

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
SECCIÓN DE POST GRADO DE DERECHO



**LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE
VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD EN SU FORMA AGRAVADA.**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA
EN DERECHO PENAL**

AUTORA:

BACH. MANIE YISELL RAMIREZ TIRADO.

ASESOR:

DR. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ

Trujillo – Perú

2016



Nº de Registro:

DEDICATORIA

A Dios

Por todo lo que me ha concedido hasta estas alturas de mi vida, y por sus bendiciones futuras.

A mis padres, hijos y esposo.

A quienes todo les debo, en mi vida personal y profesional; por todo esto les agradezco de corazón que estén a mi lado.

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero y eterno agradecimiento a todas y cada una de las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación, en particular a mi asesor de Tesis por su dedicación y sabios consejos.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme al Reglamento de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, someto a vuestra consideración la presente investigación titulada: **“LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD EN SU FORMA AGRAVADA”**, con el objetivo de obtener el grado académico de Maestra en Derecho, con mención en Derecho Penal, el cual ha sido realizado de manera consciente y esforzada, esperando reúna los requisitos y formalidades que se exigen.

.....

Bach.Manie Yisell Ramírez Tirado.

RESUMEN

La Tesis denominada “La desproporcionalidad de la pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada”, responde a la necesidad de determinar si en sanción penal fijada por el legislador en la Ley y aplicada concretamente por el juzgador es proporcional al bien jurídico protegido en el delito de Desobediencia contra la Autoridad en su forma agravada.

En este sentido, la formulación de nuestro problema fue el siguiente: ¿De qué manera el artículo 367 del Código Penal que sanciona el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada contiene una pena desproporcionada?, para lo cual proponemos la siguiente hipótesis : Siendo que el inciso 3) del segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal, sanciona el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada con una pena superior a la que corresponde a delitos con bienes jurídicos de mayor relevancia social y jurídica, contiene una pena desproporcionada.

En este orden de ideas, nos abocamos al estudio de la Doctrina y Legislación para demostrar dicha hipótesis, dado que se han aplicado sentencia de prisión efectiva.

De esta manera se ha logrado concluir que la pena que establece el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito.

ABSTRACT

The thesis called "The disproportionality of punishment for the crime of violence against authority in its aggravated form " , responds to the need to determine whether criminal punishment fixed by the legislature in Law and specifically applied by the judge is proportional to the good protected in the crime of disobedience and resistance to legal authority.

In this sense, the formulation of our problem was: How Article 367 of the Penal Code which criminalizes violence against authority in its aggravated form contains a disproportionate penalty ?, for which we propose the following hypothesis: Since the second paragraph of Article 367 of the Criminal Code, subsection 3) punishes the crime of violence and resistance to authority in its aggravated form with a higher penalty which corresponds to crimes legal interests of greater social and legal relevance, It contains a disproportionate penalty.

In this vein, we apply ourselves to the study of the Doctrine, Legislation and Jurisprudence to prove this hypothesis, as have been applied effective prison sentences

Thus, it has been achieved to conclude that the penalty established by the legislature to crime must be proportionate to the social importance of the fact. In this regard, it should not be admitted penalties or security measures, exaggerated or unreasonable in relation to crime prevention.

TABLA DE CONTENIDOS

PÁGINAS PRELIMINARES

1. PORTADA O CARÁTULA.....	i
2. CONTRAPORTADA O CONTRACARATULA.....	i
3. DEDICATORIA.....	i
4. AGRADECIMIENTO	ii
5. PRESENTACIÓN.....	iii
6. RESUMEN	iv
7. ABSTRACT	v
8. TABLA DE CONTENIDOS.....	vii

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	6
3. JUSTIFICACIÓN JURIDICA DE LA INVESTIGACIÓN	8
4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	8
5. HIPÓTESIS.....	9
6. OBJETIVOS.....	9
7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	9
8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	10
9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	12
10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	12
11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.....	13

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I

SISTEMA PENAL PERUANO

1. EL PROCESO PENAL	14
1.1 DEFINICIÓN	14
1.2. NATURALEZA JURÍDICA	14
1.3. OBJETO DEL PROCESO PENAL	15
1.4. ETAPA DEL PROCESO PENAL.....	16
A. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	16
B. ETAPA INTERMEDIA	17
C. ETAPA DE JUICIO ORAL.....	18
1. 5. PROCESOS PENALES	20
1.5.1. EL PROCESO PENAL INMEDIATO.....	20
1.5.2. EL PROCESO PENAL INMEDIATO CASO FLAGRANCIA .	20

SUB CAPITULO II

**LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD, RACIONALIDAD,
PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD DE PENA EN MATERIA
LEGISLATIVA JUDICIAL.**

1. INTRODUCCIÓN	24
2. LA RACIONALIDAD EN MATERIA LEGISLATIVA (POLÍTICO CRIMINAL) Y DE DECISIÓN JUDICIAL.....	25
3. LA RAZONABILIDAD EN MATERIA LEGISLATIVA (POLITICO CRIMINAL) Y DE DECISIÓN JUDICIAL.....	26
4. LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA LEGISLATIVA (POLÍTICO CRIMINAL) Y DECISIÓN JUDICIAL	27
5. LA NECESIDAD DE PENA EN MATERIA LEGISLATIVA (POLÍTICO CRIMINAL) Y DE DECISIÓN JUDICIAL	30
6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA	30

7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA SEGÚN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	32
8. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	33.

SUB CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD EN SU FORMA AGRAVADA, ARTICULO 365, ARTICULO 366 Y ARTICULO 367° SEGUNDO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL.

1. DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD AGRAVADO	36
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL	37
3. ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PÚBLICA	39
4. CUESTIONAMIENTOS AL QUANTUM DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PÚBLICA.....	41
5. PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA.....	42

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIÓN.....	51
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Es necesario, desde una perspectiva metodológica, que al abordar la realidad problemática en investigación definamos a la rama del Derecho en la que ésta se sitúa, es decir a la Ciencia del Derecho Penal; y de las múltiples definiciones existentes concordamos con **Hans Welzel (1907-1974)** *para quien el “Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.* Ello encierra una valoración objetiva de nuestra rama de estudio, toda vez que es la ley penal la única que puede describir conductas humanas delictivas y sancionarlas debidamente de conformidad con esa propia normativa”.

Si bien el Derecho Penal material o, simplemente, Derecho Penal se concibe como el estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas; también debemos enfatizar que para una exposición ordenada y sistemática del contenido de este instrumento de control social se distingue entre una Parte General y otra denominada Parte Especial.

En la Parte General se estudian, los fundamentos generales o nociones básicas de la materia: la norma jurídico-penal, su estructura, contenido y función, así como los principios que la inspiran, sus fuentes y límites de vigencia temporal, espacial y personal. En segundo lugar se estudia la teoría general del delito como infracción normativa especialmente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición comunes a cada una de las particulares infracciones delictivas. Después, algunos autores estudian las consecuencias jurídicas del delito, es decir de las sanciones aplicables al mismo. En cambio en la Parte Especial se estudian las particulares

infracciones delictivas (homicidio, hurto, agresión sexual, robo, etc.) y las sanciones específicas de cada una de ellas, agrupándolas sistemáticamente.

Pero en definitiva, no hay que olvidar que el Derecho penal moderno, distinto al clásico, o comúnmente denominado Derecho penal liberal, es eminentemente constitucional, es decir que sus normas deben guardar similitud y conformidad con la norma básica de un Estado, que es la Constitución. Más aún, en estos tiempos del llamado **neoconstitucionalismo**, que se caracteriza por la **constitucionalización** de todo el ordenamiento normativo.

En esa línea, debemos justificar la existencia de la pena o sanción por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad. La pena es un fin en sí mismo, es decir, su función es restablecer el daño causado. Es decir, al considerar a un delito como el daño que se hace al orden social determinado (contemplado en la ley) entonces se aplica una pena con el fin de que devuelva el orden social. Además se debe de considerar a la pena como la retribución que el Estado le otorga a la víctima del delito. El retribucionismo se inspira en Immanuel Kant, quien concibió la retribución como un principio jurídico. La pena tiene una función utilitaria, que es la de prevenir delitos futuro.

Asimismo consideramos que toda sanción penal fijada por el legislador en la Ley y aplicada concretamente por el juzgador debe ser proporcional al bien jurídico protegido prevaleciendo la razonabilidad, es decir que un atentado contra el derecho a la vida debe ser, cuantitativamente, sancionado con mayor severidad que un atentado contra el libre ejercicio de la función pública sin el cual no es posible el normal desenvolvimiento de la administración, que es el bien jurídico protegido en el delito de Desobediencia a la Autoridad regulado por el artículo 367 del código penal.

Esta situación nos lleva a escrutar el principio de proporcionalidad de la pena entendido según la óptica de nuestro máximo intérprete de la Constitución; y así tenemos que en la **Sentencia del 22 de Octubre del año 2012, Caso Carlos Alberto Ruiz Romero-Lima, Expediente N° 01010-2012-PHC-TC**, en su relación con las penas enfoca al *principio de proporcionalidad* como una “*prohibición de exceso*” dirigida a los poderes públicos ya que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, y justifica las penas impuestas por el juez penal en cada caso concreto en una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica, dice esta sentencia constitucional:

“4.- El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

*5.- En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, prima facie, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, “La prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en Jan-R. Sieckman (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2011, p. 169 y ss.).*

6.- Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado “que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41).

7.- Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138º de la Constitución, establece que “[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción de que el cuántum de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, fundamento 3)”.

Si la Función Judicial se sintetiza en “pacificar a la sociedad a través de decisiones justas y razonables”, consideramos que las penas que el legislador estipula y el Juez Penal impone a determinadas personas que incurrir en la comisión de delitos debe de cumplir con esta finalidad de pacificar la sociedad.

