundo párrafo del art. 367 establece que “la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando el autor causa una lesión grave que haya podido prever y, cuando el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas [...] en el ejercicio de sus funciones”.

El primer enunciado no parece presentar mayor dificultad a nivel interpretativo y en términos de proporcionalidad, pero sí el segundo, y es precisamente en este supuesto donde radica el problema central. No es proporcional y constitucional que la pena del delito de violencia contra la autoridad -particularmente policía- que cause lesiones graves sea equiparable a la pena prevista para el delito de violencia contra la autoridad que no cause lesiones, que genere faltas o lesiones simples, como ocurriría en el caso de configurarse la segunda agravante contemplada en nuestro Código. (Hugo 2016)

Del mismo modo Vega (2016) manifiesta que, frente a ello, para evitar caer en arbitrariedades, primero tendríamos que preguntarnos sobre ¿cuál es la acción típica que configura la violencia contra la autoridad?, y, en segundo lugar, ¿cuál es el bien jurídico protegido por la norma? De manera que, solo respondiendo a estas cuestiones

será posible determinar la proporcionalidad de la pena en función a la gravedad del hecho y al bien jurídico penalmente protegido, como factores fundamentales del supuesto típico. Con ello se evitaría una incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte de jueces, fiscales y abogados; incluso, nos atrevemos a sostener que coexiste un estancamiento del conocimiento dogmático en muchos de ellos.

Los delitos contra la vida, como el Asesinato y el Parricidio reciben una pena menor que los delitos preterintencionales. Un excesivo estilo casuístico generando zonas imprecisas de delimitación típica. Cuando la violencia y/o amenaza recae sobre un miembro de la Policía Nacional. Incriminación del tipo legal agravado, que cuenta con un marco penal oscilante entre los ocho a doce años de pena privativa de la libertad (Hugo 2016).

Sanción de excesiva drasticidad, comparando con delitos como el Homicidio simple o con el Homicidio culposo. ¿Una conducta de esta naturaleza justifica una pena tan severa? ¿La tipificación del tipo base del artículo 365° del CP, con la agravante del numeral 3) del artículo 367°, es en realidad correcta, fuera de una interpretación literal de la norma?

Para Vega (2016) en la jurisprudencia comparada, se dice: "Para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional aún no haya comenzado; en la residencia, que aquél haya sido iniciado. La contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario, es, pues, el rasgo más firme que distingue la resistencia del atentado, que se caracteriza, a su vez, por la prioridad de la violencia respecto del acto". No se protege aquí ni la función ni el cargo, sino la persona del funcionario. Pero más que su integridad o su vida, lo que se protege es su capacidad y/o facultad

de autodeterminación, que podría verse constreñida o limitada por el obrar (ilícito) del agente delictual.

De un tiempo a esta parte se vienen manifestando conductas –supuestamente- delictivas contra los miembros de la Policía Nacional del Perú, lo cual viene generando un fuerte impacto en la sociedad, más aun si del quantum de pena se trata, lo que en muchos casos obedece a actos arbitrarios al momento de determinar la sanción penal. Ello sin duda demanda un análisis, en estricto, dogmático y en relación con criterios de política criminal, con el objetivo de determinar una idónea aplicabilidad del tipo penal que permita evaluar su verdadera naturaleza jurídica.

Es cierto que nuestro país es testigo de acciones deleznable contra la política; sin embargo, es preciso diferenciar las conductas dirigidas contra un policía de parte de vándalos, grupos organizados e incluso armados, en contraparte de ciudadanos que por un mal rato –criticable claro está- son condenados con penas altas. De eso último cabe observar que cuando se sanciona a un ciudadano porque supuestamente cometió el delito objeto de análisis, ¿es realmente víctima de policía? Ahora bien, es preciso aclarar que la mayoría de casos que se vienen dando en la actualidad, son sometidos a proceso inmediato, el cual se aplica en casos de flagrancia.(Vega 2016)

CAPÍTULO II. LA PENA

1. Generalidades.

En la visión de García (2008), la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con el propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena.

En realidad, “toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función”. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también el Derecho Penal.

Villavicencio (2014) agrega lo siguiente: existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena. “Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”, pero –como se verá más adelante- cada una de las teorías responden a una determinada concepción de Estado y, consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de Derecho Penal. “La historia de las teorías penales es una historia universal del derecho penal”.

2. Teorías de La Pena.

2.1. Teorías Relativas:

Según Ávalos (2015), son teorías muy antiguas en el Derecho Penal. Estas atienden solo al fin de la pena y le asignan **utilidad social (prevención)**.

Reciben el nombre de teorías relativas, pues “a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”. Mientras que las teorías absolutas buscan solo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena y, por ello, podemos considerar que siempre tienen en cuenta a la realidad. “Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro”.

Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiada actuación pedagógica-social, hacia él. Ávalos (2015)

La idea de prevención parte de tres propuestos: *Primero*, posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto. *Segundo*, que la pena sea adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. *Tercero*, la propensión a la criminalidad puede ser atacada (tanto en jóvenes como adultos) mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar a nivel de la ejecución penal.

La idea de la prevención operaria sobre la colectividad (prevención general) y en relación al infractor (prevención especial). Amselm von FEUERBACH estableció por primera vez esta clasificación de la prevención, pero fue von LISZT quien la implementó y divulgó en una versión moderna.

2.2. Teorías Mixtas:

Las teorías mixtas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales: Identifican a la pena como justa y útil. Consideran que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia) y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad). En la legislación comparada la influencia de estas teorías es dominante. Ávalos (2015)

En la actualidad las críticas a las teorías mixtas se dirigen a afirmar que se tratan solo de combinaciones entre la represión y la prevención y que en la práctica resulta difícil su integración debido a que manejan diferentes filosofías y políticas, y llevan al Derecho Penal a la arbitrariedad y a la incoherencia.

Esta preponderancia entre fines represivos y preventivos, al que nos referimos ha originado dos orientaciones:

Dirección conservadora que encuentra sus bases en el proyecto oficial alemán del Código Penal (StGB) de 1962. Aquí se da preponderancia a la retribución sobre la prevención, en el sentido de una retribución justa, concediendo a los fines preventivos un papel complementario.

Dirección progresista, que encuentra sus cimientos en el Proyecto Alternativo alemán de 1966. También consideran que el Derecho Penal no debe buscar a justicia en el mundo, sino debe intervenir en la defensa de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, pero tomando en cuenta el tratamiento del penado. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, solo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a

un límite: solo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa. Ávalos (2015).

En sus formulaciones más recientes, la pena es plurifinalista o, mejor dicho, cumple varias funciones (retributivo, preventivo especial y preventivo general) en los diferentes momentos o etapas en la que actúa. Entre estas orientaciones actuales destacan las siguientes.

La teoría diferenciadora de SCHMIDHAUSER estudia a la pena, partiendo de la distinción entre las teorías de la pena, donde señala que la finalidad de la pena es la prevención general, pero ya no entendida como medio necesario de evitar todo delito, ya que resulta imposible, sino como búsqueda de impedir la ejecución del delito hasta donde sea posible, y así mantener la convivencia social. Ávalos (2015)

Al respecto Villavicencio (2014) considera que la pena no busca al delincuente, sino a la sociedad ya que se castiga al penado para alcanzar la paz de la sociedad. Encuadra el sentido de la pena tomando en cuenta a las personas que se involucran con ella y la finalidad que a cada una de ellas compete: el legislador mira a la pena como el medio necesario para la defensa de la colectividad a través de la protección de los bienes jurídicos; los organismos encargados de la persecución del delito (Policía y Ministerio Público) deberán cumplir la función de esclarecimiento del delito y la entrega del imputado al tribunal, siempre guiados por el principio de igualdad; el juez debe conseguir la pena justa, mirando al injusto y su relación con la prevención especial; los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado

aprovechando el tiempo del cumplimiento penitenciario. La sociedad también otorga el sentido a la pena cumpliendo una orientación reconciliatoria.

Teoría unificadora dialéctica. A tal concepción Roxin la denomina “*teoría unificadora preventiva dialéctica*”, donde “las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis”. Otorga mayor consideración a los fines preventivos, tanto especiales como generales, ya que señala que “las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y aun orden social que está a su servicio”. Ávalos (2015)

Ante la crítica que la prevención fuerza al delincuente a la resocialización, entiende que nunca se le debe forzar. En los casos en que la prevención especial y la prevención general entren en conflicto (mayormente en la determinación de la cuantía), se da preferencia a la prevención especial: “Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo-especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo-generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva-general”.

En cada una de las etapas de la formación y aplicación de la pena, Roxin (citado por García, 2008) le adecua una función distinta, siempre en relación con las demás y no aisladas. “No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada”. Así, en el momento de las conminaciones penales

se inclina al criterio preventivo-general en el sentido que el Derecho Penal tiene que asegurar bienes jurídicos y el cumplimiento de prestaciones públicas en el marco de la asistencia social; si hay conflicto entre la prevención especial y la prevención general solo en esta fase prima la prevención general. En el momento de la imposición y medición de la pena, recomienda la introducción de la prevención general y la prevención especial.

Finalmente, en la ejecución de la pena se refiere a la resocialización del individuo destacando el criterio preventivo-especial sobre el general. En esta última fase se confirman los fines de los momentos anteriores, pero de forma que se tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial.

Roxin (citado por García, 2008), no se coge a la retribución, de forma completa, pero si toma un elemento importante de esta: el principio de culpabilidad. Evita de esta manera el defecto que se encuentra en toda forma de prevención: tratar al hombre como un medio para el fin, perjudicando su dignidad humana y la falta de barrera en el poder, que es necesario en todo Estado de Derecho. “El principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico-social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad”.

En la doctrina nacional también se otorgó a la pena un contenido retributivo en el marco de las posiciones mixtas, y prosperaron las posiciones

críticas tendentes a una concepción de la pena. Actualmente la doctrina asume la teoría ecléctica.

3. Clases de La Pena.

3.1. La Pena en el Código Penal de 1991:

El Código Penal peruano de 1924 elaborado sobre la base de los proyectos suizos (anteproyectos 1908, 1916 y proyecto 1918) recibió la influencia de los criterios preventivo-especiales de la época. El sistema de penas y medidas de seguridad que el legislador nacional adoptó incluyó a las de internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación (artículo 10 y ss.).

Nuestra Constitución Política de 1993 se inspira en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43); por ello, solo resulta incompatible con las teorías absolutas de la pena. Sin embargo, lo decisivo para el rechazo de las teorías absolutas se encuentra en el artículo 139, inciso 22, cuando declara que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (en el mismo sentido el Código de Ejecución Penal, Título Preliminar, artículo I). Esta es una evidente referencia a la resocialización, concepto que está orientado por el criterio preventivo-especial en la ejecución penal pero que, lamentablemente, no se cumple en su integridad por carencia de recursos y otras circunstancias. (Salcedo, 2016).

El Código Penal de 1991

Aquí se introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título

Preliminar declara que *“este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”*; y el artículo IX del Título Preliminar expresa que *“la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”*. Por ello, podemos considerar que el código se refiere a las teorías preventivas. Así, pues, nuestro código se inscribe en la línea de una teoría unitaria aditiva de la pena como función de la pena. (Salcedo, 2016)

En base a los fundamentos antes indicados, el artículo 28 del Código Penal reconoce como clases de pena, a la **privativa de libertad** (temporal y cadena perpetua), a la **limitativa de derechos** (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), y a la multa. Sin embargo, consideramos que se contradicen estos postulados al haberse introducido como una clase de pena a la restrictiva de libertad (expatriación y expulsión).

