

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**Aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad
en la determinación de la pena en el delito de violencia y
resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales
unipersonales de la provincia de Huaraz, periodo 2017 - 2018**

Tesis para obtener el título profesional de abogado

Autor:

Eredia Bedón Capristano

Asesor:

Vargas Camiloaga, Gustavo Adolfo

Huaraz – Perú

2018

“Los hombres políticos de estos tiempos han de tener dos épocas:

La una, de derrumbe valeroso de lo innecesario; la otra, de elaboración paciente de la sociedad futura con los residuos del derrumbe”

José Martí

DEDICATORIA

A mi madre Digna, abnegada y tierna. Fuente de fortaleza, Amor y justicia.

A mi padre, que, desde el cielo, me cuida y guía mis pasos con sabiduría y amor paternal.

A ellos, que inspiraron el Derecho en mi ser.

PALABRAS CLAVES

TEMA	Proporcionalidad y Razonabilidad
ESPECIALIDAD	Derecho Procesal Penal

KEYWORDS

TOPIC	Proportionality and Reasonableness
SPECIALTY	Criminal Procedural Law

Línea de Investigación:

Derecho

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD Y
RAZONABILIDAD EN LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL
DELITO DE VIOLENCIA Y
RESISTENCIA A LA AUTORIDAD
POLICIAL, EN LOS JUZGADOS
PENALES UNIPERSONALES DE LA
PROVINCIA DE HUARAZ, PERIODO
2017 - 2018**

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito determinar y analizar el tratamiento a nivel fiscal y judicial de la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz, periodo 2017 - 2018, empleando guías de observación y formato de encuesta. El modelo procesal penal acusatorio, instaurado en nuestro país, posee la virtud de efectuar una clara división de funciones y deberes entre las autoridades estatales que desarrollan las tareas de persecución y decisión de fondo, con relación a la justicia penal; encargando así al Ministerio Público la primera tarea mencionada, y la segunda, al Poder Judicial, con lo que queda separado del jus puniendi. El caso debe constituir una figura y un producto que deberá siempre adquirir el fiscal al finalizar la investigación preparatoria para, con legítima intención, poder acusar al procesado y, por lo tanto, comprometerse también a demostrar en la etapa intermedia encontrarse en posesión de elementos de convicción suficientes como para acudir al juicio oral y conseguir una condena. El presente estudio por su naturaleza metodológica responde a un estudio dogmático jurídico.

ABSTRACT

The present of this research work is to determine and analyze the tax and judicial treatment of the application of the principle of proportionality and reasonableness in the determination of punishment in the crime of violence and resistance to the police authority, in single-person criminal courts of the province of Huaraz, period 2017 - 2018, using observation guides and survey format. The accusatory criminal procedure model, established in our country, has the virtue of effecting a clear division of functions and duties among the state authorities that carry out the tasks of persecution and in-depth decision, in relation to criminal justice; thus entrusting to the Public Ministry the first mentioned task, and the second, to the Judicial Power, with what is separated from the *jus puniendi*. The case must constitute a figure and a product that the prosecutor must always acquire at the end of the preparatory investigation to legitimately accuse the defendant and, therefore, also commit to demonstrate in the intermediate stage to be in possession of elements of enough conviction to go to the oral trial and get a conviction. The present study, due to its methodological nature, responds to a legal dogmatic study.

INDICE**Página**

Dedicatoria.....	iii
Palabras Claves.....	iv
Título del Trabajo.....	v
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
Indice.....	viii
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	09
1.1. Antecedentes y Fundamentación Científica.....	10
1.1.1. Antecedentes.....	10
1.1.2. Fundamentación Científica.....	22
1.2.-Justificación de la Investigación.....	56
1.3.- Problema.....	58
1.4.- Definición Conceptual y Operacionalización de las variables.....	59
1.5.- Hipótesis.....	63
1.6.- Objetivos.....	64
CAPÍTULO II : METODOLOGÍA.....	66
2.1. Paradigma epistemológico para interpretar el estado de la cuestión.....	67
2.2. Tipo de Investigación.....	67
2.3. Diseño de Investigación.....	68
2.4. Población y Muestra.....	69
2.5. Métodos.....	70
2.6. Técnicas e Instrumentos de Investigación.....	72
CAPÍTULO III : RESULTADOS.....	74
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIONES.....	82
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	93
CAPITULO VI. RECOMENDACIONES.....	98
CAPITULO VII. AGRADECIMIENTO.....	100
CAPÍTULO VIII: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102
CAPÍTULO VIII : ANEXOS.....	114