Nuestra Ley Penal en el art. 367 segundo párrafo, tipifica el Delito de Violencia contra la autoridad en su forma agravada, estableciendo como pena privativa de la libertad entre 8 a 12 años, entendemos por Violencia a la autoridad que el bien jurídico tutelado es el libre ejercicio de la función pública sin el cual no es posible el normal desenvolvimiento de administración. 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. De esta manera se le coacta la libertad jurídica de actuar según la ley.

Asimismo somos testigos de lo que está aconteciendo en nuestro país que las personas que incurrir en este tipo de delitos son sancionadas con penas efectivas de privación de la libertad, de 6, 8 años, por ejemplo el caso de Silvana Buscaglia quien fue condenada a seis años y ocho meses de pena privativa de la libertad, también una persona que agredió a un policía con látigo fue condenado a 5 años de pena privativa de libertad; siendo 19 personas aproximadamente hasta la fecha condenadas con penas efectivas.

Se debe de tener en cuenta que para el proceso inmediato en los casos violencia contra la policía, es indispensable que se verifique que el acto policial sea legítimo, el Juez deberá verificar la capacidad de culpabilidad o imputabilidad cuando hay información que lo justifica.

Consideramos que la sanción que establece la Ley penal por la comisión del delito de Violencia a la autoridad en su forma agravada, es desproporcional respecto al Bien jurídico protegido ya que para los delitos de la vida el cuerpo y salud, la ley los sanciona con menos pena, como por ejemplo el delito de homicidio culposo es sancionado con penas entre 4 y 8 años, también el delito de lesiones culposas agravadas entre 4 y 6 años de pena privativa de la libertad. Es decir constatamos palmariamente que para el legislador más prevalece el respeto a la autoridad que la vida misma de las personas.

Debemos resaltar que de ninguna manera pretendemos que las acciones típicas ejecutadas por quienes violan o resisten a la autoridad tampoco queden impunes, sino que se les aplique una pena proporcional al bien jurídico protegido, a la luz del principio de proporcionalidad.

El presente trabajo pretende resaltar esta desproporción de la Ley penal en cuanto a la pena establecida en este tipo penal, esta realidad problemática ha sido percibida por los sectores comprometidos con el quehacer judicial tal es así que la corte suprema ha presentado un proyecto de ley por resistencia a

la autoridad, tal es así que el Presidente del Poder Judicial Dr. Víctor Ticona, anunció que se está presentando este proyecto de Ley, alegando precisamente la desproporción que existe ya que si el delito es leve pues será una pena menor pero si es grave, por ejemplo lesiones al policía, sería una mayor pena.

Esta realidad problemática ha sido percibida en nuestra sociedad, de que la desproporcionalidad de la pena ha sido percibida con asombro como el caso de Silvana Buscaglia una madre de familia ha sido condenada a 6 años 8 meses pena privativa por haber abofeteado a un policía, con ello la sociedad percibe que esa pena no pacifica al contrario genera mayores problemas sociales, debe de existir una sanción aplicarse debe de encuadrarse dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, si la agresión es leve pues será una pena menor pero si es grave, por ejemplo lesiones al policía, sería una mayor pena.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En esta parte de nuestra investigación se hace necesario revisar estudios anteriores con el fin de buscar los mejores aportes a la presente investigación, donde nos encontramos con publicaciones relacionadas con delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada tipificado en el segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal contiene una desproporcionalidad de la pena, respecto al bien jurídico protegido de nuestro país. A continuación citamos algunos estudios.

✓ **TICONA POSTIGO, VICTOR. (2016). Publicado en revista virtual.**

Sostiene:

“Vamos a presentar un proyecto de ley para que se revise esa alegada desproporción de la pena, pero nosotros (como jueces) hemos cumplido la Constitución y la ley.

Si el delito es leve, pues será una pena menor, pero si es grave, por ejemplo, lesiones al policía, sería una mayor pena.”

- ✓ **MOSQUERA VASQUEZ, Clara. (2016) “La incongruencia de algunas normas penales”.** Publicado en la Revista virtual *La Ley*. Sostiene:

“Que las recientes sentencias por violencia contra la autoridad en aplicación del proceso inmediato obligatorio para casos de flagrancia resultan desproporcionales al compararlas con las impuestas para otros delitos graves donde se afectan bienes jurídicos de mayor trascendencia, tales como la vida y la salud.

Consideramos que las penas establecidas en el segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal son desproporcionadas frente a las penas a imponerse por la comisión de otros delitos donde se afectan bienes jurídicos de mayor trascendencia. Así, por ejemplo, si un conductor infringiendo las normas de tránsito causa lesiones a una persona, de no existir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo existan éstas últimas, la pena se establecerá dentro del tercio inferior de la pena establecida en el último párrafo del artículo 124 del Código Penal, esto es, entre 4 años y 4 años 8 meses de pena privativa de libertad. Por el contrario, si alguien abofetea a un efectivo policial, de no existir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo existan éstas últimas, la pena se establecerá dentro del tercio inferior de la pena establecida en el segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal, esto es, entre 8 años y 9 años 4 meses de pena privativa de libertad”.

- ✓ **PALACIOS, ROSA MARIA. (2015). “A cuanta pena la cachetada”.** Blog virtual. Sostiene:

“El populismo penal, para responder una presión mediática, resulta siempre en penas desproporcionadas al delito. La violencia y resistencia a la autoridad se sanciona con pena mínima de 8 años y una máxima de 12 años. Eso, mientras que hay modalidades de homicidio o violación con menos pena.

Podían los jueces rebajar la pena aún más a Silvana Buscaglia? Yo creo que sí. La ley les da un margen de discrecionalidad que no han querido usar. Cuatro años de prisión suspendida, con limitación de derechos y reglas de conducta hubiera sido suficiente. Ir a firmar todos los meses, perder el breveté, son sanciones efectivas. Pero ¿6 años 8 meses en la cárcel? Disculpen

Pero no tiene sentido ni congruencia con el resto de normas del Código Penal.”

3. JUSTIFICACIÓN JURIDICA DE LA INVESTIGACION

El presente trabajo buscará analizar la aplicación de la pena en cuanto al delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada, tal es así que se han aplicado sentencias de prisión efectiva tales como uno de los casos de seis años y ocho meses emitido por el Segundo Juzgado de investigación preparatoria del Callao contra la señora Buscaglia Zapler por el delito de violencia y resistencia a la autoridad en su forma agravada fue muy drástico, desproporcionado, teniendo en cuenta las circunstancias por la que sucedieron los hechos, la sentenciada no contaba con antecedentes penales ni judiciales, es primaria, tiene buen comportamiento, el Juez tiene la facultad de aplicar penas privativas de libertad de dos días, hasta dos meses, que ya son penas altas. Consideramos que se debería modificar la ley en cuanto existen penas más graves que atentan contra la vida el cuerpo y la salud que son sancionadas con menor pena en comparación con la pena de violencia contra la autoridad en su forma agravada; asimismo se ha realizado II Pleno Jurisdiccional extraordinario en materia penal y procesal penal, a fin de analizar la correcta interpretación de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.

Nos mueve el interés por el estudio de que haya una correcta aplicación de la ley en base a los principios de proporcionalidad y legalidad.

4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera el artículo 367 del Código Penal que sanciona el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada contiene una pena desproporcionada?

5. HIPÓTESIS

En la medida que el artículo 367 del Código Penal sanciona con una pena superior a la que corresponde a delitos con bienes jurídicos de mayor relevancia social y jurídica, contiene una pena desproporcionada.

6. OBJETIVOS

6.1. General:

Establecer si en la punición de privación de la libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años al autor del delito contra la administración pública en la modalidad de violencia contra la autoridad, en su forma agravada, a que se refiere el inciso 3) segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal”, contiene una pena desproporcionada con el bien jurídico protegido.

6.1. Específicos:

- a) Analizar si la pena aplicada Silvana Buscaglia y Gissel Rosales con relación al delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada reúne los estándares de proporcionalidad.
- b) Analizar si la penalidad establecida en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada se vulnera la Proporcionalidad de las sanciones, establecida en artículo VIII título preliminar del Código Penal, señala: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho...”*.
- c) Analizar la legislación nacional referente a los delitos de violencia y contra la autoridad.

7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es no experimental, por cuanto no existe manipulación activa de alguna variable, circunscribiéndonos a observar los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos.

a) Por su finalidad: Es básica, por cuanto está orientada a la obtención y recopilación de información agregando a la información existente.

b) Por su carácter: Es descriptiva, por cuanto tiene como objetivo central la descripción de fenómenos, empleando métodos descriptivos.

c) Por su naturaleza: Es cualitativa, por cuanto su finalidad es encontrar una teoría con la que se pueda probar, con razones convincentes, la efectividad de los datos.

El enfoque cualitativo utiliza la recolección de datos sin medición numérica, ya que las técnicas utilizadas en la investigación cualitativa es la observación no estructurada, así como la revisión de documentos.

8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

8.1. Métodos:

Por la naturaleza del tema utilizaremos los métodos jurídicos cualitativos, entre ellos:

- i) Analítico:** A través del cual en la investigación se efectuará a través de un criterio pormenorizado y acucioso que posibilite la obtención de toda la información requerida para enriquecer el marco teórico, permitiendo estudiar la aplicación de la pena superior con que se sanciona la violencia contra la autoridad respecto a delitos con bienes jurídicos de mayor relevancia social y jurídica.
- ii) Exegético:** Para un análisis pormenorizado de los dispositivos legales propios del tema, así como para interpretar los dispositivos legales que regulan los delitos de violación resistencia a la autoridad forma agravada.
- iii) Dogmático:** A través del cual en la investigación se obtendrá un análisis doctrinario de los fundamentos doctrinarios en que se

sustenta el proceso penal inmediato y las garantías constitucionales de la tutela jurisdiccional efectiva y el de defensa.