Para Ávalos (2015), otra contribución del Código Penal de 1991 está referida a la aplicación de la pena. El artículo 45 constituye una disposición novedosa en nuestro ordenamiento penal. Así, el juzgador deberá tener en consideración, en el momento de la determinación de la pena, aspectos como las *“carencias sociales que hubiere sufrido el agente”* (numeral 1), dando cabida a lo que se denomina co-responsabilidad o co-culpabilidad. El Estado es el que determina qué conducta es prohibida; es él quien criminaliza la conducta, quien establece lo que es delito; además, siendo éste el que prescribe la pena, es coherente afirmar que tanto pena como delito son sus productos. Si bien es cierto el sujeto es el que realiza el delito, no es su producto; “el delito” es una “construcción”. Siendo el Estado el que determina lo que es delito, es, por ende,

corresponsable, debiendo preocuparse de establecer condiciones más favorables para que el individuo no delinca.

En el numeral 2 se hace mención de la cultura y costumbres del agente, que deberán ser tomados en cuenta por el Juez al momento de determinar la pena. Siendo el Perú un país pluricultural, donde co-existen distintas culturas, en el que junto a los patrones de conducta del sistema oficial co-existen los de otros grupos culturales, entrando en muchos casos en conflicto (sociedad conflictual), es entendible que el discurso oficial no sea aprehendido por toda la sociedad peruana, pues en diversos casos entrará en conflicto con los patrones de conducta de otros grupos culturales o subculturales. Finalmente, el tercer numeral de este artículo establece que el Juez debe tomar en consideración los *“intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”*.

Dada la desfavorable situación de la **víctima** en el sistema penal (es una especie de perdedor por partida doble: frente al infractor y después, frente al Estado), el Derecho Penal de mínima realización supone protección privilegiada de la víctima, como por ejemplo, a través de una estrategia de privatización de conflictos -como modelo político-criminal para la descriminalización de ciertos delitos-; también, otorgársele a la víctima mayor intervención en el tratamiento de los conflictos, tendentes a acortar las diferencias con el infractor, reducir el costo social de la pena, asegurar la posibilidad de indemnización de la víctima, etc.(Salcedo, 2016)

En este marco de aplicación de la pena, las circunstancias señaladas en el artículo 46 del Código Penal sólo representan factores particulares para la determinación de la pena. Por mucho tiempo, la medición judicial de la pena

estuvo basada en el dogma de la **discrecionalidad judicial**, de forma tal que las disposiciones legales sobre la materia parecían prescindibles y hasta eran percibidas como un obstáculo. Precisamente, el estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a la incapacidad de alejarse de ese dogma. En la actualidad, la dogmática de la medición judicial de la pena viene siendo desarrollada en base a reglas jurídicas particulares. Ahora se habla de un derecho de medición judicial de la pena que, por cierto, registra un retraso en su desarrollo frente a los estudios sobre la teoría del delito.

Es también el caso del derecho penal peruano, que necesita desarrollar esta importante temática. El camino que el juez seguirá hasta determinar definitivamente la pena aplicable atraviesa tres etapas: 1° Determinar el marco punitivo aplicable en función a los márgenes de pena previstos en la ley penal. 2° Determinar la pena en base a la valoración de la culpabilidad del hecho. 3° Asumir una decisión preventiva de manera tal que las diferentes magnitudes de pena que se pueden observar a partir de la culpabilidad deben regularse en función a criterios preventivos especiales y generales.

El Anteproyecto de Ley del Código Penal del 2004, en lo que se refiere a la pena, en su artículo I del Título Preliminar mantiene la posición del código actual en cuanto adhiere a una teoría aditiva. Lo novedoso es el reconocimiento de los principios de proporcionalidad, protección de la víctima, humanidad y necesidad, al momento de la aplicación de la pena, y la medida de seguridad (artículo VIII). Además, limita la aplicación de la cadena perpetua (unanimidad de la sala, revisión de la misma transcurrido un periodo de tiempo: segundo párrafo, artículo 29), elimina la pena de expatriación y busca desarrollar un nuevo

capítulo denominado determinación y fundamentación de la pena (artículos 45 al 49).

4. Adecuación de La Pena.

Según García (2008) en toda adecuación de pena en ejecución de sentencia debe respetarse las siguientes normas constitucionales: a) El artículo 139° inciso dos que prohíbe modificar las sentencias con categoría de cosa juzgada; b) El artículo 204°, dispone que al día siguiente de la publicación de la norma declarada inconstitucional recién queda sin efecto; es decir, las penas aplicadas en las sentencias penales dictadas antes del 16/11/2001 siguen teniendo eficacia, salvo aquellas penas que excedan el límite máximo de la pena correspondiente al tipo legal vigente. Caso contrario, adecuar la pena por debajo del máximo anotador fluctuando entre el nuevo límite mínimo y máximo significaría una nueva valoración de hechos y pruebas sobre algo ya evaluado con el criterio de conciencia.

5. Concepción crítica de La Pena.

Una explicación crítica de la pena parte de considerar a ésta como un mal, y plantea la negación de su fundamento y la utilidad de la pena. Otras explicaciones, parten de la misma premisa, pero admiten la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena. Dependiendo de si en la realidad del ejercicio del poder penal es posible demostrar la eficacia de los fines preventivos de la pena (prevención general y especial) podrá ser posible aceptar o negar políticamente la legitimidad de la pena. Villavicencio (2014)

Bustos distingue dos niveles en la pena: uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cuanto a lo primero, considera que históricamente la pena es la *auto constatación ideológica del Estado*. “En un Estado social y democrático de

derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado”. Agrega que existe un segundo nivel en la pena: su imposición. Esta imposición requiere de un fin, para tener sentido. “La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales”.

A partir de estas afirmaciones, Bustos considera que el problema del delito y del sujeto responsable es un problema político, y señala la corresponsabilidad del Estado, quien al fijar el delito debe también establecer las condiciones para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto.

Para Binder, citado por Ávalos (2015) resulta inadmisibles el uso por parte del Estado de instrumentos violentos si no están orientados al logro de una unidad social. “La pena (la violencia del Estado, insistimos) solo puede ser reacción ante un hecho producido por la acción de una persona responsable, pero ello no quiere decir que pueda consistir en una mera reacción ante ese hecho”. Por otro lado, tampoco se debe entender que “cumplimiento de esas finalidades implica dotar de un fundamento de la pena. Ello no es un problema de la dogmática penal. La dogmática penal se enfrenta a la pena como un *factum* cual debe limitar: uno de los límites que le impone es que cumpla con alguna utilidad, pero con ello no le otorga ningún fundamento (será el análisis político-criminal quien se preocupe por dotar de orientaciones a la política criminal acerca de cómo y porqué usar instrumentos violentos)”. La dogmática penal se encargará de identificar cuál

es el tipo de utilidad admisible y no cuál es el fundamento mejor. De ello, BINDER plantea que “la pena concreta debe demostrar que tiene una portabilidad razonable de producir algún bien social y que, pese a que indudablemente se trata de un castigo, es decir, un mal que recae sobre una persona, esta persona obtendrá al menos, algún beneficio para la vida en libertad. Si no se dan estas dos condiciones la pena no tiene una utilidad admisible para el derecho penal y no debe ser autorizado el ejercicio de la violencia estatal”.

6. Teoría individualizada de La Pena.

Según García, 2003), La pena, según el Diccionario Etimológico de la Lengua Española, es aflicción, dolor dificultad, castigo impuesto por una autoridad. "Es la tarea que realiza el juez penal al sentenciar, adecuando la norma penal que corresponda al delincuente, en el proceso que se le hubiera incoado por el caso concreto materia de la pretensión punitiva.

Los factores que influyen para la Individualización de la Pena son variados y muy complejos, llegándose al caso de que con un solo supuesto, ya sean los medios empleados para la comisión del delito, la conducta precedente o posterior del mismo, que se traduce en antecedentes criminales, o bien las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, pueden ser suficientes para determinar la posibilidad de la imposición de una sanción severa, e incluso, hasta pudiera llegarse a casos en que las características propias del ofendido o de la víctima hagan arribar a esa determinación. Salcedo (2016).

La selección individualizadora y la precisión de la pena a imponer al autor por su concreto delito, representa el término y remate de la teoría de la pena. Es el cierre y coronación de dicha teoría, ya que comprende tanto la indagación tradicionalmente

llamada proporción entre delito y pena como el método moderno de adaptación de la sanción al delincuente que ha tomado el nombre de Individualización de la Pena. Aun para las concepciones que rechazan en la pena todo sentido retributivo y de prevención general, este problema constituye la proyección de las normas abstractas sobre el tipo vivido, y con ello la concreción del Derecho Penal.

La medida de la individualización de la pena está representada también por la magnitud del hecho y la naturaleza de la culpabilidad, aspecto dentro del cual se incluye el de la Imputabilidad. A este respecto sostiene García Jiménez que “para efectos de la imputabilidad, el concepto de libertad es la facultad del hombre para actuar guiado por su propia voluntad misma que se convierte en la capacidad de autodeterminación, ya que sólo quienes satisfagan el principio de autodeterminación podrán mantener el sentido de comprensión como elementos de la imputabilidad y por ende de la culpabilidad (García, 2003).

7. Sistema de Penas.

El Código Penal de 1991 distingue cuatro clases de penas. Habiendo empleado el legislador nacional como criterio de clasificación el contenido material de las sanciones, esto es, las penas han sido agrupadas según los bienes o derechos que por definición se ven afectados con su imposición.

De esta manera, se distingue entre: penas privativas de libertad, limitativas de derechos y multas. Para ello, Ávalos (2015) explica de manera didáctica las clases de pena.

7.1. Penas Privativas de Libertad:

Se trata de la restricción del derecho a la libertad de desplazamiento de la persona que ha sido encontrada judicialmente responsable de la realización de un comportamiento criminal mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario que es impuesta en calidad de castigo por un órgano jurisdiccional competente en razón de una resolución firme.

En contra de lo que le pudiera parecer al ciudadano medio, la pena privativa de libertad posee un origen relativamente joven.

Es posible encontrar excepciones, pero, de manera general, hasta fines del siglo XVII a la prisión únicamente se le reconocía funciones de aseguramiento de los sujetos durante el tiempo necesario para la realización del proceso o funciones instrumentales respecto del cumplimiento de aquellas restricciones de los derechos de las personas que eran consideradas como penas (v. gr. Mantener el imputado a disposición de las autoridades para la ejecución de las penas corporales).

Es recién en el siglo XIX que esta sanción llega a convertirse en la principal de las consecuencias jurídicas del delito, desplazando progresivamente a todas las demás sanciones criminales.

No obstante su posición privilegiada dentro del catálogo De las sanciones (habiendo sido tildada por ello de “la pena por excelencia”), la pena privativa de libertad se encuentra sometida a duras y, en buena parte, fundadas críticas, llegando los autores más radicales incluso a solicitar su abolición.

El principal cuestionamiento que se le ha dirigido es su falta de idoneidad para alcanzar el fin que legitima su existencia (la prevención del delito) en un grado que pueda calificarse de satisfactorio; por el contrario, los especialistas han demostrado que la cárcel opera como un importante factor criminógeno.

Una de las principales tareas del estado es configurar la ejecución de las penas privativas de libertad de la manera que resulte menos lesiva para la dignidad de la persona humana y más idónea para el logro de los fines que las sanciones criminales deben perseguir; lo que importa fundamentalmente en nuestro ordenamiento jurídico, configurar su ejecución de la manera que resulte menos desocializadora.