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.-

1.1. Antecedentes y Fundamentación del Problema.-

1.1.1. Antecedentes.-

En este tópico, referido a los antecedentes del presente trabajo de investigación presentamos una síntesis de las investigaciones y trabajos realizados, que guardan relación con nuestro tema de estudio, con el fin de dar a conocer cómo ha sido abordado desde una perspectiva eminentemente dogmática jurídica. Por lo que en el presente trabajo de investigación, se hizo una revisión del estado de la investigación en torno al problema de investigación respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los Juzgados Penales Unipersonales de la provincia de Huaraz, periodo 2017 - 2018.

A nivel internacional.-

De la búsqueda en las bibliotecas virtuales de las universidades públicas y privadas de los países latinoamericanos y de España, por medio del internet, se ha encontrado las siguientes tesis o reportes de investigación que guardan relación con las variables de estudio de nuestro trabajo de investigación.

a. (Rodriguez, 2017) , en la investigación sobre: “Atentado, Resistencia y Desobediencia”

– Resumen:

La denominación de atentado tiene múltiples significados en el campo jurídico-penal, tales como la infracción delictiva que constituye un peligro para la seguridad pública (atentado terrorista) o el ataque dirigido contra personas de suprema importancia política o social, es decir, el atentado como acometimiento contra la autoridad y sus agentes en general¹. Pero no sólo en el campo de la

jurisdicción penal encontramos la acepción “atentado”, sino también en el proceso canónico, si bien en este sentido se limita al campo jurídico procesal y puede entenderse como un acto prohibido en relación con la disponibilidad de la res litigiosa, provocando un vicio litigioso, o un motivo de impugnación para demostrar y defender el objeto litigioso.

El enfrentamiento entre los ciudadanos y los agentes del orden o funcionarios públicos se producía históricamente a consecuencia de la arbitrariedad de éstos, por lo que la protección de los mismos tiene repercusión desde el Ordenamiento de Alcalá, el cual contiene penas contra los que maten o hieran a los alcaldes, adelantados, merinos y jueces siendo tipificado por primera vez el atentado como tal en el Código Penal de 1822.

Desde sus orígenes, el tipo de delito de atentado ha incriminado actitudes violentas contra los agentes y funcionarios públicos, suscitando múltiples interrogantes respecto del delito de desobediencia y del delito de resistencia.

Ello ha llevado a una variada y rica jurisprudencia sobre el tema, la cual abordaremos en nuestro trabajo.

La doctrina, en origen, es unánime acerca del reconocimiento del principio de autoridad como bien jurídico protegido, si bien desde la instauración de la democracia ha ido evolucionando la concepción del bien jurídico protegido hasta nuestros días, en que se estima la protección de la función pública, por lo que se abordan la evolución y las discusiones doctrinales desarrolladas al respecto.

En el presente trabajo nos ocuparemos del análisis de los tipos penales previstos en el Capítulo II, título XXII, de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, bajo la rúbrica “De los atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y de la resistencia y desobediencia”, el cual ha sufrido una importante reforma en sus preceptos con la reciente Ley Orgánica 1/2015. No podemos obviar que se complementa con la Ley Orgánica 4/2015, la cual

remite las antiguas faltas, las cuales han sido derogadas, remitiéndose esos hechos a la vía administrativa. El tipo penal objeto de estudio se encarga de “castigar las conductas de oposición al ejercicio de funciones públicas efectuadas por funcionarios, autoridades o sus agentes”.

Así mismo se abordarán las cuestiones pragmáticas de mayor interés sobre el tema, tales como los sujetos del delito, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, evolución jurisprudencial, concurso ideal, etc.

Nos interesa singularmente el examen de estos tipos delictivos desde el punto de vista de la actuación profesional de los Funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pudiendo nacer estos tipos por la actuación de los agentes en estos hechos, posicionándose por tanto como perjudicados en la causa.

Finalmente se introduce en un último capítulo el análisis de cuestiones incidentales que con las que podemos encontrarnos en la práctica del día a día, considerando de especial interés epígrafes como son el concurso ideal de delitos, la falta de ofrecimiento de acciones al perjudicado o la actuación en la doble condición de investigado/perjudicado, cuestiones que no encontramos resueltas en los manuales y que producen problemas a la hora de solucionarlos.