- iv) **Hermenéutico - jurídico:** Para analizar de modo crítico y fundamentado los temas que integran la investigación que se propone, conociendo el espíritu esencial de la normativa referente al proceso penal inmediato y las garantías constitucionales de tutela jurisdiccional efectiva y de defensa en el campo del Derecho Penal.

- v) **Histórico:** Permitirá conocer e identificar los antecedentes de la legislación procesal penal, respecto al proceso penal, el proceso penal inmediato y las garantías constitucionales en que se sustentan.

8.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

8.2.1. Técnicas:

- a) **La observación:** Permitirá advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad.

- b) **Acopio documental:** Permitirá obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina y jurisprudencia nacional o comparada.

8.2.2. Instrumento:

- a) **El fichaje:** Permitirá que la información recolectada u obtenida de datos sean incluidas en fichas de registro y fichas bibliográficas.

9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El diseño de contrastación de la hipótesis se refiere a los procedimientos racionales para contrastarla, es decir someterla a verificación, los cuales se grafican o expresan por símbolos. En nuestro caso, el diseño de la hipótesis es de una sola casilla, la cual es empleada para describir una realidad y cuya representación gráfica es como sigue:

Diseño: Descriptiva simple

Esquema:



Dónde:

M = La pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada.

O = Constitución Política del Estado y el Código Penal.

La contrastación de la hipótesis se hará mediante el uso de métodos antes señalados, que permitirán probar nuestra hipótesis.

10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

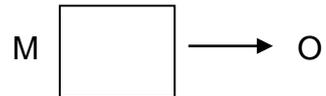
Primer paso: Visitaré la biblioteca central de la Universidad Privada Antenor Orrego de la ciudad de Trujillo a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos en la mayor cantidad posible sobre el tema materia de investigación.

Segundo paso: Procederé a elaborar mis instrumentos.

Tercer paso: Aplicaré las técnicas e instrumentos que permitirán obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

11. DISEÑO DE PROCESAMIENTO

El diseño es de descripción simple, cuya aplicación es para describir características de la realidad normativa, siendo su representación gráfica la que sigue:



Dónde:

M = La pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada.

O = Constitución Política del Estado y el Código Penal

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I SISTEMA PENAL PERUANO

1. El Proceso Penal

1.1. Definición.

Es el conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la realización de un delito, estableciendo la identidad y el grado de participación de los presuntos responsables. Manuel Catacora Gonzáles.

De La Oliva Santos señala que el Proceso Penal, es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el Derecho no puede ser instantáneo, sino que a él se llega a través de una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo a lo largo del tiempo. Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el Art. 139º 10 de la Constitución, que es la concreción del principio nullum poena sine previa lege penale et sine previo processo penale.

1.2. Naturaleza Jurídica.

El alemán Von Büllow concebía al proceso como una relación jurídica que se caracteriza por su autonomía o independencia de la relación jurídica material que se deducía dentro del mismo. Características de esta relación: Se trata de una relación jurídica compleja, ya que engloba todos los derechos y deberes que se producen en las distintas fases del procedimiento. Es una relación de Derecho público, que tiene su origen en una litis contestatio de naturaleza pública. Por tanto, el proceso es la relación jurídica formada por derechos y deberes recíprocos entre el juez y las partes, que se perfecciona a través de la litis contestatio, de la que surgen dos obligaciones básicas: Por un lado, a que el órgano jurisdiccional asuma la tarea de decidir la contienda. Por otro lado, a que las partes queden sometidas a la resolución dada por el juez. Se trata de obligaciones puramente procesales, y para que éstas se produzcan, es necesario que se cumplan determinados requisitos, denominados presupuestos procesales, que son los requisitos de

admisibilidad y condiciones previas a la tramitación de cualquier relación procesal. Las aportaciones fundamentales de la doctrina de la relación jurídica son dos:

Nacimiento, con carácter autónomo, del Derecho procesal, que deja de ser un instrumento del Derecho material para pasar a ser una ciencia autónoma. Por tanto, se está diferenciando entre la relación jurídica material deducida en el proceso y la relación jurídica procesal.

Por primera vez se explica la naturaleza del proceso a través del Derecho público.

El proceso puede ser analizado desde diferentes puntos de vista. Si se examina como se desarrolla, se estará contemplando su o sus procedimientos. Si se estudia para qué sirve el proceso, se estará enfocando su finalidad (como medio de solución al litigio). Pero si se reflexiona sobre qué es el proceso, se estará analizando su naturaleza jurídica. Couture, advierte que el estudio de la naturaleza jurídica del proceso ³consisteante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial'. En términos generales, las teorías privatistas han tratado de explicar la naturaleza del proceso, ubicándolo dentro de figuras conocidas del derecho privado, como el contrato o el cuasicontrato; las teorías publicistas, en cambio, han considerado que el proceso constituye por sí solo una categoría especial dentro del derecho público, ya que se trate de una relación jurídica o bien de una serie de situaciones jurídicas

1.3. Objeto del Proceso Penal.

El objeto del Derecho Procesal Penal radica en el Esclarecimiento del hecho denunciado, previa actuación de pruebas.

El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Fiscal.

El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución y no de sentencia. Se busca determinar si se cometió o no delito, se busca una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas, la sanción para el infractor.

1.4. Etapas del Proceso Penal.

En el proceso penal peruano se distinguen las siguientes etapas.

a) Etapa de investigación preparatoria.

El Fiscal como titular de la acción penal, y responsable de la investigación, debe reunir todos los elementos probatorios suficientes, a fin de poder sustentar su acusación no sólo ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sino también ante el juez unipersonal o colegiado, en la etapa oral y contradictoria, toda vez que su función no sólo es denunciar y acusar, sino sostener y probar su acusación. Como bien señala TORRES CARO, *“lo que se quiere es que el Fiscal tenga claro que la denuncia que él formule tenga peso probatorio suficiente para determinar judicialmente la responsabilidad de la persona denunciada. El Fiscal no debe de denunciar cuando sólo tiene leves indicios y carencia de pruebas idóneas y suficientes de la comisión del ilícito penal.”*

Así, la INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, se convierte en una de las etapas si bien inicial, a su vez la más importante del Proceso Penal en el nuevo modelo procesal que contiene el Código Procesal Penal de 2004, y que, viene siendo puesto en vigencia de manera secuencial en los diferentes distritos judiciales de nuestro país. Ello implica que la investigación preparatoria dota al Proceso Penal de los cimientos necesarios para dar lugar al Juzgamiento, toda vez que si tenemos una investigación endeble, sin elementos de prueba suficientes, la investigación no tendrá éxito y culminará en un requerimiento de SOBRESERIMIENTO.

b) Etapa intermedia.

La Etapa Intermedia prevista en el Código Procesal Penal 2004, es el período comprendido desde la conclusión de la investigación preparatoria hasta el auto de enjuiciamiento; dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria.

Cumple una de las funciones más importantes en la estructura del proceso común, cual es el control de los resultados de la investigación preparatoria, examinando el mérito de la acusación y los recaudos de la causa, con el fin de decidir si procede o no pasar a la etapa del juicio oral.

Es el momento de saneamiento del proceso, controla lo actuado en la investigación, y el sustento de la acusación o del pedido de sobreseimiento, verificando las garantías procesales.

La etapa intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable; el juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano.

La fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación; estos requerimientos deben cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial; por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. En cualquiera de esos campos, el requerimiento fiscal puede contener errores o “vicios” que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida; el juez y los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos y de que la decisión judicial no contenga errores o en que estos no se

trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio.

Desde el punto de vista sustancial, la fase intermedia consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos. Siempre, luego de esta discusión preliminar, se produce una decisión judicial; si el juez o tribunal decide admitir la acusación, se dictará el auto de apertura a juicio, que es la decisión propia de esta fase; si no se admite la acusación, se podrá dictar el sobreseimiento.

La etapa intermedia, tiene por objeto conocer si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral; esta etapa responde a una finalidad de economía procesal, que consiste en despachar rápidamente en sentido negativo sin juicio oral asuntos que no merecen un debate, y de ahorrar al inculpado molestias procesales inútiles.

c) Etapa de juicio oral.

El ordenamiento procesal penal, se fundamenta en dos sistemas opuestos, el sistema inquisitivo (características) .El sistema acusatorio (características) (Lo que contiene la teoría del caso), El nuevo modelo acusatorio que adopta el Código Procesal Penal Peruano, (es su máxima expresión) el juicio oral proceso penal, no es una de las tres etapas del procedimiento, ni la etapa sucesiva agregada a la etapa de investigación o a la etapa intermedia, tampoco es la oportunidad de simular discusión de pruebas recogidas durante la investigación fiscal.

En virtud de este sistema la prueba únicamente será la producida en juicio, de forma tal que los jueces que van a fallar lo harán de aquello que ocurra en audiencia. En ese orden de ideas todo lo que ocurre fuera del juicio oral, estrictamente preparatorio: la información que el fiscal haya reunido durante la investigación no interesa, ni existe, sino solo en cuanto es producida en el juicio oral. Lo que quiere decir que el fiscal tendrá que olvidar aquello de solicitar leer el parte policial u otro

documento, o peor aún darlas por leídas. El parte policial como tal no es relevante el juicio, puesto que no se introduce como prueba, en todo caso lo que tendrá que hacer el fiscal es ofrecer como uno de sus testigos de cargo al policía quien declarará en juicio respecto del parte o atestado que elaboró, este nuevo sistema rige para todo tipo de prueba que se desee introducir a debate, es produciéndola en juicio de primera mano, salvo excepciones (ARTICULO 242 sobre PRUEBA ANTICIPADA) por cuanto la regla es que la información producida fuera de juicio no existe para el Juzgador.