García (2008) agrega que además, se requiere de una segunda tarea, de igual o quizás mayor importancia (en razón de las pocas posibilidades que tiene un estado tercermundista para organizar debidamente el cumplimiento de la sanción en establecimientos penitenciarios que cuenten con las condiciones adecuadas), cual es restringir el uso de la cárcel, reservándola para los casos en que “no haya otra solución (la pena privativa de libertad como ultima ratio); como escribe Baumann:

“El bien fundamental de la libertad personal puede ser mutilado solo allí donde efectivamente no es posible algún otro medio de tutela y la defensa de la comunidad jurídica no puede ser garantizada de otro modo”.

En nuestro ordenamiento jurídico penal actualmente vigente se pueden distinguir dos clases de penas privativas de libertad; pena privativa de libertad temporal y cadena perpetua.

A. Cadena Perpetua

En coherencia con las tendencias penológicas y legislativas criminales dominantes en la actualidad, el texto punitivo de 1991 adoptó una pena privativa de libertad unitaria, dejando de lado las modalidades que distinguía del código de Maurtua de 1924 (internamiento, penitenciaria, prisión, y relegación).

La redacción original del artículo 29 solo preveía la posibilidad de imponer penas privativas de libertad temporales. “La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de 25 años”.

No obstante, mediante ley penal especial (Derecho Ley N° 25475) se (re)introduce en el ordenamiento jurídico-criminal patrio (en mayo de 1992) la pena privativa de libertad de cadena perpetua, con la finalidad de sancionar a los agentes del delito de terrorismo que pertenezcan al grupo directivo de la organización o que integren grupos encargados de la eliminación física de personas indefensas.

Posteriormente el legislador patrio amplió considerablemente el número de delitos a los que resultaba aplicable la pena de privación de la libertad de por vida. De haber sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico como un especial instrumento del Derecho Penal de emergencia implementado para la lucha contra el terrorismo {sin que esto quiera decir que justifiquemos su empleo en estos supuestos}, pasó a ser un medio de lucha contra la criminalidad común.

En palabras de Zipf:

“Luego de la renuncia a la pena de muerte, en la actualidad es la pena de presidio perpetuo el instrumento más discutido de la política-criminal.

En favor de la pena de encierro perpetuo se ha señalado que resulta necesaria, tras la abolición de la pena capital, para mantener en la población la consciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica. Mediante su previsión en la ley, su imposición y su ejecución penitenciaria, queda patente a los ojos de todos que existen bienes jurídicos del más alto rango cuya vulneración dolosa representa un delito especialmente grave, que la comunidad jurídica reacciona con la exclusión permanente de la colectividad de las personas libres, y que en caso de extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad de un delito las consideraciones humanitarias ceden el paso a la prevención general.

Sosteniéndose también en la doctrina que una renuncia plena a su ejemplo resulta imposible, pues los efectos psicológicos-sociales de un paso en este sentido son difícilmente previsibles.

Que no se trata de una pena necesaria (en el sentido de irremplazable por una sanción de menor gravedad) para mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica, y que no es cierto que resulte imposible una renuncia plena a su empleo, queda demostrado cuando se repara en que existen países que han prescindido de una inclusión en sus catálogos de consecuencias jurídicas del delito, sin que por ello se hayan visto afectadas de manera trascendente las finalidades preventivas del sistema penal.

De otro lado, se ha señalado que no cabe impugnar la constitucionalidad de la prisión perpetua con base en que su ejecución atenta contra la dignidad humana, pues, si bien la prisión durante años produce en no pocos reclusos graves trastornos de personalidad, esto sucede igualmente con las penas privativas de libertad de larga duración, tratándose por ello de un problema de todas las penas largas de privación de libertad.

B. Pena Privativa de La Libertad

De acuerdo al artículo 19 del código Penal (versión introducida por el Decreto Legislativo N° 982, del 22 de julio de 2017), la pena privativa de la libertad temporal tendrá una duración mínima de dos días y un máxima de 35 años. Esta prescripción no es importante en calidad de cláusula que fija los topes dentro de los cuales el legislador ordinario debe ejercer poder punitivo estatal en momento de establecer la conminación legal de las penas privativas de la libertad (función que cumpliría si se concluyese que el legislador no puede conminar penas superiores o menores a las máximas y mínimas habilitadas por el mencionado artículo 29), pues en tanto se trata de una norma legal ordinaria, no existe el menor problema para que su contenido pueda ser contradicho en algún caso concreto (de acuerdo al principio de especialidad) o modificado, de manera general, por la norma de igual jerarquía.

Para García Méndez, en la escena contemporánea la pena privativa de libertad no sólo está en crisis, sino que ha perdido legitimidad. Ella ha fracasado como instrumento de control social por su constante ineficacia. Efectivamente, sus efectos sobre el condenado han resultado ser siempre negativos pese a los

continuos esfuerzos por reformar positivamente su ejecución o explicar su controvertida utilidad resocializadora

Es más, los efectos perniciosos de la prisión en el Perú han convertido a la ejecución de las penas privativas de libertad en un inveterado indicador de las graves carencias sociales y políticas de nuestro Estado y Sociedad. Es correcta, por tanto, la apreciación de la doctrina, cuando sostiene que históricamente sucesos y acciones aislados como la promulgación del Código Penal de 1863 y la construcción de una Penitenciaría Central en Lima, fueron, quizás, los más serios esfuerzos desplegados por el Estado peruano para organizar un sistema penitenciario eficiente

7.2. La Pena de Multa:

La multa es una consecuencia jurídico-criminal del delito de naturaleza pecuniaria, mediante la cual se impone al condenado la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en favor del Estado. En tal sentido es una pena que afecta el patrimonio económico del condenado y en particular la disposición absoluta o total de sus rentas e ingresos. La pena de multa expresa, pues, su capacidad punitiva, como “privación de una parte del patrimonio del autor de un delito (Villavicencio, 2014).

Ahora bien, en concreto la pena de multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido declarado autor o partícipe de un hecho punible. El importe dinerario de la multa se obtiene de varias maneras, las cuales identifican, a su vez, distintas modalidades de pena de multa.

En unos casos él es definido directamente por el legislador quien precisa su monto específico (multa tasada). En otros casos el representa un porcentaje de las ganancias ilícitas generadas por el delito o de los ingresos del delincuente o del valor de la mercancía ilegal negociada por él (multa porcentual). Y también, en otras modalidades, el importe resulta de la adición y conversión de unidades de referencia como el sueldo mínimo vital o los días multa (multa determinable).

Resulta pertinente distinguir que esta sanción pecuniaria es de condición estrictamente penal y no administrativa o disciplinaria. Tampoco la pena de multa tiene función indemnizatoria como la reparación civil que corresponde pagar a la víctima por el daño generado con el delito.

Según la doctrina contemporánea la pena de multa resulta funcional para reprimir delitos asociados a fines de lucro y como opción sustitutiva de penas privativas de libertad de corta duración. Al respecto se ha sostenido lo siguiente: “La multa es la pena pecuniaria clásica y fundamental. Por su divisibilidad y compatibilidad con la libertad, constituye la pena básica para sustituir la pena privativa de libertad sobre todo con el sistema de días- multa en el Código que por lo menos atenúa los efectos discriminatorios de la multa tradicional”

García (2008) advierte: “Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa”

7.3. Pena Limitativa del Derecho:

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. Tanto la pena privativa de la libertad como la pena multa limitan el ejercicio de los derechos de libertad ambulatoria y de disposición de los ingresos o renta del condenado.

Por consiguiente denominar a una clase de penas limitativa de derechos puede ser en principio tautológico. No obstante, cuando la legislación penal nacional utiliza tal denominación, alude, precisamente, a un tipo de penas que no afectan tales derechos, sino aquellos vinculados al ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del condenado, así como también su disposición del tiempo libre. (García, 2008)

Finalmente, el Código de 1991 las registró formalmente al lado de la pena de inhabilitación en su artículo 31º, donde adquirieron la nomenclatura específica de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

La utilidad principalmente reconocida a estas penas era su capacidad de reemplazo de penas privativas de libertad de corta duración, así como su posibilidad de ser empleada en la sanción de delitos de mínima gravedad. Estas características fueron determinantes para su asimilación en el derecho penal brasileño y nacional, lo cual, además, ha sido destacado como positivo por la doctrina especializada en ambos países. (Salcedo, 2016).

Tales penas, por tanto, son necesarias y suficientes para prevenir y suprimir el crimen y no trazan la marca de degradación social como ocurre con la prisión. Todo lo contrario, identificándose con el sentido democrático de la pena criminal moderna, las restricciones de derecho contribuyen decisivamente para que no se

marginale al condenado y para que la sanción penal sea también utilitaria” (Rene Ariel Doti. A crisis da execucao penal e o papel do Ministerio Público, en Justicia Vol. 129, 1985, p.53). En términos similares se ha pronunciado VILLA STEIN: “Estamos en el vasto tema de las penas alternativas a las privativas de libertad de poca duración.

La construcción de este sistema es una respuesta imaginativa al encierro para el supuesto de que el caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la infracción lo mismo que de la culpabilidad del sentenciado, resulte a criterio del juez, más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración” (Villa, 2008).

Ahora bien, la evolución en nuestro país de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, ha buscado explotar tales opciones sustitutivas al extremo que en la actualidad, según los artículos 32º y 52º del Código Penal, estas sanciones pueden reemplazar penas privativas de libertad de hasta cuatro años. Por su parte, el Proyecto de la Comisión Revisora Especial de 2008/2009 eleva dicho estándar a cinco años en sus numerales 31º y 53º.

7.4. Pena Restrictiva del Derecho:

Las penas restrictivas de libertad, según Cobo Vives (1987), *“son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimientos, le imponen algunas limitaciones. En la actualidad tales penas han caído en un comprensible descrédito, pues sus efectos son muy distintos, desde gravísimos hasta muy leves, según las circunstancias del condenado”*

Sus orígenes las vinculan al destierro y la deportación aplicadas mayormente para reprimir delitos políticos. En la actualidad pocos países conservan en su legislación penal esta clase de penas. Otros, en cambio, han optado por modificar su naturaleza convirtiéndolas en medidas de seguridad o sanciones administrativas. Es así que la expulsión de extranjeros conserva la condición de pena en el Código Penal colombiano (Art. 43, 9) y es regulada como medida de seguridad en el Código Penal español (Art. 96°,3,6).

El Código Penal peruano de 1991 incluye este tipo de penas en el artículo 30°. Se trata de sanciones penales que restringen los derechos del condenado a transitar o residir en el territorio nacional. Es decir, que el condenado a penas restrictivas de libertad deberá abandonar obligatoriamente el territorio de la República.

Inicialmente la disposición citada incluía dos modalidades de penas restrictivas de libertad: la **pena de expatriación** que era aplicable a los nacionales y la **pena de expulsión** del país que recaían únicamente en los extranjeros. De estas penas solamente la de expatriación tenía un límite de diez años. En cambio la de expulsión era indeterminada por lo que adquiría la condición material de permanente y definitiva.

Ahora bien, eran escasos los delitos que poseían en la Parte Especial del Código o en Leyes Penales complementarias como sanciones conminada estas penas restrictivas de la libertad. Ese era el caso de los atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria (Arts. 325° y 334°) que tenían previstas penas de expatriación; o de los delitos de tráfico ilícito de drogas (Arts. 296° a 303°),

contrabando y defraudación de rentas de aduana (Art. 12° de la Ley N° 28008) que eran reprimidos con penas de expulsión.

Sin embargo contra estas penas se han formulado varias objeciones. A la pena de expatriación se le ha cuestionado su incompatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual rechaza que se impida a un nacional permanecer en su territorio de origen (Art. 22,5). Por tal razón el Congreso de la República la ha suprimido mediante la Ley 29460 del 27 de noviembre de 2009 (Art. 1°). Esta decisión legislativa se adoptó en base a dos propuestas: el Proyecto de Ley N° 2102/2007-CR presentado por la Célula Parlamentaria Aprista el 5 de febrero de 2008 y el Proyecto de Ley N° 244972007-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista del 27 de mayo de 2008.