– **Conclusiones:**

- Desde que comenzara la presente investigación, allá por el año 2013, en el que ya teníamos conocimiento de un proyecto de reforma, hasta la aprobación y entrada en vigor del mismo el 1 de julio de 2015 ha llovido mucho, habiéndose vivido manifestaciones en contra de la LO 4/2015, de Seguridad Ciudadana, la cual está directamente relacionada con la reforma penal operada al haber tenido acogida en la misma los hechos que se han destipificado como faltas, teniendo ahora una multas, económicamente muy superiores a las previstas en el derogado artículo 634 del CP.

- Igualmente considero que es perjudicial para el reo la tipificación como delito leve de falta de consideración y respeto a la Autoridad del artículo 556.2 del CP, por las graves consecuencias que tiene el delito a los efectos de registrar los antecedentes penales, con lo que ello conlleva en el sentido de acceder a convocatoria para plazas en la Administración o en el desarrollo profesional, si solicitasen los antecedentes penales. Siempre y cuando no estuvieren cancelados.
 - A pesar de defenderse que las reformas son consecuencia del principio de última ratio del Derecho penal, considero que tiene una finalidad recaudatoria y perjudicial para el administrado que verá mermado el derecho a la defensa, ya que en el procedimiento penal hay mayor garantía que, como es obvio en el procedimiento administrativo. Si llegare el caso de tener que acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa hay que tener presente el riesgo de costas, motivo por el cual muchos administrados desisten de seguir luchando. Es más, se convierte a las autoridades administrativas en juez y parte, independientemente del recurso a la jurisdicción contenciosa.
- b.** (Echevarria, 2002), en la investigación sobre: “ultractividad en la persecución penal publica de las ofensas a la autoridad”

Las conductas de desacato a la autoridad en su modalidad de injurias fueron expresamente despenalizadas como delitos de acción penal pública desde hace ya tiempo. El antiguo delito de desacato del artículo 6 b de la Ley de Seguridad Interior del Estado fue derogado el año 2001 mediante la llamada Ley de Prensa y las figuras equivalentes contenidas en los artículos 263 y 264 del Código Penal y 417 del Código de Justicia Militar fueron abolidas el año 2005 a través de las leyes 20.048 y 20.064.

Pero como suele ocurrir, la fuerza de las instituciones no parece vivir en el texto de las normas, sino más bien en el peso de su tradición histórica y, a juzgar por los hechos, los efectos punitivos del desacato a la autoridad subsisten bajo renovadas e ingeniosas fórmulas que ponen a prueba el derecho a defensa y desafían garantías como la legalidad en materia penal.

Las visiones que entienden a la justicia penal como un límite al ejercicio del poder estatal y aquéllas que, por el contrario, la conciben sólo como una eficaz herramienta de defensa social vuelven a estrellarse de cara a las reacciones permitidas por el derecho frente los atentados cometidos contra el honor de autoridades y funcionarios públicos.

Si bien un ciudadano jurídicamente informado entiende que el desacato a la autoridad, en su modalidad de injurias y calumnias, viene siendo derogado de nuestra legislación interna desde comienzos de esta década, la ultractividad de facto adquirida por ese tipo de delitos es la única explicación para entender la buena salud de la que goza actualmente la persecución penal pública desplegada en contra de quienes son sorprendidos en actuaciones deshonorosas y lesivas del prestigio de ciertos funcionarios del Estado y cuando las detenciones, formalizaciones y juzgamientos se han activado por este tipo de casos, las resoluciones de los tribunales de justicia tampoco han aclarado con suficiente vigor que en materia de protección penal del honor, nuestra democracia ya no preserva privilegios especiales para ninguna autoridad y desde hace ya algún tiempo el legislador prefirió estimular el control ciudadano sobre el modo como se ejercen los cargos públicos, aun a riesgo de que esa actividad y sus expresiones puedan aparecer ofensivas.

– **Conclusión:**

- Como se advierte, las afirmaciones de los viejos profesores de historia del derecho no

se equivocan cuando sostienen que la fuerza de las instituciones se preserva y conserva en los códigos históricos antes que en aquellos redactados con papel y tinta, de lo que esta ultractividad de facto advertida en materia de persecución penal pública del desacato en su modalidad de injurias a la autoridad es una demostración actual, que pone a prueba la eficacia del derecho a defensa y desafía de modo flagrante la real vigencia de la reserva legal en materia penal.