En realidad esta concepción de juicio no es la única vigente en el mundo, pero es la opción que han venido adoptando gradualmente diversas legislaciones en toda América Latina y ahora lo hace nuestro País. Porque? , porque busca desenvolver su justicia en contornos de libertad y de respeto a los derechos fundamentales, con el control del uso arbitrario del poder del Estado, para que no sea utilizado ese inmenso poder de manera errónea, arbitraria o negligente.

Ello se produce en la medida en que se reúna toda la información disponible para que sea valorada inmediatamente y en su conjunto. (Cuando un caso se produce, todos tienen un punto de vista con respecto a él, influenciado por parte de las evidencias que conocen, porque tiene vínculos de familiaridad con una de las partes, porque son procesado o agraviado, porque son la sociedad porque es la prensa, porque es el Juez de garantías o el fiscal que conoció en primera instancia, en fin información recabada de todos lados). Y concentrándola en un organismo que la depure, efectuando un genuino control de calidad de la información en función a lo que las partes procesales.

Si una persona es hallada manejando en estado de ebriedad, traficando drogas, cometiendo robo agravado o tratando de ingresar elementos prohibidos a centros penitenciarios, debe ser intervenido por la policía

y llevado inmediatamente a la fiscalía, la misma que podrá acusar de inmediato el detenido para ponerlo en manos de un juzgado.

Cuando se interviene a un sujeto en flagrancia, ese policía debe conducirlo a la fiscalía. El fiscal hace el trabajo y en lugar de denunciar, acusa.

1.5. Procesos Penales.

1.5.1. El proceso penal inmediato.

El proceso inmediato (arts. 446 al 448 del Código Procesal Penal 2004) puede ser definido como aquel proceso especial en el que en aras de culminar con celeridad un proceso penal, se lo simplifica, pasándose de la realización de las diligencias preliminares al juicio oral, obviándose llevar a cabo las etapas de investigación preparatoria e intermedia de un proceso común.

El proceso inmediato, según se señala en el artículo 447 del Código Procesal Penal 2004, incluso puede realizarse cuando el Fiscal ha formalizado la Investigación Preparatoria, siempre y cuando éste lo solicite antes de los treinta días de haberse producido esta formalización.

1.5.2. El proceso penal inmediato en caso de flagrancia.

El 29 de noviembre del 2015, entró en vigencia la llamada "Ley de Flagrancia", que permite emitir sentencias en tiempo récord contra personas que hayan sido encontradas cometiendo delitos infraganti.

Se entiende por delito infraganti o existe delito flagrante cuando el autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo.

Para que exista flagrancia es necesaria, entiende Ricardo MARTIN MORALES, "una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por

muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha”, añade además que "La palabra flagrante viene del latín flagrans flagrantis, participio de presente del verbo flagrare, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa".

El procedimiento habitual, antes de la existencia del proceso inmediato en caso de flagrancia, era elaborar un atestado policial y abrir una denuncia ante el Ministerio Público. Luego de ello, se continuaba con la apertura de una instrucción y el inicio de las investigaciones sobre los hechos, proceso que podía tardar años.

Indicó, que ahora, en cambio, si una persona es hallada manejando en estado de ebriedad, traficando drogas, cometiendo robo agravado o tratando de ingresar elementos prohibidos a centros penitenciarios, debe ser intervenido por la policía y llevado inmediatamente a la fiscalía, la misma que podrá acusar de inmediato el detenido para ponerlo en manos de un juzgado.

"La idea es la siguiente: se interviene a un sujeto en flagrancia, ese policía debe conducirlo a la fiscalía.

En el marco del Proceso Inmediato, se deben tener en cuenta del parte del Director de la Investigación situaciones que le demuestran la existencia de suficientes elementos de convicción, tal es así que el Fiscal considerará que tiene suficientes elementos de convicción para creer fielmente que el imputado es quien cometió el delito, si este último fue encontrado en flagrante delito, o si confesó haberlo cometido. Otra posibilidad es que el resultado de las diligencias preliminares haya sido tan contundente como para convencer al fiscal de la culpabilidad del imputado.

Asimismo, Los supuestos en los cuales puede ejercitarse este proceso inmediato son los siguientes: Flagrancia delictiva, Confesión del imputado, Elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares sean evidentes, Los supuestos no son concurrentes para su aplicación.

El procedimiento de un proceso inmediato por flagrancia delictiva es el siguiente: a) El Fiscal solicita al Juez de Investigación Preparatoria la incoación del proceso inmediato dentro de las 24 horas; b) El Juez dentro de las 48 horas realiza la audiencia única; c) La detención del imputado, se mantiene hasta la realización de la audiencia; d) Se acompaña el expediente y comunica si requiere una medida coercitiva y se puede aplicar principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada.

El proceso inmediato por flagrancia delictiva incorporado por el Decreto Legislativo N° 1194 tiene por finalidad la simplificación y celeridad del proceso en aquellos casos en que el Fiscal no requiera de mayor investigación; y, así evitar que la investigación preparatoria se convierta en un procedimiento rutinario e innecesario, cuando las condiciones del caso están dadas para formular acusación.

No hay que perder de vista que en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1194 se estipula que aun cuando el proceso inmediato se define como un proceso especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del Sistema Penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características son innecesarios mayores actos de investigación; sin embargo, este procedimiento no se venía aplicando, tal es así que de los constantes monitoreos efectuados por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, se evidenció luego de 09 años de su vigencia una considerable aplicación de salidas alternativas y mecanismos de simplificación, especialmente

del Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio, Terminación Anticipada del Proceso e Incluso Acusación Directa; no obstante ello, el Proceso Inmediato resultaba ser el mecanismo procesal que menos se ha aplicado durante esos años, resultando que dicha falta de aplicación impacta negativamente en el Sistema de Justicia Penal, pues no permite que una considerable carga procesal que ingresa bajo los presupuestos de flagrancia delictiva sea resuelta mediante este mecanismo, haciéndose necesario reactivar su uso mediante el citado decreto legislativo ya que su falta de aplicación genera sobrecarga procesal (en diligencias, audiencias, notificaciones, trámites administrativos, etc.) a las etapas de investigación preparatoria y etapa intermedia.

Si bien el Proceso Inmediato acorta los plazos de los procesos ello se hace respetando escrupulosamente las garantías que informan el debido proceso, por todo ello la norma exige se cumplan ciertas condiciones que garanticen la defensa del imputado así como de mecanismos que permitan no solo que cuente con abogado defensor durante todo el proceso, sino que sea posible ofrecer y actuar todos los medios probatorios que le permitan sustentar su teoría, de manera tal que, el Proceso Inmediato, en lo referido a las Garantías Procesales, no tiene limitaciones en relación al proceso común, quedando así establecido que aun tratándose de un proceso célere, los derechos del imputado están garantizados.

SUB CAPITULO II

LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD, RACIONALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD DE PENA EN MATERIA LEGISLATIVA Y JUDICIAL.

1.- INTRODUCCION.-

Siempre hemos escuchado hablar o hemos leído sobre estos principios, pero puede que muchas veces nos haya generado confusión, por ser inasibles y porque tienen que ver mucho el uno con el otro.

Por así decirlo, la razonabilidad puede que conlleve racionalidad, como también proporcionalidad, pero no necesidad de pena; puede que no lleve proporcionalidad y si razonabilidad y racionalidad.

Se actúa como si fuese un juego de cartas, pero la verdad, lo ideal, es que tengan que entrelazarse para poder hablar de una decisión judicial o de una política, en nuestro caso, de una política criminal coherente. Entonces, podemos entender estos principios desde dos tópicos:

A.- Desde la óptica de la política, donde las LEYES tienen que ser razonables, racionales y proporcionales y

B.- Desde la óptica de la DECISIÓN JUDICIAL, donde esté tiene que ser racional, proporcional, razonable y ver si cumple con los parámetros de la necesidad de pena.

En suma, estos dos puntos responden a un criterio superior jerárquico y el otro a uno inferior, que le es transmitido al operador jurídico, que en últimas será el que aplicará la norma que deviene del criterio superior.

En el criterio político o político criminal, se suele utilizar la racionalidad o la razonabilidad como sinónimos pero no lo son, lo mismo sucede para fundamentar la decisión judicial, pero en si, para poder hablar de estructuras lógicas-formales (objetivas) en una ley por lo menos debe ser RACIONAL, como también RAZONABLE, Y PROPORCIONAL. De ello por ejemplo podemos tener constancia del libro de **DÍEZ RIPOLLÉS**, cuando habla de la

racionalidad en las leyes penales, este fundamenta una crítica a la labor del legislador que ha dejado de ser ya racional, e irse encaminando al rumbo del oportunismo, del populismo punitivo, la improvisación... por ello la labor del legislador en lo penal (como en lo sancionatorio) no solo debe ser de crear una ley, sino de tener una fase previa y post legislativa, hasta que sea aceptada por la comunidad y por supuesto por el individuo, no solamente se trata de crear leyes por crearlas. Al ser evaluadas, detalladas y examinadas tendrá como resultado una racionalidad o no de la política criminal, teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad, la eficacia, la coherencia, la racionalidad ética y teleológica. De la misma forma se orienta **BERNAL PULIDO**, cuando nos habla de estos principios en materia legislativa ya sea aplicado en lo constitucional o en lo penal, por ello en su texto el Derechos de los Derechos, exploya muy bien este concepto, al decir que la racionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad se utilizan como criterios de valoración para argumentar no solo en las decisiones judiciales sino también constitucionales y legislativas. De este modo...

2.- La RACIONALIDAD en materia legislativa (político criminal) y de decisión judicial

Es entendida como un criterio valorativo ya sea por parte del juez o del legislador, en este caso de este último para hacer un análisis OBJETIVO con el fin de crear una ley, ceñida en nuestro caso a una política criminal coherente objetiva a los parámetros constitucionales y del bloque de constitucionalidad. Así mismo, estos requisitos que deben cumplir estos, serán los mismos que el del operador jurídico como lo son: *la claridad, consistencia conceptual, normativa, lógico-deductivo, saturado y respeto a la carga de argumentación* (en este caso judicial y no legislativo) siempre en miras de buscar el pro-libertate.