La exposición de motivos de este último documento justificaba la derogatoria de la pena de expatriación del modo siguiente: *“La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código Penal, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional”*.

A la pena de expulsión se le ha criticado su carácter discriminatorio y que afecta el principio de igualdad, al considerar como base de la sanción no el hecho punible cometido por el agente sino su condición de extranjero. Sin embargo, la legislación vigente la mantiene como única pena restrictiva de la libertad. Se trata de una pena principal y conjunta, pero de ejecución diferida. Esto es, se ejecuta luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la sentencia.

Cabe agregar que el Anteproyecto de la Comisión Revisora Especial 2008/2009 excluye de su catálogo punitivo ambas modalidades de penas restrictivas de libertad (Art. 28°).

CAPÍTULO III: LÍMITES MATERIALES O GARANTÍAS PENALES

1. Generalidades.

En primer lugar, hay que entender que cuando se habla de límites se hace referencia a aquellos derivados de las normas constitucionales o internacionales. Las normas limitadoras aquellas que condicionan la producción de leyes penales en un sentido amplio, al margen de las clasificaciones que se realizan sobre la tipología de normas constitucionales, pues en algunos casos los límites se encuentran en normas que establecen prohibiciones al legislador, mientras en otros derivarán de normas que proclaman valores, principios y derechos, o incluso de normas que contienen mandatos de criminalización, los cuales pueden ser vistos como límites a la despenalización pues se trata de obligaciones que recaen sobre el legislador. Por otra parte, tales límites deben dirigirse al legislador penal, no al poder que establece sanciones administrativas.

2. El Principio de Proporcionalidad.

El “principio de proporcionalidad (que) se manifiesta en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.” La sanción penal que se imponga debe ser idónea, debe estar sustentada no sólo en la necesidad de prevención o reestabilización del sistema social alterado por la comisión del delito, sino también en el reconocimiento de la persona como libre y del delito como

expresión de su libertad de actuación, siendo idónea la aplicación de una condena ante la culpabilidad reconocida por el agente.

Asimismo, debe ser necesaria, es decir, que se haya determinado eligiendo “dentro de las sanciones penales de las que dispone legalmente, a aquella que resulte menos lesiva para el autor”; este juicio de necesidad se aplica, buscando imponer la sanción penal menos restrictiva de los derechos del reo y, prescindir de penas privativas de libertad; y debe ser proporcional en sentido estricto, en esta etapa del juicio, es donde considero que la determinación judicial de la pena, deja de ser un proceso rígido y menos un cálculo meramente matemático; sino que se convierte en un proceso valorativo del ser humano sobre el cual recaerá la pena, es aquí donde resulta exigencia del respeto de la dignidad humana la valoración de las circunstancias fácticas específicas típicas y no típicas, nominadas e innominadas, previstas y no previstas que caracterizan no sólo el hecho, sino también al sujeto a condenar.

El Tribunal Constitucional ha realizado notables aportes sobre la proporcionalidad, que en suma es la humanización del derecho penal, por ejemplo en la sentencia 010-2001-AI/TC sobre la legislación contra el terrorismo, el Tribunal llegó a establecer que en el ámbito de actuación del legislador penal, estaba proscrita, por inidónea, la pena de cadena perpetua, basa su afirmación en que “la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria”. Con ello el Tribunal dejó sentado que, “La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano.

El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo”. Así nuestro máximo intérprete de la Constitución considera que la cadena perpetua es una medida desproporcionada.

La dinámica del Principio de Proporcionalidad implica que si no hay más remedio que privar la libertad a una persona, ello debe hacerse no sólo conforme a los presupuestos legales y formas previstas, sino que principalmente debe guardarse la debida proporcionalidad, la medida justa, nos lleva a atender a la naturaleza, gravedad e importancia del caso, y también a las circunstancias de la persona imputada.

El Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política de 1993, puede advertirse en la interpretación del artículo 2º inciso 24, párrafo “a” y “e”, y que la pena tiene como fin último al ser humano en el artículo 1 de la Carta Magna; también se tiene a este principio presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3º y 11º; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9º inciso 3 y 14º inciso 2 y en el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 7º inciso 2 y 8, inc.2

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gangaram Panday, ha sostenido que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales- pueden reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o faltos de proporcionalidad”.

El Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 253º.2 establece que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal requiere que se imponga con el necesario respeto al Principio de Proporcionalidad. Su referencia constituye

un hito fundamental, porque reconoce en forma expresa una regla de principio de carácter vital aplicable a toda limitación de derechos fundamentales. Una medida que respete este principio debe ser idónea, necesaria y proporcional, en sentido estricto; esto es, que supone llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican.

La Proporcionalidad en sentido estricto es una regla valorativa, ponderativa y material, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente, en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de restricción o limitación.

La proporcionalidad *strictu sensu* obliga a que la pena concreta sea suficiente para el fin perseguido, no suponga un tratamiento excesivo en relación con lo que la justifica teleológicamente, ahora si la pena tiene como fin el preventivo especial principalmente el límite para cuantificar lo constituye la propia persona, los demás controles que pesan sobre el juez pasan a un segundo plano, esto es, la consideración de la relevancia social de la pena a imponer y la consideración de la relevancia política; debe tenerse en cuenta que en lo que respecta a los intereses de la víctima consideramos que si bien el artículo 45 del Código Penal lo prevé expresamente (luego de ser modificado en los últimos años), este parámetro cobra real relevancia en la determinación no de la pena sino de la reparación civil, pues en lo que se refiere a la pena prioridad para el Juez debe ser el sujeto que será restringido en su libertad; también es preciso ante nuestra realidad actual precisar que al realizar la tarea de dosificación judicial de la pena por exigencia del principio constitucional de proporcionalidad no cabe que el Juez se deje influenciar por presiones sociales o políticas, menos aún cabe la negociación de la pena tras actos lícitos como tráfico

de influencias y cohecho. La pena concreta deberá ser el resultado de un trabajo exhaustivo, razonado y honesto del Juez Penal.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE EXPEDIENTES

- Materia: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (6 años 8 meses de Pena).

EXPEDIENTE	4134-2015
JUZGADO	SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL CALLAO
JUEZ	WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA
IMPUTADO	SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER
AGRAVIADO	EL ESTADO Y ELIAS QUISPE CARBAJAL
ANALISIS	Se llevó a cabo a través de proceso inmediato, y se resolvió aprobar el acuerdo de terminación anticipada arribado entre las partes y se le impone la pena de SEIS AÑOS Y OCHO MESES de pena privativa de libertad y pago de reparación civil por la suma de CINCO MIL NUEVOS SOLES, debe tenerse en cuenta que por los videos transmitidos por la prensa se observa que de los hechos la sentenciada propino un golpe a la altura del casco del oficial que la intervino, no generando ningún tipo de lesión y fue uno de los primeros casos donde se aplica la agravante contenida en el Inciso 3 del Artículo 367 del Código Penal.

- Materia: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (2 años de Pena Privativa de Libertad).

EXPEDIENTE	2322-2013
JUZGADO	SETIMO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE PIURA
JUEZ	ESPEJO CALIZAYA LUZ LASTENIA
IMPUTADO	BAELLA RIVERA LEOPOLDO DANTE
AGRAVIADO	EL ESTADO
ANALISIS	<p>Mientras se desarrollaba un operativo policial se intervino al sentenciado a fin de que brinde su documentación, tras su negativa el efectivo aborda la moto y le indica se dirija hacia el lugar donde se llevaba a cabo el operativo, quien al tratar de huir choca la moto y ambos caen al pavimento, resultando según examen médico legal con lesiones de 07 días de incapacidad para el efectivo policial, para ese entonces el Delito de Violencia y resistencia a la Autoridad estaba en su tercera modificación y tenía una pena de entre 6 a 12 años, y mediante sentencia condenatoria de fecha 08 de abril de 2015, condena con una pena de 06 años de pena privativa de libertad, sentencia apelada y confirmada en parte, reformulándola a 02 años de pena privativa de libertad.</p>

- Materia: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (4 años de Pena Privativa de Libertad Suspendida).

EXPEDIENTE	3005-2012
JUZGADO	CUARTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE PIURA
JUEZ	ESPEJO CALIZAYA LUZ LASTENIA
IMPUTADO	MIRANDA IBARRA BALTAZAR
AGRAVIADO	EL ESTADO
ANALISIS	Los hechos se resumen a una gresca callejera, cuando el efectivo policial llega al lugar de los hechos el sentenciado le propino empujones, cachetadas e insultos, como resultado del examen médico legal arroja incapacidad por cinco días, en el 2012 la pena para el delito de violencia y resistencia a la autoridad era de entre 6 a 12 años, que si por la gravedad de las lesiones se encuadraría en el delito de lesiones leves contra un efectivo policial (La pena sería de entre 3 a 6 años – numeral 3 del Art. 122. CP), Sentencia conformada recaída en la Resolución N° 14 de fecha 12 de junio del 2015, resuelve condenar con una pena de 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años.

- Materia: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad (3 años 6 meses de Pena Privativa de Libertad Suspendida).

EXPEDIENTE	2213-2012
JUZGADO	CUARTO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE PIURA
JUEZ	ESPEJO CALIZAYA LUZ LASTENIA
IMPUTADO	CHIRA ALVARADO JUAN CARLOS
AGRAVIADO	EL ESTADO
ANALISIS	En este caso el sentenciado se encontraba en estado de ebriedad agrediendo a otra persona, motivo por el cual al momento de la intervención policial opuso resistencia y agrediendo al efectivo policial, de igual manera se acoge a la conclusión anticipada y es condenado a 3 años y 6 meses de pena privativa de libertad, suspendía en su ejecución por 03 años, mediante Sentencia Conformada recaía en la Resolución N° 13 de 04 de julio de 2017.

4.2 Marco Conceptual.

- **La Pena:** Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. La pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción.
- **Sistema de Penas:** El Código Penal de 1991 distingue cuatro clases de penas. Habiendo empleado el legislador nacional como criterio de clasificación el contenido material de las sanciones, esto es, las penas han sido agrupadas según los bienes o derechos que por definición se ven afectados con su imposición.

De esta manera, se distingue entre: penas privativa de libertad, restrictiva de libertad, entre: penas privativa de libertad, restrictiva de libertad, entre: penas privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa.

- **Sanciones penales,** han sido creadas para cumplir ciertos fines, los mismos que muchas veces son dejados de lado a la hora de tipificar y sancionar las conductas delictivas. La función de la pena más allá de su conceptualización, cumple función de prevención general, pues tiene que ver con regular la convivencia en la sociedad, el funcionamiento social, la norma que lo permite. Nuestro Código Penal señala que la pena tiene función preventiva, protectora y re socializadora (artículo IX del Título Preliminar).
- **Principio de Proporcionalidad:** También llamada **prohibición en exceso,** consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el Poder penal del Estado, la sociedad y el

imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho.

- **Principio de idoneidad**, consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (Clérico, 2000). Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.
- **Principio de necesidad**, 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.

V. METODOLOGÍA

5.1 Hipótesis

Si se elabora una propuesta para derogar el inc. 3 del art 367 del Código Penal Peruano en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, se aplicarían las sanciones específicas contenidas en el mencionado código, no se violaría el principio de proporcionalidad, entonces se lograría la adecuación de la sanción penal.

5.2 Variables.

Variable es una propiedad cuya variación es susceptible de medirse y como podrá apreciarse en esta investigación las dos variables han sido relacionadas para dar respuesta a la pregunta científica que se ha formulado.

La variable independiente es: Propuesta para derogar el inc. 3 del art 367 del Código Penal Peruano y las variables dependientes es: Adecuación de la sanción penal.