- c. (Támara, 2010), en la investigación sobre: “La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional chileno en el control constitucional de leyes penales”.

En la doctrina y jurisprudencia comparada se ha mostrado la creciente preocupación acerca de la restricción de derechos fundamentales en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Esto ha llevado a la creación dogmática y posterior desarrollo jurisprudencial de un instrumento racionalizador de los actos de todos los poderes del Estado –y especialmente del poder legislativo- llamado principio de proporcionalidad.

Con el avance de los tiempos y la configuración de un nuevo modelo penal, en el cual predominan los intereses patrimoniales, la imagen de los políticos frente a la opinión pública y el desprecio por las personas que cometen delitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales -especialmente europeos- han descubierto la gran utilidad que presta la aplicación de este principio en el control de los eventuales excesos que puede cometer la actividad del Legislador Penal en desmedro de los derechos fundamentales.

En vista de aquello, el propósito general de esta investigación, es estudiar, analizar, comprender y determinar si nuestro Tribunal Constitucional ha apreciado esta realidad aplicando el principio de proporcionalidad en el control constitucional de normas penales, siguiendo así las tendencias comparadas. Esto resulta interesante si tenemos presente que la configuración de nuestro derecho

penal, como un derecho cada vez más severo, es una realidad que compartimos con gran parte de la legislación penal europea; como así también, compartimos la existencia de un órgano que se preocupa de realizar el control constitucional de dichas normas, de modo que éstas no sean contrarias a la Constitución ni afecten en demasía los derechos fundamentales que en ella se reconocen.

Para ello, será imprescindible un estudio doctrinal acerca de este principio desde una perspectiva amplia, es decir, como una herramienta de limitación a los actos de los Poderes del Estado, lo que se concentrará en el primer capítulo de este trabajo. Esto nos permitirá comprender de un mejor modo la aplicabilidad de la proporcionalidad como un parámetro de control del legislador penal, análisis que comprende el segundo capítulo de la presente investigación.

Finalmente, y sólo una vez realizado los estudios doctrinales ya descritos, nos ocuparemos del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia penal desde el año 1975, en el control preventivo de constitucionalidad; y desde la reforma constitucional del año 2005, en el control represivo de constitucionalidad.

Adicionalmente, y en observancia de la importancia de este principio no sólo en materia penal, abordaremos sucintamente, y con un objetivo netamente comparativo, la aplicación del principio de proporcionalidad en el control represivo de constitucionalidad en otras materias diversas de la penal.

A nivel nacional.-

La búsqueda en las principales universidades nacionales y privadas del país, se hizo a través de la plataforma virtual del portal de Cybertesis de la UNMSAM, repositorio digital de tesis de la PUCP, repositorio digital de tesis de la Universidad

San Martín, en el cual se ha podido encontrar los siguientes trabajos de investigación:

- a. (Juarez, 2017), en la Investigación sobre: “Análisis del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en la legislación peruana”

– **Resumen:**

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad se encuentra previsto en el artículo 368 del Código Penal, que sanciona la conducta del agente que no cumple u obstruye la orden impartida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Estas figuras penales tienen como finalidad combatir las conductas obstruccionistas de las personas frente a los actos ejecutivos de la administración pública, que pone en marcha el aparato estatal para lograr el buen funcionamiento de la administración pública y el bien común de las personas. Entre las figuras de la desobediencia y resistencia existe una marcada diferencia. La primera de ellas se produce cuando el agente no cumple a través de una conducta negativa una orden emitida por la autoridad. En cambio, la modalidad de resistencia se suscita cuando el sujeto activo con un accionar positivo se opone ante la ejecución de la orden. Producto de la práctica diaria, en el presente trabajo se han escogido algunas jurisprudencias y casos prácticos que se suscitan en el diario trajín de la administración pública y la sociedad. Asimismo, estos delitos se invocan con frecuencia en todas las instituciones y se denuncian ante el Ministerio Público; sin embargo, en la vida práctica para su configuración se requieren ciertas formalidades como que la orden legalmente impartida se encuentre establecida de manera adecuada y que sea de pleno conocimiento del obligado.