PÉREZ PINZÓN expresa en su libro *Introducción al Derecho Penal* que la racionalidad se diferencia de la razonabilidad en que este primero es: *lógico-formal-legal, subjetividad del intérprete, coherencia interna, ejercicio de la razón como regla, producto de la racionalidad del hombre, buscar que no haya contradicción en el estatuto, mayor trascendencia de las motivaciones*; en

cambio para el segundo, *hay una objetividad sobre esta subjetividad, finalidades legítimas, legales, coherencia externa, lógica de lo humano, justicia y equidad, ajustándose a la decisión judicial, no contradicción externos con el fallo judicial y como también BUSCAR CONSENSO, como solución de un caso, mayor trascendencia en la parte resolutive que la motivación misma, que sería esta última parte de la racionalidad, aunque racional significa también que debe estar motivado.* En todo caso las dos se relacionan, y una decisión debe ser racional como razonable, por excelencia.

3.- La RAZONABILIDAD en materia legislativa (político criminal) y de decisión judicial.

Es el test (juicio) de igualdad, relacionado con la igualdad material, y es ver que el legislador (y el juez también lo hace) respete los criterios de racionalidad, como forma subsidiaria de ésta, que encuentre fundamento en fuentes jurídicas, es decir en la norma y en el bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta un caso en concreto y por supuesto que sea valorado por la comunidad, como algo objetivo o aceptado por este. Si no lo son no podrá adoptarse una decisión (una ley) y deberá concluirse que deberá llamarse como un “*caso trágico*” (ley trágica o no razonable, más bien arbitraria), para leer más se puede ver a Manuel Atienza, *Sobre lo Razonable en el Derecho*. **Entonces, para que una ley sea más razonable debe ser menos arbitraria**, lo mismo pasa con la decisión judicial, debe haber una fundada razón jurídica para aplicar X o Y norma, no puede ser por el mero capricho del operador decir que sea esta, sin una argumentación jurídica. Por ello es importante la exposición de motivos en los proyectos de ley y es allí donde se implementa dicha razonabilidad. Por tanto sería irrazonable cuando se carezca de fundamento, fin legítimo, objetividad, que no tenga relevancia y falte la igualdad ante la ley, por ejemplo puede suceder con una ley que quiera penar el no llevar el cinturón de seguridad, o como el comer comida chatarra a las altas horas de la noche, porque puede afectar tu salud, serían leyes (político criminalmente) arbitrarias, irrazonables, porque no está buscando un fin legítimo, objetivo, igualitario, aunque puede ser fundamentada, esta no es relevante para lo sociedad, porque el fin debe ser fragmentario y de ultima ratio como característica de todo Derecho Sancionador. Entonces lo que se

busca es un fin admisible constitucionalmente hablando y no solo a la optimización de valores constitucionales (que es propio de la decisión judicial) sino de lo legítimo. Debemos hacernos la pregunta: *¿es admisible?*

4.- La PROPORCIONALIDAD en materia legislativa (político criminal) y de decisión judicial.

Llamada también prohibición de exceso, tiene que ver mucho con el principio de culpabilidad (como juicio de reproche) y este limita la configuración del legislador en materia punitiva, porque debe estar acorde a las premisas constitucionales del preámbulo, de los derechos fundamentales y del bloque de constitucionalidad, es decir que toda norma penal debe ceñirse a estos postulados teniendo en cuenta el acto cometido (derecho penal de acto), como también la sanción, por ello el legislador objetivamente (racionalmente), igualitariamente (razonablemente), tendrá que colocar una sanción según la conducta cometida, es decir no será lo mismo penar un homicidio doloso con agravantes, que uno culposo, o por celos, y todo eso se debe plasmar en el catálogo normativo, lo mismo sucede con la decisión judicial; además de esto, se debe tener en cuenta el interés general sobre el particular, lo particular entendiéndolo como aquel que hace *lobby* (grupo empresarial, político, religioso...) para que le sea aprobado una ley penal a su favor, como pasa con algunas empresas de ciertos sectores que quiere que se les penalice, para evitar que roban X o Y cosa, y el código penal nuestro está inundado de eso. Así mismo la proporcionalidad se mirará como última ratio y como subsidiario, cuando vea que otras conductas que se puedan penar de otra forma, ya sea por el área civil o administrativa, por tanto no sería legítimo hacerlo por la vía penal, entonces nos preguntamos otra vez: *¿es admisible?*

Es así como podemos encontrar el principio de proporcionalidad en cualquier materia sancionatoria (administrativa sancionadora, penal, disciplinaria...) no es un principio constitucional solo del derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico, podemos hablar de proporcionalidad en materia civil, laboral, hasta filosófica, en cualquier otra área se puede aplicar, en cualquier campo. Por tanto, a lo que corresponde en la decisión judicial la proporcionalidad corresponde a lo que la vaya a colocar el juzgador como

pena, teniendo en cuenta la proporcionalidad del legislador (que debió no ser excesiva), es decir que además de ser proporcional (no excesiva), debe ser también, razonable (igualitaria) y racional (objetiva), entonces, la pena se impondrá según lo que haya cometido el sujeto activo, teniendo en cuenta la pena plasmada en el catálogo de delitos, es decir que si una persona mata tendrá una pena de 06 a 20 años ¿será entonces proporcional frente a otros delitos?, pues puede que sí y puede que no, eso se sabrá teniendo en cuenta los otros delitos, como el hurto, secuestro... porque miraremos la pena de una y la otra, pues si para el hurto la pena es de 20 años y para el homicidio 15 o 18, entonces no sería proporcional, pero si el homicidio tiene una pena de 06 a 20 años y el hurto uno de 3 años, entonces podríamos decir que sí. Pero en el campo judicial es distinto la proporcionalidad en sentido estricto, porque este no solo va a mirar a la norma sino las cuestiones subjetivas del sujeto-agente (no como la razonabilidad), es decir viendo las consecuencias de punibilidad y culpabilidad que le afecten, para ser más concreto si este mato, pero lo hizo con ira e intenso dolor, y además mira si tiene o no antecedentes penales, entre otras cosas..., entonces no se lo podrá imponer la pena de 20 años, sino una menor, solo por colocar un ejemplo, pues no sería proporcional seguir con la misma pena, sabiendo que el juicio de reproche es menor, que cuando mató sin esas circunstancias. Por eso es que el juez, aquí hace un juicio ponderativo, proporcional (además del razonable y racional) a lo que se expone en las normas legales y constitucionales, teniendo en cuenta siempre una finalidad. Para colocar otro ejemplo, pues si bien una persona merece una detención preventiva, pues el juez en su discreción puede disponer que sea intramural, pero viendo que puede ser también domiciliaria, este no esté siendo proporcional ni tampoco razonable, porque también puede pasar que esta persona posea una enfermedad grave y tampoco se lo otorgue a lo que tampoco está siendo razonable (igualdad), y puede que tampoco racional, a lo mejor (ya que no está siendo objetivo), aunque crea que esa medida sea lo mejor para él, porque es un delincuente “peligroso”.

Por ello es que **BERNAL PULIDO** siguiendo a **ALEXY** habla de **idoneidad** (un fin), **necesidad** (medida más favorable) y **proporcionalidad en sentido estricto** (compensación de sacrificio), aplicado en materia constitucional.

Por tanto toda decisión o ley que no cumpla con una proporcionalidad que no conlleve estos principios debe ser declarada ilegítima (lo de arbitrariedad lo utilizamos cuando es irrazonable), y por tanto inconstitucional en materia político criminal. Para más información revisar el capítulo de **BERNAL PULIDO** titulado: El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal, publicado en el libro El Derecho de los Derechos, aquí este lo resume como la proporcionalidad que deben tener los legisladores a la hora de tipificar un delito como ejercicio de su actividad legisferante como la de la pena, tal como hemos señalado arriba, tal como dice **MANZINI**: ***“La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir solo entre las sendas que conducen al bien”***, de esta forma el fin concreto del legislador debe ser encauzar el ejercicio de la libertad individual para posibilitar la convivencia, enmarcado siempre en el artículo 16 de la constitución en el: ***“DERECHO DE LOS DEMÁS”***, tal como diría **ROTHBARD** parafraseándolo, en el principio de agresión: ***“hasta que no jodas a los demás”***. Hay que dejar algo claro y es que la libertad en sentido negativo, pro homine (como la del agere licere), no admite injerencias legislativas excesivas, por otro lado se deben incluir los derechos fundamentales verdaderos (eso cuenta de disponer de su propia vida), y demás bienes que deben garantizar la ley penal, ***POR ELLO ES QUE LA LEY PENAL SOLO DEBE PROTEGER: LAS LIBERTADES DE LAS PERSONAS, LA VIDA Y LA PROPIEDAD***, teniendo en cuenta todo lo que se derive de ellos, pero no otras cosa, porque sería excesivo, injustificado (irracional), ilegítimo o excesivo (no proporcional) y arbitrario (irrazonable). Por esta razón es que la proporcionalidad se considera como parte de la racionalidad, porque debe estar ajustado a este siempre, como también la razonabilidad de la estricta racionalidad.

Para **PÉREZ PINZÓN**, la proporcionalidad debe conllevar fines legítimos y debe ser judicial, siempre y cuando sea motivada, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto lo mismo que expresa **BERNAL PULIDO**.

5.- La NECESIDAD DE PENA en materia legislativa (político criminal) y de decisión judicial es:

No sería un principio en sí mismo en materia legislativa, pero en este campo se podría llamar «principio de intervención mínima», pero también tendría que

ver con materia de la teoría de la pena, que este debe buscar un fin, y si no lo tiene, ¿para qué entonces imponer pena?, si no se necesita, eso significa que en todos los delitos culposos y aquellos que no tengan una pena privativa de libertad se podrá prescindir de la pena ya que hayan alcanzado al autor o parientes cercanos; esta necesidad de no colocar la pena, como contrario a merecerla, se podrá poner como suspensión de la pena o libertad condicional, tal como lo expresa el Estatuto Penal.