5.2.1 Definición Conceptual:

Variable Independiente

Propuesta para derogar el inc. 3 del art 367 del Código Penal Peruano, el mismo que a la letra dice:

En los casos de los artículos 365° y 366°, (...) la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando: (...) 3. No será menor de ocho ni mayor de doce sí. 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, en el ejercicio de sus funciones. (...)

Variable Dependiente

Adecuación de la sanción penal:

El derecho penal es la última ratio que tiene una sociedad para reaccionar contra aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, al ser ultima ratio la sanción penal ha de ser usada únicamente después que los otros mecanismos de control social que han fracasado.

5.2.2 Definición Operacional:

Variable Independiente

Propuesta para derogar el inc. 3 del art 367 del Código Penal Peruano.

Variable Dependiente

Adecuación de la sanción penal.

Operacionalización de Variables

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADOR	INSTRUMENTO
Propuesta para derogar el inc. 3 del art 367 del Código Penal Peruano. (1998)	Proporcionalidad	Equidad en la sanción	Propuesta Proyecto de Ley
		Individualización de la pena	
		Correspondencia de la sanción	
Adecuación de la sanción penal	Criterios de determinación judicial de la pena	La doctrina y jurisprudencia sobre adecuación judicial	Ficha de análisis de contenido Cuestionario
		Antecedentes históricos jurídicos y comparados de la adecuación judicial de la pena	
		Situación actual del principio de proporcionalidad	

5.3 Metodología.

5.3.1 Tipo de Estudio:

El tipo de investigación desarrollada es de tipo explicativo-aplicativo. Este tipo de estudio está dirigido a responder las causas de los eventos físicos o sociales, dando a conocer por qué ocurre un fenómeno, proceso o hecho, en qué condiciones se da este o porqué dos o más variables están relacionadas.

La intención de la investigación es proponer desde un aporte práctico una solución acorde con la desproporcionada sanción impuesta en el inciso 3 del artículo 367 del Código Penal Peruano, toda vez que resulta irrelevante la aplicación de la misma, ya existiendo una sanción específica para cada conducta ilícita según el daño causado en su modalidad agravada, que al ser aplicada se impondrían penas según la gravedad de las lesiones ocasionadas.

5.3.2 Diseño:

Está diseñado bajo un enfoque dogmático cualitativo.

5.4 Población y Muestra.

Población conformada por 7,767 abogados colegiados en la Ciudad de Chiclayo.

$N = 7,767$ población.

$pq =$ Proporción máxima que puede afectar a la muestra. 0.25

$Z = 1.96$ que significa el 95 % de confianza de nuestro estudio.

$e =$ Margen de error 0.05

$n = 94.87$

Se ha elegido una **muestra** por 95 abogados; quienes conocen directamente en el tema que se investiga.

$$n = \frac{N \times Z_a^2 \times p \times q}{d^2 \times (N - 1) + Z_a^2 \times p \times q}$$

5.5 Método de Investigación.

Los métodos utilizados fueron: Analítico porque se partió de una idea global hacia premisas menores y Sintético que permitió reunir las ideas particulares pero ya sometidas a un estudio, para así culminar con el proceso de investigación.

5.6 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.

Las técnicas aplicadas fueron: Estudio documental, a través de fichas de recolección de datos y Encuesta, por la cual se pidió a los especialistas que brindaran su apreciación sobre la pena impuesta en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad. Las encuestas fueron aplicadas en los exteriores del Poder Judicial y procesadas en SPS.18.

El instrumento utilizado fue: Cuestionario, mediante la formulación de preguntas cerradas.

5.7 Métodos de Análisis de Datos.

La investigación se desarrollará respetando los principios éticos en la confidencialidad de la información.

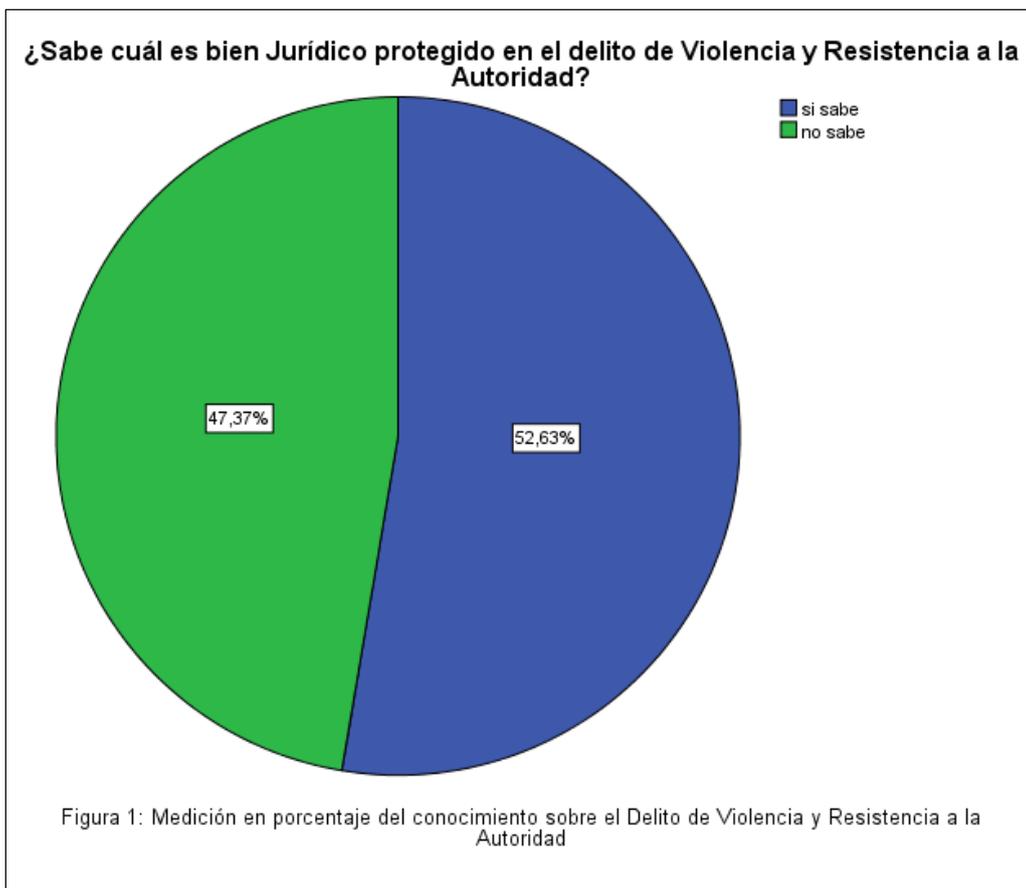
El proceso de análisis es estadístico y responde a los principios y metodología cuantitativa, pasando primero por la etapa de la revisión de bases de datos, procesamiento y, luego, al análisis descriptivo de los datos.

VI. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

6.1 Descripción.

Se aplicó un cuestionario con nueve preguntas a una muestra conformada por 95 abogados de la ciudad de Chiclayo.

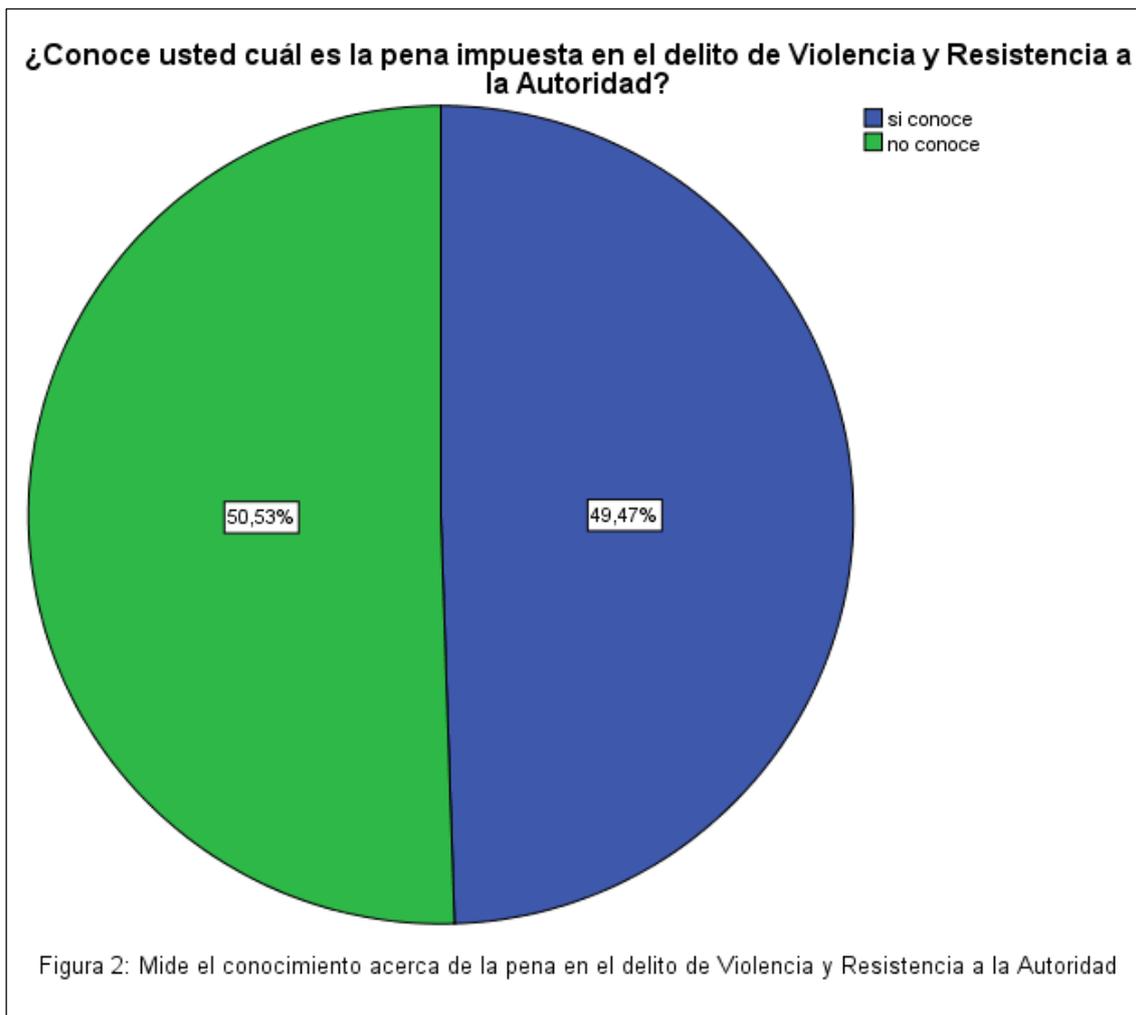
Gráfico N° 01: Bien Jurídico protegido en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

Como se puede apreciar en el gráfico, el 47.37% de los encuestados no conocen el bien jurídico tutelado en el Delito de violencia y Resistencia a la Autoridad.