– **Conclusiones:**

- El momento delictivo de la resistencia se demarca durante los actos ejecutivos de la orden, pero no antes de su inicio ni mucho menos después de que la orden

se hubiere cumplido. En nuestra opinión, los actos materiales de la resistencia se dan en el mismo lugar y momento en que se pretende ejecutar la orden. Trae consecuencias directas contra el funcionario que ejecuta la orden. En cambio, “tratándose de los actos de desobediencia, el momento comisivo parte desde el instante en que el destinatario toma conocimiento de su deber de acatamiento hasta el vencimiento del plazo señalado para dar cumplimiento a lo ordenado, incluidas las prórrogas del plazo debidamente ordenadas”.²² Por ende, se configura el delito de desobediencia cuando el sujeto activo no cumple con la orden en el tiempo exigido para ello.

En ese sentido, podríamos concluir que incurre en el delito de desobediencia a la autoridad, quien cumple la orden impartida luego de vencido el plazo otorgado. De igual modo, resistirse u oponerse a una orden que ya ha sido ejecutada no constituye el delito de resistencia a la autoridad.

- Desobedecer o resistir no son palabras difíciles de conceptualizar, mucho menos de entender; basta que el sujeto activo sea una persona de cualquier nivel educacional para que lo sepa, ya que su definición obedece al común conocimiento de cualquier persona. Esto es, no se requiere recurrir a intrincadas fórmulas legales o discutibles interpretaciones para saber cuándo estamos ante una desobediencia o frente a una resistencia.

Para que se externalice el supuesto de hecho contenido en el primer párrafo del artículo 368° del CP, no basta con la sola verificación de la materialización de los elementos objetivos del tipo en comento, sino que también se exige como condición necesaria la concurrencia de la conciencia y voluntad en el ámbito subjetivo del agente. Es decir, el delito bajo comentario, en sus dos modalidades, sea resistencia o desobediencia, requiere de dolo, esto es, el conocimiento por parte del agente infractor respecto del contenido de la orden emitida por un funcionario público que dispone que realice o deje de realizar un comportamiento determinado y la voluntad de realizar la desobediencia o la resistencia a dicha orden, o sea, el agente, conociendo la orden, se resiste a la

disposición funcional. Para que exista dolo, el agente tiene que haber conocido plenamente la orden, con todos sus componentes (la obligación a realizar, el plazo, que se encuentre plasmado de manera clara, expresa y exigible).

- Es importante resaltar que la parte final del primer párrafo del artículo 368° del CP prevé que en caso la desobediencia o resistencia se produzca con la finalidad de impedir la propia detención del destinatario de la orden, dicha conducta será atípica respecto del delito en comento. Es decir, el legislador peruano, al legislar sobre el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, consideró que no revisten mayor lesividad social aquellas conductas tendientes a impedir la propia detención, lo cual, a decir de Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, responde a un criterio de racionalidad, razonabilidad y ponderación en la reacción punitiva, según el principio de mínima intervención, a fin de evitar una doble amenaza sobre quien pende un mandato de detención, de ser privado de su libertad personal: por un lado, la supuesta comisión de un hecho punible y, por otro lado, por cometer el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.²⁶ Al respecto, la ejecutoria suprema se ha pronunciado de la siguiente manera: “(...) en modo alguno puede constituir elemento probatorio de la comisión del delito ni su responsabilidad, conforme erróneamente se concluye en el considerando de la recurrida, pues la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad, que tiene sustento legal en el artículo 368 del Código Penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención”. (R. N. N°2228-2003-Callao, de fecha 7 de noviembre de 2003)

- b. (Ticona, 2014) 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.”

- c. (Mosquera, 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”.

- d. (Palacios, 2016). “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.”

A nivel local. -

Luego de la búsqueda o revisión de las tesis para optar el grado de maestro en la Escuela de Post Grado de la UNASAM, no se ha podido encontrar trabajos similares; por lo que considero que el proyecto de investigación que presento es original o por lo menos pretende serlo, más aún si se tiene en cuenta lo novedoso de la regla de los tercios.

Adicionalmente, he buscado trabajos similares o iguales en las bibliotecas de las escuelas de Post Grado de las Universidades Privadas: “ULADEH” y “San Pedro”, “Cesar Vallejo”, “Alas Peruanas”; no encontrando mi propósito, por lo que a nivel local es el primer trabajo a desarrollar y presentado en su oportunidad.