PÉREZ PINZÓN expresa que cuando se hace la dosificación de la pena se debe tener en cuenta la razonabilidad, la proporcionalidad, y a la que agregamos nosotros: «la racionalidad de la pena», pero indica de todos modos que la necesidad de pena se debe mirar aisladamente, sin fusión, siendo un criterio distinto, ya que es propio de aplicación del operador jurídico, y distinto al de la intervención mínima que es propio del legislador a la hora de la creación de delitos y ¡jojo! También en las contravenciones y en todo lo que sea materia sancionatoria se debe aplicar.

6.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.-

También se le conoce como *principio de prohibición de exceso o de la pena justa*. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada a la noción clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor. Sobre sus efectos ha señalado Castillo Alva: *“Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho*

delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto” (José Castillo Alva. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 280).

En consecuencia, pues, del Principio de Proporcionalidad se desprende, como contenido esencial, que toda imposición desmedida o innecesaria de sanciones, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es, en la praxis legislativa o judicial debe afanarse la materialidad de una pena justa.

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en su evolución histórica una vocación sobrecriminalizadora y preventivo general negativa. La pena, en ese contexto, pues, ha sido y sigue siendo un medio simbólico de apaciguamiento y de terror social. En este contexto cierto sector de la judicatura ha recurrido con frecuencia al principio de proporcionalidad para imponer sanciones por debajo del mínimo legal sin expresar ninguna razón atenuante específica o privilegiada. Y sin argumentar de modo sistemático el exceso penal aludido. Esta praxis deviene en ilegal y arbitraria cuando no desarrolla una motivación suficiente. Al respecto es de advertir que la mera invocación de proporcionalidad no configura, por si misma, una pena justa ni legal.

El Principio de Proporcionalidad no está regulado de modos expreso en nuestra legislación. Sin embargo, su aceptación como política reguladora del control penal surge del artículo 3° de la Constitución, del artículo VIII del Título Preliminar, pero, sobre todo, de una equilibrada y razonada aplicación judicial de los criterios de determinación de la pena que regulan, entre otras disposiciones, los artículos 45° y 46° del Código Penal. Como destaca Polaino Navarrete la coherencia de este principio deriva de que *“es un límite normativo, tanto para el legislador –en el momento de configurar la norma penal-, como para el juez – en el momento de aplicar la norma-”*(Cfr.

Miguel Poalino Navarrete. Introducción al Derecho Penal. Grijley. Lima. 2008, p. 194).

Como señala Villavicencio las exigencias del Principio de Proporcionalidad han sido también examinadas por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (Cfr. Felipe Villavicencio Terreros. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., 116 y 117).

7.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Para el Guardián de la Constitución, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, *prima facie*, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobre disminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, “La prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en Jan-R. Sieckman (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2011, p. 169 y ss.).

Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado “que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41).

Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138° de la Constitución, establece que “[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción de que el *quantum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, fundamento 3).

8.- Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad.-

El principio de proporcionalidad ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia.

El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho.

Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la “intervención mínima” del Estado. En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de

la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. Es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin. El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos “se encuentren previstas en la ley” y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).

Es importante mencionar que en el ámbito del Derecho Penal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio tiene un significado mucho más restringido, pero no menos importante, que en el ámbito procesal penal o en el Derecho Administrativo, por los siguientes motivos: porque de la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que a través de las mismas se persigue es único, la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro, a través de la amenaza penal. Y porque este fin será alcanzado a través del medio de la desaprobación ético–social del comportamiento delictivo.

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento del principio de proporcionalidad por el legislador, los jueces y la Administración no está exento de problemas. La seguridad jurídica y la sumisión al sistema constitucional de fuentes por parte de los poderes públicos se encuentran en juego.

Siguiendo al maestro Mir Puig, la pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no

deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:

1) La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.

2) La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad.

De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

SUB CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD EN SU FORMA AGRAVADA, ARTICULO 365, ARTICULO 366 Y ARTICULO 367° SEGUNDO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL.

1.- EL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD AGRAVADO.- Para entender este tipo penal, es necesario recurrir a los artículos 365° y 366° de nuestro Código Penal que tipifica el tipo base con el siguiente texto:

“Artículo 365.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo.

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 obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

“Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas.”

Seguidamente se criminaliza el tipo penal agravado en función a la pluralidad y calidad del autor, a la utilización de armas en la ejecución, a la producción de lesiones graves o muerte, a la calidad del funcionario o servidor público en su condición de sujeto pasivo y a la finalidad de comisión del ilícito, siendo la última modificatoria sancionada por el Artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de **cuatro ni mayor de 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 en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.
4. 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.
5. 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.”

2.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 367 DEL CODIGO PENAL.

El marco penal previsto en el tipo base, artículo 365, es una pena privativa de la libertad no mayor de dos años. La construcción de una circunstancia de agravación tiene que ver con mayor desvalor del injusto típico, sea de la acción o del resultado. Para poder afirmar la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de agravación del artículo 367 se debe verificar la presencia de todos los elementos constitutivos de la modalidad básica.

La construcción de una circunstancia de agravación tiene que ver con mayor desvalor del injusto típico, sea de la acción o del resultado.

En el caso de la agravante, que se sostiene en la calidad del sujeto pasivo de la acción: **en contra de un miembro de la Policía Nacional**, cuya justificación material tiene que ver en realidad con una cuestión criminológica y con una finalidad político criminal a la vez, definiendo una pena no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad.

Habría que interrogarse de qué tanto es la diferencia cuando la violencia y/o amenaza recae sobre un agente municipal, sobre un ejecutor coactivo o sobre un secretario judicial a comparación de un efectivo policial?, ya que si bien el personal policial efectúa una labor de primera línea, en defensa de la Estabilidad, del orden público y la Seguridad Ciudadana, no por ello el resto de actuación pública-administrativa es de menor relevancia.

En su redacción primigenia, el artículo 367° del Código Penal, no contemplaba esta modalidad del injusto agravado, siendo su marco penal una pena no menor de tres ni mayor de seis años. La modificación del tipo por la Ley N° 27937, de febrero de 2003, no la incluyó, mas supuso la incrustación de dos nuevas agravantes: el hecho se comete a mano armada; y, el autor causa una lesión grave que haya podido prever, con una escala penal no menor de cuatro ni mayor de siete años de privación de la libertad.

La Ley N° 28878 de agosto 2006, fue la que finalmente incorpora la modalidad agravada, que tiene como sujeto pasivo de la acción a un efectivo policial, miembro de las fuerzas armadas y otros, con una escala penal no menor de cuatro ni mayor de siete años de privación de la libertad.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 982 de julio 2007, aumenta el marco penal del primer párrafo a cuatro años como mínimo y ocho años como máximo, de pena privativa de la libertad, La Ley N° 30054, de junio 2013, termina por agravar la pena de este supuesto de agravación a una pena no menor de ocho años de privación de la libertad hasta doce años en el extremo máximo de la misma.

3.- ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PÚBLICA

El «Estado Constitucional de Derecho», supone por un lado que No existe derecho a la «anarquía», al tratar de impedir de propia mano que un funcionario ejecute un acto propio del cargo que desempeña, asimismo que tampoco existe derecho a la arbitrariedad y al abuso público, es decir que debe existir una correspondencia de la sujeción estricta de la Ley, por parte de los funcionarios y/o servidores públicos y el acatamiento de los ciudadanos a los dictados de la Ley.

Como se dice en la doctrina, configurarían el delito el empleo, por parte del sujeto activo de fuerza dirigida a resistir o evitar un acto de abuso funcional por parte de la autoridad pública. La coacción ejercida contra el funcionario, debe recaer sobre un campo de absoluta ilegitimidad. Debe subyacer simultaneidad entre el acto de violencia (fuerza) que despliega el autor y el acto funcional de la autoridad,

Si ejerce violencia contra él para impedir que agote una arbitrariedad o una injusticia, el autor no estará cometiendo delito alguno. Una vez ejecutada la actuación pública, ya no es posible de estar ante esta figura del injusto penal.

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.

Lo que inmediatamente menoscaba el delito es la libertad de determinación del oficial público, su libertad de decisión en el ejercicio de la función.

La acriminación prevista en el artículo 365° tiene por fin, proteger punitivamente el normal desarrollo de las actuaciones públicas, La «violencia» es el despliegue de una fuerza física, orientada a coartar los mecanismos de defensa del funcionario y/o servidor público; sancionando con pena toda actuación ciudadana tendiente a obstaculizarla y/o impedir la, siempre que de por medio exista violencia o amenaza. Imposibilitar la concreción de la voluntad de la Administración, que es sustituida por la voluntad del particular.

La violencia en derecho penal, puede ser clasificada, de la siguiente manera: La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando ésta es usada como medio para dificultar o imposibilitar el sujeto público el ejercicio de sus funciones. Como violencia personal, cuando recae directamente sobre las personas; como violencia real, cuando se ejerce sobre las cosas; y como violencia impropia, en la cual no existe propiamente el ejercicio o aplicación de la fuerza física, sino la utilización de otros medios.

La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando ésta es usada como medio para dificultar o imposibilitar el sujeto público el ejercicio de sus funciones. En la ejecutoria recaída en el Exp. N° 137-98, se expone que: “Al haber el procesado realizado disparos con su arma de fuego, con la finalidad de impedir que el Secretario del Juzgado lleve a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada sobre su inmueble, ha incurrido en el delito de violencia y resistencia a la autoridad”. Si la violencia ejercida por el autor, da lugar a afectaciones al cuerpo y la salud del sujeto pasivo de la acción, estaremos ante un concurso delictivo con los tipos de lesiones, siempre que dicho estado de desvalor haya sido generado de forma dolosa y siempre que sean «graves».