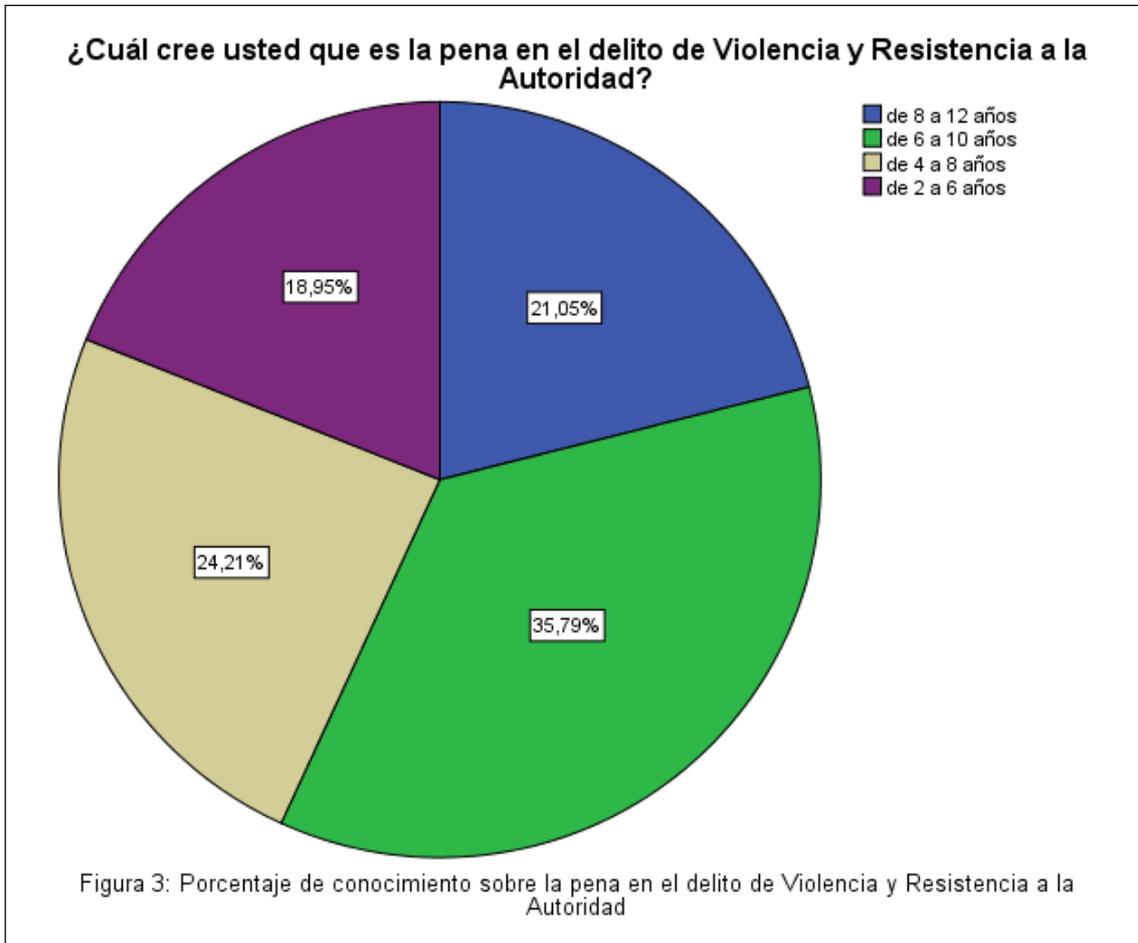
Gráfico N° 02: Pena impuesta en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

El 49.47% obtenido de los encuestados indicaron que no saben cuáles la pena impuesta en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad, mostrando así que casi la mitad de abogados litigantes desconocen la pena impuesta.

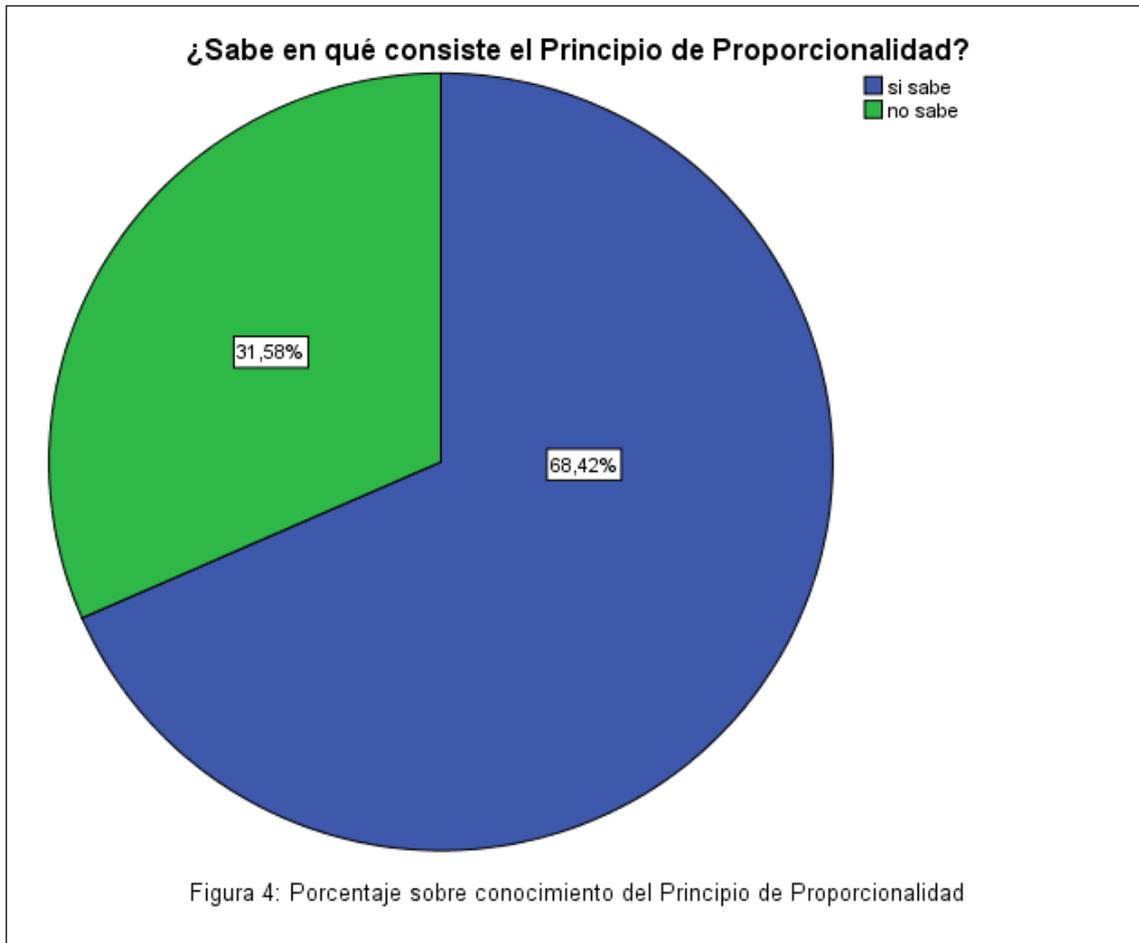
Gráfico N° 03: Apreciación de La Pena en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

Sólo un 21.05% de los abogados encuestados en la ciudad de Chiclayo tenían conocimiento de la pena impuesta en el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.

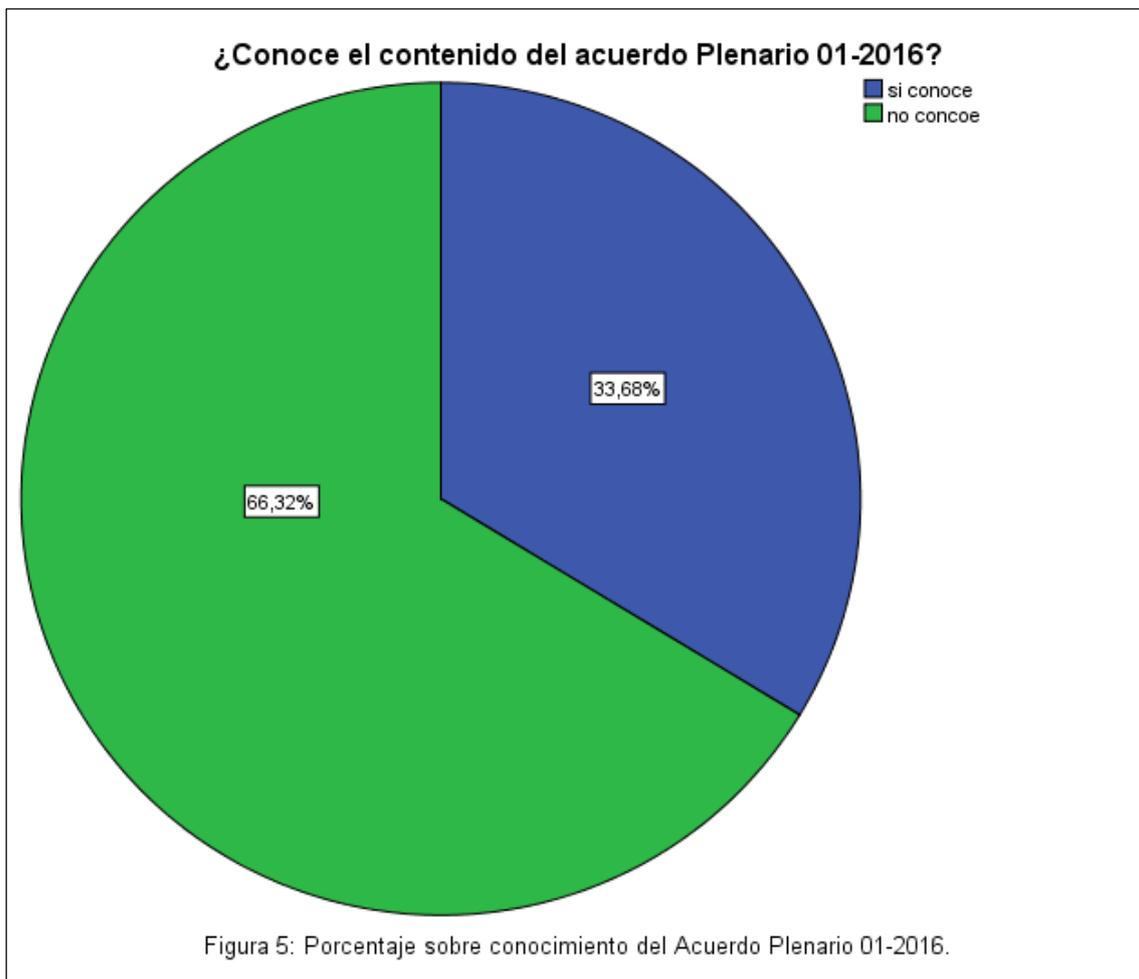
Gráfico N° 04: Principio de Proporcionalidad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

Un importante 68%, demuestra que los abogados encuestados tienen conocimiento del Principio de Proporcionalidad.