La violencia ha de ser de mínima entidad lesiva, v. gr., un empujón o una bofetada que lanza el sujeto activo sobre el sujeto pasivo de la acción. Entonces ¿Basta que esta misma acción se ejecute contra un efectivo policial, para que se configure la agravante contenida en el numeral 3) del artículo 367 del Código penal

4.- CUESTIONAMIENTOS AL QUANTUM DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PÚBLICA

En nuestro medio es materia de discusión las elevadas penas que se están imponiendo a las personas que incurrir en la comisión del delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada tipificado en el segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal, cuya pena oscila entre los 8 y 12 años de pena privativa de libertad.

Los cuestionamientos a las penas impuestas a los recientes casos, ha ocasionado que la Sala Plena de la Corte Suprema se reúna en el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario en materia penal y procesal penal a fin de analizar la correcta interpretación de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y, por otro lado, para unificar criterios respecto a la aplicación del proceso inmediato en los procesos de flagrancia delictiva.

Compartimos las apreciaciones de la magistrada del Poder Judicial, Dra. Clara Celinda Mosquera Vásquez, quien considera que las penas establecidas en el segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal son desproporcionadas frente a las penas a imponerse por la comisión de otros delitos donde se afectan bienes jurídicos de mayor trascendencia. Así, por ejemplo, si un conductor infringiendo las normas de tránsito causa lesiones a una persona, de no existir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo existan éstas últimas, la pena se establecerá dentro del tercio inferior de la pena establecida en el último párrafo del artículo 124 del Código Penal, esto es, entre 4 años y 4 años 8 meses de pena privativa de libertad. Por el contrario, si alguien abofetea a un efectivo policial, de no existir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo existan éstas últimas, la pena se establecerá dentro del tercio inferior de la pena establecida en el segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal, esto es, entre 8 años y 9 años 4 meses de pena privativa de libertad.

Bien concluye esta magistrada al sostener que comparando las sanciones que recibirían quien hiere o mutila a alguien al conducir un vehículo infringiendo las normas de tránsito, con las que recibe alguien que abofetea a un efectivo

policial, podemos afirmar que para nuestro ordenamiento legal, los bienes jurídicos integridad física y salud tienen menos valor que el bien jurídico protegido constituido por el libre ejercicio de la función pública.

Si bien coincidimos en que todo aquel que agrede a una autoridad merece una sanción, consideramos que ella no puede ser superior a aquella que se impone a quienes lesionan bienes jurídicos de mayor importancia como vida humana e integridad física y salud. Por ello no deja de llamar la atención que delitos como el de homicidio culposo sean sancionados con penas entre 4 y 8 años de pena privativa de la libertad, y el de lesiones culposas agravadas con penas entre 4 y 6 años de pena privativa de la libertad, por debajo de la pena que se impone por la comisión del delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada.

Coincidimos con ella en que una alternativa para sancionar a quienes agreden a autoridades es la pena de prestación de servicios a la comunidad, así, el agresor sería condenado a trabajar gratuitamente en beneficio de la sociedad, lo que permitiría que los sentenciados tomen conciencia del delito cometido, lo que no creemos que se logre con una pena privativa de la libertad.

5.- PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN NORMATIVA

El «merecimiento» y «necesidad» de una pena no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, requiere de algo más, No podemos concebir que sea racional que se le imponga a una persona ocho años de privación de la libertad, por empujar al policía que intenta imponerle una multa por una infracción de tránsito. A decir de REÁTEGUI SÁNCHEZ en la doctrina nacional, existe una afectación al principio de proporcionalidad de las penas (abstractas), ya que el solo hecho de poseer una calidad en el sujeto pasivo no podemos simplemente agravar una conducta típica, esta justificación ha de requerir que esta violencia tenga como desenlace una afectación de cierta magnitud en el estado corporal del efectivo policial, y lo más grave es que, el Juez penal, si lo encuentra culpable, no tendrá otra opción que aplicar una pena efectiva al autor o autores.

Esta justificación ha de requerir que esta violencia tenga como desenlace una afectación de cierta magnitud en el estado corporal del efectivo policial, reconducible a las Lesiones «Leves»; fíjese, que el resultado preterintencional de Lesiones «Graves», lo tenemos como circunstancia de agravación en un numeral anterior a la hipótesis, donde el sujeto pasivo de la acción ha de ser cualquier funcionario y/o servidor público, descartando los del numeral 3). Por consiguiente, la única posibilidad de poder tipificar una agravante, con tan severa sanción, es que la acción del sujeto pasivo genere lesiones leves en la integridad corporal del efectivo policial, entendiendo a la acción típica como una fuerza de cierta intensidad lesiva. Si bien nuestra posición genera cuestionamientos de estricta legalidad, debemos entender que una sanción tan severa requiere de un injusto penal de alto grado de lesividad, el despliegue de una violencia mayor a la que se aprecia en el tipo base, el acometimiento de una fuerza con idoneidad para generar estados de lesión VIOLENCIA y AGRESIÓN son dos conceptos que pueden conjugarse en su interpretación, máxime si la AGRAVANTE DE LESIONES GRAVES requiere evidentemente de un acometimiento físico de mayúscula intensidad.

Se toma como base, las lesiones graves «preterintencionales» que se hace alusión en el numeral anterior del artículo 367 ° del Código Penal al sujeto pasivo de la acción. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, tuvo la oportunidad de definir las magnitudes de lesión (causadas preterintencionalmente), Robo agravado - art. 189° del CP. Sujetar la respuesta penal a estándares de razonabilidad y racionalidad es un cometido irrenunciable en el Estado social y democrático de derecho, donde la sanción ha de ser una respuesta ponderada frente al crimen, no el ejercicio de una mera afirmación de la autoridad, donde la sanción ha de ser una respuesta ponderada frente al crimen, no el ejercicio de una mera afirmación de la autoridad. La interpretación de la Ley penal, por tanto, ha de seguir un criterio ajustable a la proporcionalidad que debe existir entre el acto atribuible al autor con la magnitud de la sanción a imponer por la judicatura.

Para el legislador, este tipo penal de violencia y resistencia a la autoridad agravada es una muestra de la eficacia del sistema represivo para defender el prestigio del Estado, el honor y la dignidad de la policía o de los funcionarios

estatales. Con sentido moralista, ajeno al derecho penal, proclaman que es una medida contra la arrogancia, el menosprecio, la “patanería” ante la autoridad.

La información de los medios de comunicación de los hechos que dan lugar a esos procesos y condenas expeditivos está plena de imágenes, declaraciones, comentarios, repetidos hasta la saciedad, al punto que crea un sentimiento de antejuicio en que el autor de los hechos aparece como declarado, de antemano, culpable y merecedor de castigo severo. Contexto que es confortado por un manto legal constituido por leyes penales extremadamente represivas, leyes procesales expeditivas y restrictivas –en el fondo- del derecho de defensa del procesado.

Esto último se evidencia cuando, aparentando cierta indulgencia, se “ofrece” al imputado la oportunidad de “negociar” la pena con el fiscal para obtener una sanción atenuada, a condición que confiese su culpabilidad. Convirtiendo la confesión “sincera” en la prueba decisiva, de modo a transfigurar un procedimiento contradictorio en inquisitivo. La “negociación” está predeterminada por el marco de penas en el que el mínimo y el máximo son, generalmente, bastante elevados, de modo que la “pena atenuada” que puede obtener el procesado es de todas maneras bastante severa.

Así, en el caso de Silvana Buscaglia, un mujer que tiro una cachetada a un policía en el aeropuerto fue sentenciada, en flagrancia y por propio sometimiento a la justicia, a 6 años 8 meses de prisión efectiva. La pena mínima es de 8 años, pero se la rebajaron porque pidió una condena anticipada y pidió perdón por los hechos, ya que según el art. 367 del Código Penal, ha cometido una forma agravada del delito de violencia y resistencia a la autoridad y debe ser reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años. Como el Fiscal solicitó se le imponga la pena de 9 años, la defensa se acomodó a la “terminación anticipada” del proceso inmediato para impedir que se le imponga efectivamente esta pena. Resultado, la procesada fue condenada a más de 6 años de cárcel y se le impuso pagar 10 mil soles de reparación civil (repartida equitativamente entre el Estado y el policía agredido).

Así, se hizo Justicia: “dura lex, sed lex”.

La sentencia ha generado polémica, la madre de familia, agresora del policía, si es culpable debía ser penada y que esta podía mandar un mensaje a la sociedad. ¿Pero, 6 años 8 meses de cárcel es proporcional al delito cometido, No hay duda que la sentenciada merecía una condena, era necesario imponerle pena tan severa que implica el riesgo de provocar su desintegración social, el quiebre de su vida familiar y laboral? Esto sin tener en cuenta que el término “culpabilidad” fue reemplazado en el Código Penal de 1991 por el de “responsabilidad”, que tiene el sentido más amplio de comprender también la “corresponsabilidad” de la sociedad, del Estado, en consideración a las causas criminógenas que origina el sistema social injusto y discriminatorio que predomina.

Esta satisfacción de fachada oculta una problemática que debe ser develada y denunciada por los efectos perversos que tiene. Muchas veces los juristas y abogados preguntados sobre el caso citado se limitan a responder que la situación está consumada, que sólo se ha aplicado estrictamente las leyes penales sustantiva y procesal, que la perversión está en la severidad desproporcionada de la ley, que la responsabilidad es de los parlamentarios que dictaron las leyes. Como si detrás de todo esto no existieran juristas consejeros, tampoco penalistas que guardamos silencio ante los proyectos de ley y los debates en las comisiones parlamentarios y, de ser el caso, en el mismo pleno parlamentario. Como si no fueran juristas, cuyos nombres deberían ser conocidos, los que preparan los decretos legislativos dictados por el poder ejecutivo en base a una delegación de funciones legislativas de parte del Parlamento. Como si los jueces y fiscales se consideraran simplemente como las bocas asépticas a través de las cuales se expresa claramente la ley.

En otras latitudes, órganos aplicadores de la ley han tenido la iniciativa, ejerciendo su facultad de interpretar creativamente las disposiciones legales, de “correccionalizar” casos que legalmente por la pena constituían crímenes, es decir calificar crímenes como delitos para, de acuerdo con los casos concretos, respetar el principio básico de la proporcionalidad de la pena. Principio básico de un derecho penal orientado hacia la persona, que implica el abandono del criterio metafísico y moralista de que “no hay culpabilidad sin

pena”, en la medida en que junto a la culpabilidad debe existir la “necesidad de la pena”.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. El nuevo modelo procesal penal peruano, materializado en el marco del Nuevo Código Procesal Penal ha sido concebido para permitir desarrollar procesos penales transparentes y oportunos, que garanticen los derechos de las partes procesales y en los cuales el papel de los jueces, fiscales, policías y abogados esté claramente definido y se encuentre debidamente separado. El espíritu de este nuevo modelo consiste en ofrecerles a los peruanos y extranjeros que estén en nuestro país un proceso penal rápido y justo, cuya investigación preliminar se haya realizado de acuerdo con los procedimientos y las garantías correspondientes, y cuya sentencia revele realmente lo que se discutió y logró probar en el juicio oral.
2. El proceso inmediato es un proceso especial que ha sido concebido fundamentalmente con el objetivo de administrar justicia rápida y eficaz tanto para el afectado como para el imputado. El proceso inmediato supone la eliminación de la etapa intermedia del proceso penal, para pasar directamente de la investigación preliminar a la etapa del juicio oral. La razón fundamental para que el fiscal presente este requerimiento ante el juez de la investigación preparatoria es que considera que hay suficientes elementos de convicción para creer que el imputado es el responsable del hecho delictivo.

El Proceso inmediato en caso de flagrancia delictiva (Decreto Legislativo N° 1194) es un proceso especial que amerita el abreviamento del proceso, al no desarrollarse las fases de investigación preparatoria e intermedia siendo el Fiscal quien solicita el trámite del mismo en caso se configure un hecho de flagrancia delictiva, la confesión del imputado o la evidencia de la comisión del delito.

3. El principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los

comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrir un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

4. El Principio de Proporcionalidad se desprende, como contenido esencial, que toda imposición desmedida o innecesaria de sanciones, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es, en la praxis legislativa o judicial debe afanarse la materialidad de una pena justa.

5. El delito contra la Administración Pública- Violencia y resistencia a la autoridad, en la modalidad de Violencia contra un Funcionario o Servidor Público en su forma agravada, previsto en el inciso 3) del artículo 367° del Código Penal, concordante con artículo 365° del acotado que penaliza con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años al que “sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza impide a una autoridad - miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular- ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas” no se condice el principio de proporcionalidad de la pena.

CONCLUSIONES.

1. La respuesta punitiva del Estado en el artículo 367 inciso 3° del Código Penal Peruano, no guarda relación de una cierta igualdad o equivalencia que un enigmático y profundo sentido de justicia exige necesariamente ya que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debe graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada, es decir debe existir proporcionalidad entre el hecho y la sanción; asimismo relación de la pena con el bien jurídico protegido.
2. El presente trabajo final de Silvana Buscaglia Zaper, a quien se le condenó a 6 años y 8 meses de pena privativa de la libertad por abofetear a un efectivo policial se ha generado una controversia sobre si la pena ha sido proporcional al delito cometido frente a las penas a imponerse por la comisión de otros delitos donde se afectan bienes jurídicos de mayor trascendencia, evidenciándose una falta de coherencia en la política criminal del Estado al elaborar y promulgar la ley ya que para estos casos concretos se pueden imponer penas de corta duración o de servicios comunitarios. Gissel Rosales (24) es acusada de golpear a una suboficial PNP en el Callao. Padre de la joven considera injusta la medida. En Chimbote otra mujer es sentenciada a 8 años. Asimismo actualmente son 19 sentenciados ya por el delito de violencia y resistencia a la autoridad. De los cuales 11 están con cárcel efectiva. Es necesario añadir que el incremento de las condenas puede generar el colapso del sistema carcelario.
3. Si vulnera la proporcionalidad de las sanciones, en este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito, resultando necesario distinguir dos exigencias: 1) La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada; y, 2) La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

4. En nuestro ordenamiento jurídico penal encontramos sanciones penales que penalizan excesivamente conductas prohibidas, como en el caso del delito de violencia contra la autoridad agravada, por lo que el poder legislativo tiene la tarea urgente de uniformizar las penas con criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, pues ello permitirá liberar las decisiones de los jueces de toda irracionalidad en la imposición y ejecución de las penas.

RECOMENDACIÓN

Consideramos que la sanción que establece la nuestro Código Penal Peruano, por la comisión del delito de Violencia contra la autoridad en su forma agravada, es desproporcional respecto al Bien jurídico protegido ya que para los delitos de la vida el cuerpo y salud, la ley los sanciona con menos pena, como por ejemplo el delito de homicidio culposo es sancionado con penas entre 4 y 8 años, también el delito de lesiones culposas agravadas entre 4 y 6 años de pena privativa de la libertad. Debemos resaltar que de ninguna manera pretendemos que las acciones típicas ejecutadas por quienes violan o resisten a la autoridad tampoco queden impunes, sino que se les aplique una pena proporcional al bien jurídico protegido, a la luz del principio de proporcionalidad.

PROYECTO DE LEY

“MODIFICACION DEL INCISO 3) DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dr. Luis Saldaña Ruidias virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú relacionado con la “MODIFICACION DEL INCISO 3) DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL” que penaliza con una pena no menor de 8 años ni mayor de 12 años a los autores del delito contra la administración pública en la modalidad de violencia y resistencia a la autoridad, en su forma agravada cuando *“el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones”*, por contravención del principio de proporcionalidad penal.

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013 se modifica el artículo 367° del Código Penal relativo a las formas agravadas del delito de violencia y resistencia a la autoridad en sus dos modalidades: a) violencia contra la autoridad para obligarle a algo; y, b) violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, estableciéndose en su segundo párrafo lo siguiente: "... La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando: (...) 3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones".

Que, si bien con dicho dispositivo legal se trató de penalizar con dureza a quienes agredían físicamente a la autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, como es el caso de algunos miembros de la Policía Nacional que fueron atacados con piedras y otros objetos contundentes en el operativo que realizara la Municipalidad Metropolitana de Lima contra los comerciantes del Mercado Mayorista de La Parada, en el mes de octubre del año 2012, donde resultaron heridos alrededor de cien policías, o en diversas agresiones a efectivos policiales que se registraron durante el año 2013 que sumaban un total de 468 efectivos policiales agredidos violentamente en el ejercicio de su función de los cuales siete de cada diez efectivos víctimas de la violencia son mujeres y la mayoría cumple funciones en la Policía de Tránsito, también lo es que existen algunos casos en los que la aplicación de la penalidad estipulada en la ley resulta excesiva y colisiona con el principio de proporcionalidad de la pena..

Que, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad. En su relación con las penas, el principio de

proporcionalidad es enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”.

Que, el principio de proporcionalidad de la pena demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor.

Que, sobre este principio elemental de la pena la doctrina ha señalado: *“Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”* (José Castillo Alva. Principios de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 280).

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Modifíquese el segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de uno 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 dos 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 en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.

4. 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.

5. 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.”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARAGONÉS, Pedro. (2007). *La función del Fiscal*. Lima: Jurista Editores.
2. BAUMANN, Jurgen. (2006) *Derecho Procesal Penal*, Desalma, Buenos Aires.
3. BURGOS, Víctor. Tesis “*El Proceso Penal Peruano sobre su Constitucionalidad*”. Tesis UNMSM. Oficina General de Sistema de Bibliotecas y Biblioteca Central.
4. BIDART, German. (2009). *Manual de Derecho Constitucional argentino*, EDIAR, Buenos Aires.
5. CAFFERATA, José (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.
6. CARNELUTTI, Francesco. (2007) *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Volumen I, Europa América, Buenos Aires.
7. CARNELUTTI, Francesco. (2005) *Cómo se hace un proceso*. Clásicos Jurídicos, Editorial Juris, Rosario.
8. CAVERO, Cristian. (2011) *Aplicación e Implicancias del Proceso Inmediato y la Acusación Directa por el Ministerio Público de conformidad con el Código Procesal Penal*. Tesis. Universidad Privada San Pedro.

9. GUÍA PRÁCTICA N° 4. (2010) *Procedimientos Especiales*. Gaceta Jurídica.
10. MONTERO, Juan. (2008). *Proceso Penal y Libertad*. Aranzadi.
11. MONTERO, Juan. (2007). *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. (Tomo III). Valencia. Tirant lo Blanch.
12. NAKASAKI, Cesar. (2010) “Lo Nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de juicio oral”, Lima. Gaceta Penal y Procesal Penal.
13. NEYRA, José (2010). *Manual Del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Idemsa, Lima.
14. ORÉ, Arsenio. (2005). *El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*. Ministerio de Justicia – UNED, Madrid.
15. REÁTEGUI, James (2010). *Más sobre el principio de imputación necesaria*. Lima. Gaceta Jurídica.
16. SÁNCHEZ, Pablo. *Criminalidad organizada y procedimiento penal. La colaboración eficaz*.
17. VELAZQUEZ, Percy. *Manual de actualización Penal y Procesal Penal*.
18. VELEZ, Alfredo. (1986). “*Derecho Procesal Penal*”. (Tomo II). Buenos Aires. Editorial Córdoba.

Trujillo, de mayo 2,016.