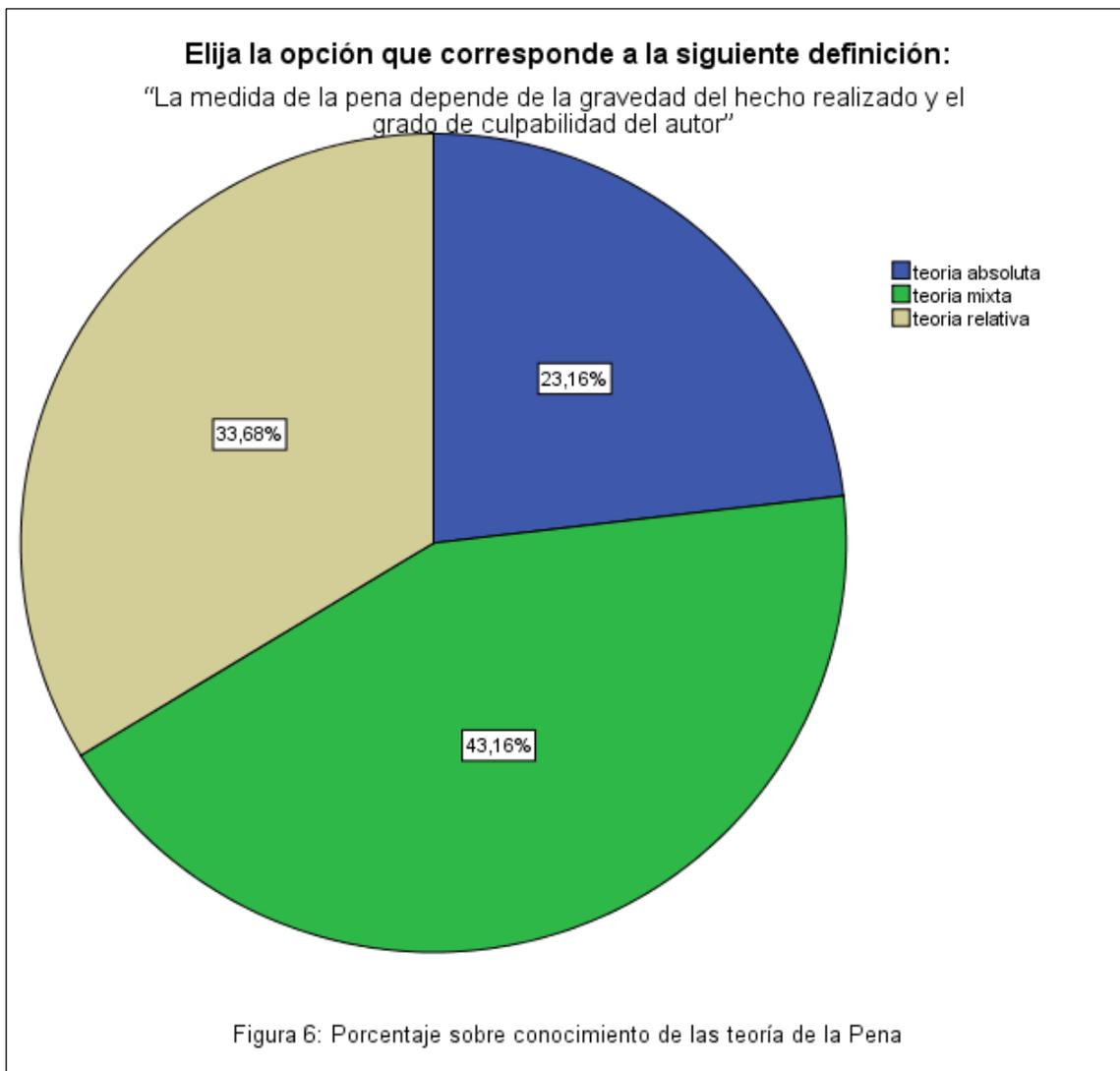
Gráfico N° 05: Acuerdo Plenario 01 – 2016.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

El 63.32% obtenido de los encuestados indicaron que no tienen conocimiento del Acuerdo Plenario 01-2016, sobre el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.

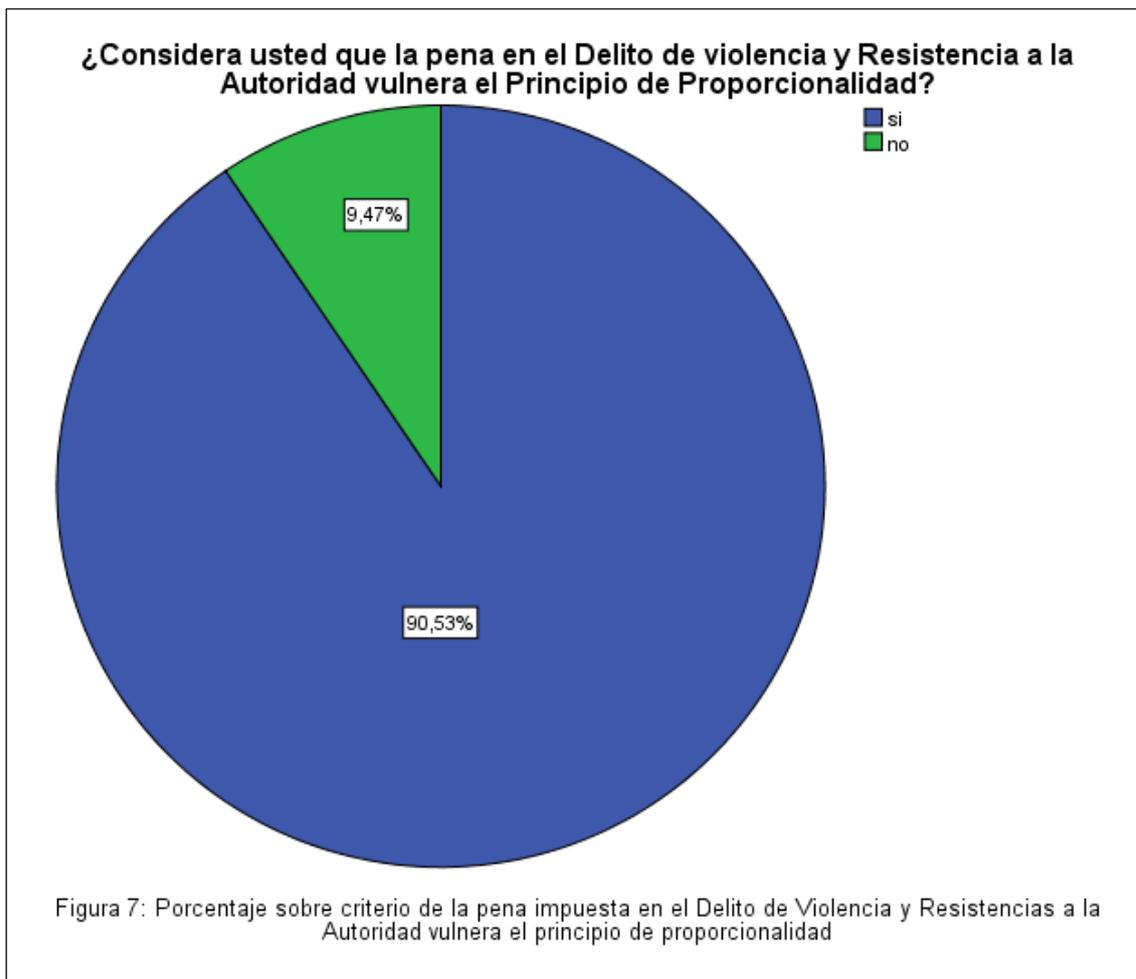
Gráfico N° 06: Teoría de La Pena.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

Sólo el 23.16% de los encuestados acertaron y demostraron conocer las teorías de la pena.

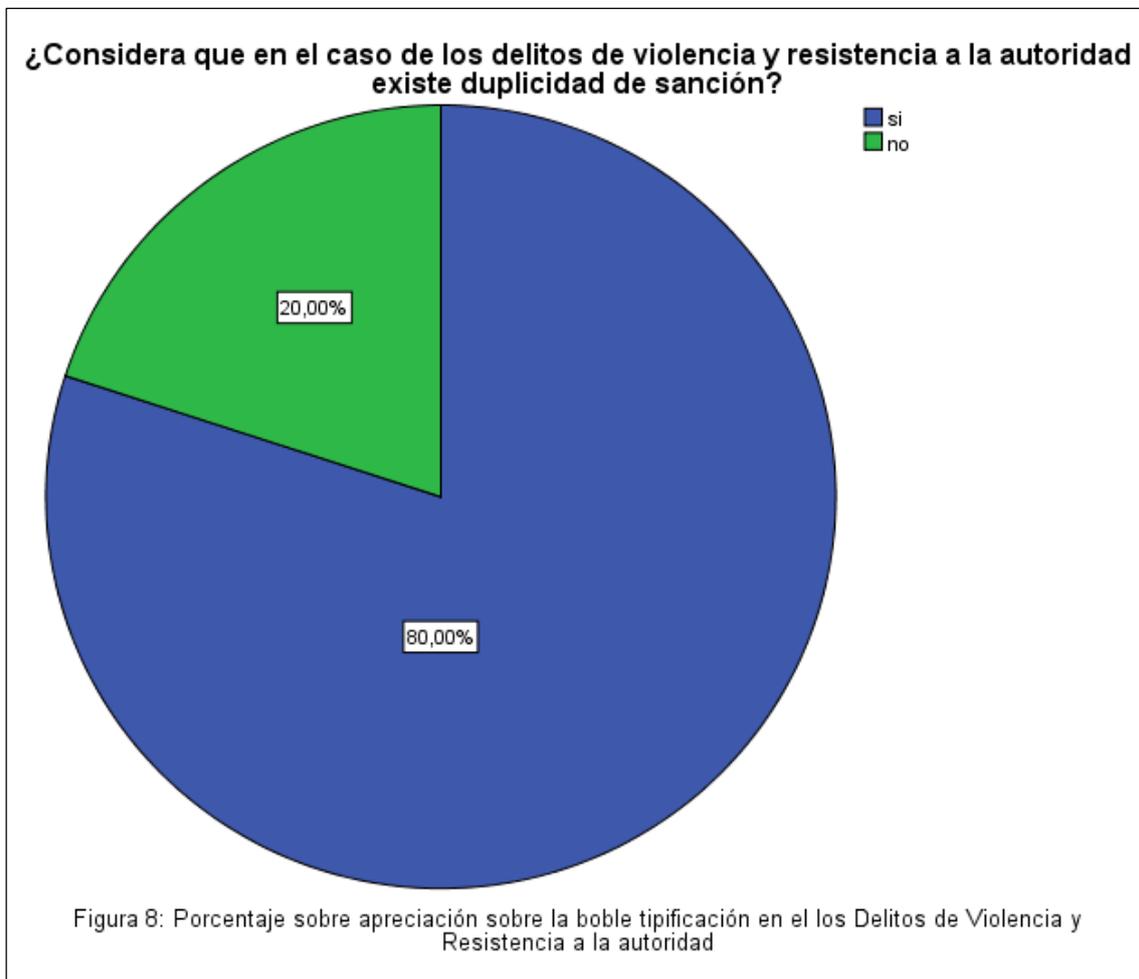
Gráfico N° 07: Vulneración del Principio de Proporcionalidad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

El 90.53% obtenido de los encuestados consideran que la pena impuesta en los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad vulneran el Principio de Proporcionalidad.

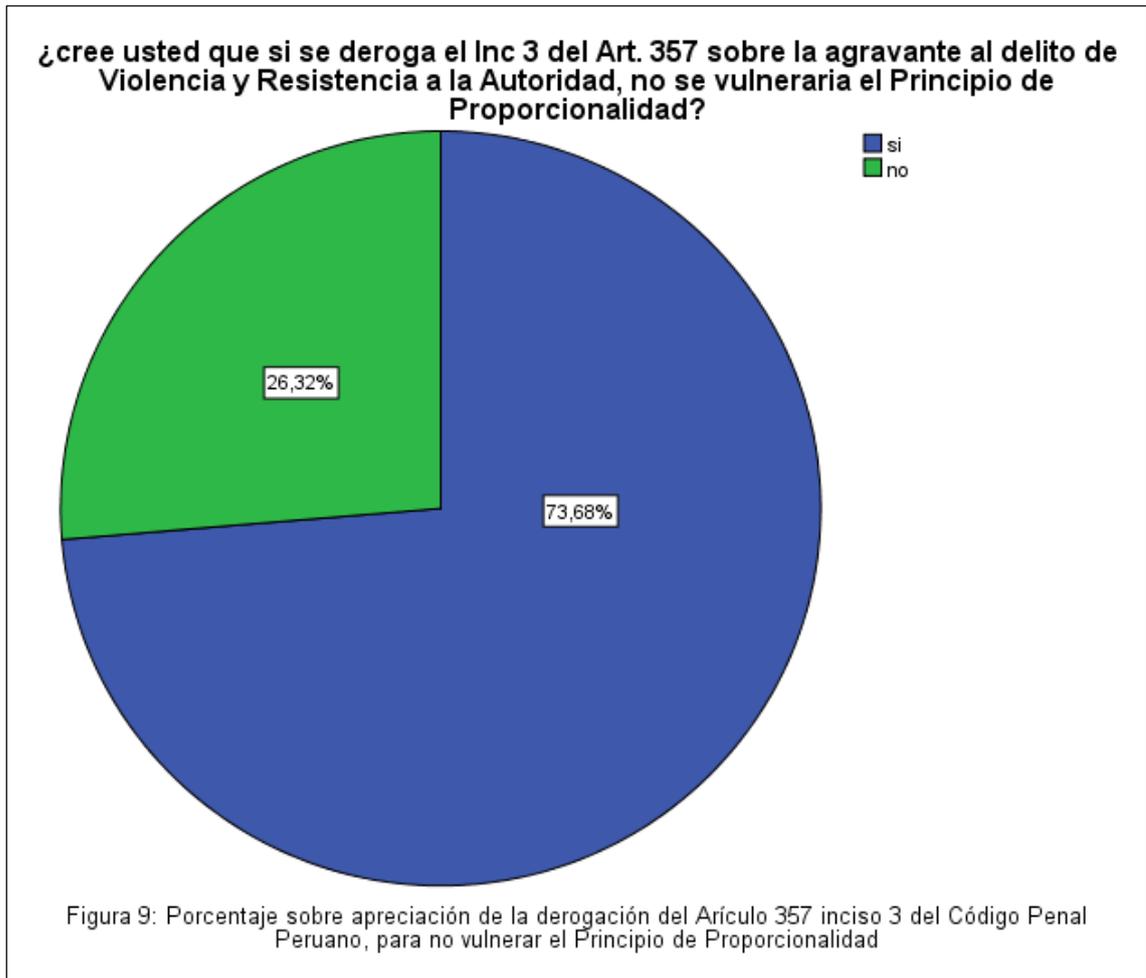
Gráfico N° 08: Duplicidad de Sanción en los Delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

Un 80% de los abogados encuestados determinan que la sanción contenida en el inciso 3 del artículo 367, ya se encuentra tipificada en los delitos contra la vida el cuerpo y la salud, en su modalidad agravada; mientras otro 20% consideran que no.

Gráfico N° 09: Derogación del Art. 357 Inc. 3 del Código Penal Peruano.



Fuente: Encuesta aplicada a una muestra de 95 abogados de la Provincia de Chiclayo.

El 73.68% de los encuestados comparten la idea de que derogando el inciso 3 del artículo 367 del Código Penal Peruano ya no se vulneraría el principio de proporcionalidad, toda vez que se aplicarían en los delitos específicos.

6.2 Discusión.

En base a las respuestas obtenidas con las preguntas planteadas en el cuestionario, tales como las obtenidas en la figura 8 y 9, se ha podido verificar que la pena impuesta en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad vulnera el Principio de proporcionalidad y a la vez que existe una doble tipificación del delito, y resultados mostrados en la figura 2 validan la idea de que si bien es cierto desconocen la pena impuesta, según el criterio de los encuestados esta debería ser menor, pues el 79.5% al no conocer la pena consideraron que esta era inferior como lo muestra claramente la figura 3.

6.3 Propuesta.

En base al análisis realizado y con la finalidad de contribuir con la seguridad ciudadana sin vulnerar los derechos de las personas, proponiéndose para ello un proyecto de ley como sigue:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA
EL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

1. Exposición de Motivos

En el Perú la Constitución Política de 1993 establece como fin supremo de la sociedad y del Estado, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, reconoce y garantiza el derecho a la igualdad y regula el derecho de defensa.

Dado que en los últimos años el tema de la inseguridad ciudadana ha sido materia de preocupación de estudiosos y autoridades, es poco lo que se ha avanzado en política criminal, no se puede negar que la Policía Nacional del Perú viene realizando un mejor trabajo y más organizado pero esto no resulta suficiente para controlar los actos ilícitos que a diario se suscitan y ponen en serio riesgo la integridad de todos los peruanos, llegando a sobre criminalizar conductas ilícitas de mayor incidencia criminal como es el caso de los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad.

Una política criminal de emergencia, debido a los desmanes suscitados en el desalojo de la Parada y Con la finalidad de primar el principio de autoridad de la Policía Nacional, el Art. 367 en el año 2013 sufre su cuarta modificación, sancionando con una pena de entre ocho y doce años a quienes emplean intimidación o violencia a un funcionario público, y si es Policía Nacional, considerado desde todos los extremos una sanción desproporcionada.

Respecto a la desproporción que implica la sanción contenida en el mencionado artículo, en Junio del 2016, La Corte Suprema de Justicia de la República, promulga el Acuerdo Plenario 01-2016/CIJ-116, cuyo asunto es la agravante del delito de Violencia y Resistencia contra la Autoridad policial, esta misma faculta a los magistrados a aplicar

sanciones inferiores al mínimo, es decir que aplicando su criterio podían sancionar con un máximo de doce años, quedando a su criterio la pena mínima.

No se ha tomado en cuenta que dentro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, de manera independiente en su forma agravada ya se encuentra tipificado y especificado si se comete contra un efectivo de la Policía Nacional, entonces de acuerdo al resultado del ilícito respecto a la incapacidad causada o a las lesiones resultantes, ya establecidas en el código penal peruano se sancionaría al sujeto activo según la magnitud del mismo.

2. Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional

La presente iniciativa propone la exclusión de la agravante en los delitos de violencia y resistencia contra un Policía Nacional, con la finalidad de que sean sancionados por su tipo independiente contenidos en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, y así no vulnerar el principio de proporcionalidad.

3. Análisis Costo - Beneficio

La presente iniciativa no genera gasto al erario nacional ni representa gasto significativo a ningún sector, porque el espíritu de la norma es sancionar de manera justa sin vulnerar los derechos de las personas, que con la modificación del Art. 367, serán sancionados según el daño causado.

4. Fórmula Legal

Artículo 1°: Modificación del Artículo 367° del Código Penal Peruano

Modifíquese el Artículo 367° del Código Penal Peruano, con la **Exclusión** del siguiente texto:

ARTÍCULO 367°: En los casos de los artículos 365° y 366°, 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.

Artículo 2°: Vigencia

La presente ley tiene vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

2.1 Conclusiones.

- Del análisis de las sentencias se concluye que existe falta de proporcionalidad en la penas en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues se ha evidenciado que en el delito de violencia y resistencia a la autoridad e su forma agravada, resulta más gravoso en comparación con otros delitos; y que el Acuerdo Plenario 01-2016 no es la solución.
- Del estudio de campo realizado a través de la recolección de datos mediante el uso de la técnica de la encuesta a través de su instrumento que fue un cuestionario se pudo corroborar que el 90.83% está de acuerdo con la propuesta planteada.
- Se elaboró una propuesta legal que busca la Derogación del Inciso 3 del Artículo 367 del Código Penal Peruano, que busca que en los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad Cometidos contra Efectivos de las Fuerzas policiales en Ejercicio de sus funciones se apliquen los tipos penales específicos: lesiones, injurias, secuestro, violencia o resistencia a la autoridad, según la gravedad del daño causado.

7.2 Recomendaciones.

- Se recomienda a futuros investigadores que tengan interés en abordar el tema de Violencia y resistencia a la Autoridad, del cual queda mucho por profundizar, puedan hacer una evaluación de las Políticas criminales, con la finalidad de brindar soluciones lógicas a la inseguridad que nos toca afrontar a diario.
- Se sugiere que una vez implementada la derogación del mencionado artículo, referente al inciso 3, se capacite al personal que se encuentra directamente vinculado, tanto como ministerio de Justicia y ministerio Público, para que puedan cumplir eficazmente desde la calificación de una denuncia hasta la pena impuesta según el tipo penal específico.
- Recomendar a los legisladores, cuando se pretenda modificar el CP, hacer un mayor análisis y una comparación, para evitar que las normas penales colisionen con los Principios básicos del Derecho Penal como el de proporcionalidad y los preceptos Constitucionales.
- Para la Elaboración de los instrumentos de recolección de datos se han utilizado criterios de rigor ético y científico para un adecuado manejo de la información.

VIII. MATERIALES DE REFERENCIA

2.1 Referencias Bibliográficas.

Bacigalupo. E. (2004) *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora Ara. Perú

Beccaria, C. (1982). *De los Delitos y las penas*. Introducción nota y Traducción de Francisco Tomas y Valiente (3a edición) Madrid: Aguilar Ediciones.

Bramont. L (1998) *Temas del Derecho Penal 5 Tomos*, Lima: Sp Editores.

Bustos. J. (1983). *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*. Buenos Aires: De palma.

Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental* (13va Edición) Venezuela: Editorial Heliasta.

Constante, C. (2015). *Determinación Judicial de la Pena*. Nuevos Criterios (1° edición): Gaceta Jurídica S.A.Lima.

Calle. J. (1927). *Código penal*. Ley N° 4868 (2° edición) Lima: Librería Gil.

Córdova. J (1978). *Comentarios al código penal*, Barcelona: Ariel.

Hernández. J. (1986). *Derecho Penal Parte general*. (2° edición) Madrid: Akal/Iure. España

Hurtado. J. (2005). *Manual del Derecho Penal. Parte General* (3° edición), Lima:Grijley. Perú.

Gómez. E. (1941). *Tratado de derecho penal*: Compañía Argentina de editores. Buenos Aires.

Laclau. M. (1989). *El Problema Filosófico de la Interpretación en la Actualidad* (vol. 9).
Buenos Aires: Abeledo-Perrod.Argentina.

Luzón. D. (1999). *Cuestiones Actuales de la Teoría del Delito*. Santiago: Mir Puig
(Directores).

Mancini. V. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.Argentina.

Malarino. E. (2005). *Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideo:
Temis.Argentina.

Portocarrero. J. (1997). *Delitos contra la Administración Pública* (2ª edición) Lima:
Jurídica Portocarrero.

Torres. L. (2005). *Manuel de derecho Penal. Parte general* (3ª edición) Lima: Eddili.
Perú.

Villavicencio. F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. (1ª edición) Lima: Grijley.Perú.

Vásquez. E. (1992). *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. San José: Juricentro.

Welzel. H. (1997). *Derecho Penal Alemán*. (4ª edición) Santiago: Editorial Jurídica de
Chile.

8.3 Direcciones Electrónicas.

<http://www.itaiusesto.com/>

evistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal

www.mpfm.gob.pe/.../2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felip.

blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/.../el-principio-de-proporcionalidad

ANEXOS

CUESTIONARIO APLICADO

Marque una sola respuesta con un aspa (X).

1. ¿Sabe cuál es bien Jurídico protegido en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad?

- a) Si
- b) No

2. ¿Conoce usted cuál es la pena impuesta en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad?

- a) Si
- b) No

3. ¿Cuál cree usted que es la pena en el delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad?

- a) De 8 a 12 años
- b) De 6 a 10 años
- c) De 4 a 8 años
- d) De 2 a 6 años

4. ¿Sabe en qué consiste el Principio de Proporcionalidad?

- a) Si
- b) No

5. ¿Conoce el contenido del acuerdo Plenario 01-2016?

- a) Si
- b) No

6. Elija la opción que corresponde a la siguiente definición:

“La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor”

- a) Teoría Absoluta
- b) Teoría Relativa
- c) Teoría Mixta

7. ¿Considera usted que la pena en el Delito de violencia y Resistencia a la Autoridad vulnera el Principio de Proporcionalidad?

- a) Si
- b) No

8. ¿Considera que en el caso de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad existe duplicidad de sanción?

- a) Si
- b) No

9. ¿cree usted que si se deroga el Inc. 3 del Art. 357 sobre la agravante al delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad, no se vulneraría el Principio de Proporcionalidad?

- a) Si
- b) No