1.1.2. Fundamentación Científica.-

La realidad problemática que dio inicio a esta investigación, surge luego de analizar las situaciones problemáticas que enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz, periodo 2017 - 2018, como discrepancias teóricas, discordancias normativas, carencias y limitaciones (Rojas, 2010).

El problema se centra sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz, se encuentra previsto en el artículo 368 del Código Penal, que sanciona la conducta del agente que no cumple u obstruye la orden impartida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones y se configura y materializa a través de un desacato o rehusamiento por parte del sujeto activo, frente al mandato impartido en forma expresa, directa y legítima por un funcionario público. En la jurisprudencia se ha señalado que el delito en comentario “consiste en desobedecer o resistir la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones; por lo tanto, para que se consuma dicha acción típica basta el incumplimiento de la orden u omitir su realización, siempre y cuando esta se encuentre dentro del marco de la ley”.

Su estructura típica contiene elementos que lo hacen fácilmente distinguible frente a otras posiciones típicas relacionadas con actos contra la autoridad, y las principales están contenidas en los verbos rectores “desobedecer” y “resistir”. Estos comportamientos típicos pueden ser considerados como los medios que utiliza el agente para lograr la finalidad preconcebida por aquel, de pretender que la orden emanada de una autoridad quede sin ejecutarse, toda vez que producto de la desobediencia o la resistencia la orden carece de la efectividad.

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad se encuentra previsto en el artículo 368 del Código Penal, que sanciona la conducta del agente que no cumple u obstruye la orden impartida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Estas figuras penales tienen como finalidad combatir las conductas obstruccionistas de las personas frente a los actos ejecutivos de la administración pública, que pone en marcha el aparato estatal para lograr el buen funcionamiento de la administración pública y el bien común de las personas. Entre las figuras de la desobediencia y resistencia existe una marcada diferencia.

La primera de ellas se produce cuando el agente no cumple a través de una conducta negativa una orden emitida por la autoridad.

En cambio, la modalidad de resistencia se suscita cuando el sujeto activo con un accionar positivo se opone ante la ejecución de la orden. Producto de la práctica diaria, en el presente trabajo se han escogido algunas jurisprudencias y casos prácticos que se suscitan en el diario trajín de la administración pública y la sociedad. Asimismo, estos delitos se invocan con frecuencia en todas las instituciones y se denuncian ante el Ministerio Público; sin embargo, en la vida práctica para su configuración se requieren ciertas formalidades, como que la orden legalmente impartida se encuentre establecida de manera adecuada y que sea de pleno conocimiento del obligado.

Es de conocimiento público que los integrantes de nuestra comunidad, en los últimos años, no solo vienen desarrollando sus vidas en un ambiente de inseguridad ciudadana sino también de inseguridad jurídica, el cual mayormente es propiciado por la mala aplicación de la política criminal que ejecutan los operadores de la argumentación jurídica: (i) la función legislativa; (ii) la aplicación de las normas jurídicas, y; (iii) el conocimiento dogmático. No obstante, a fin de delimitar el tema materia de opinión, vamos a enfocarnos en los dos últimos puntos. (Ugaz, 2016)

Anotamos esto porque vemos, hoy en día, una incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte de jueces, fiscales y abogados; incluso, nos atrevemos a sostener que coexiste un estancamiento del conocimiento dogmático en muchos de ellos.

Un ejemplo respecto de esta mala situación, tristemente, ha sido el caso de Silvana Buscaglia Zapler (diciembre, 2015), suceso que la dejó mal parada como persona por haber agredido a un policía, y al que se sumó el influjo de los medios de comunicación (criminología mediática), para que al final de cuentas, reciba

una gracia presidencial, vale decir, un indulto porque era «la primera vez que comete un delito en donde el bien jurídico protegido es de mínima lesividad y la pena que se le impuso es desproporcional en comparación con otros delitos que vulneran bienes jurídicos de mayor valor, conllevando a penas menores».

Así también, otro ejemplo es el caso del empresario Víctor Chu Cerrato (febrero, 2016), donde la Corte Superior de Justicia de Lima Sur lo sentenció a cuatro años y cinco meses de prisión efectiva por haber agredido, verbalmente, a un grupo de policías de la Comisaría de Punta Hermosa, lugar en el que se encontraba en estado de ebriedad. Al respecto preguntamos: ¿cómo puede una persona ebria realizar aquellos actos violentos y de resistencia que cuente con el grado necesario de lesividad para configurar este tipo penal?, ¿los insultos proferidos por personas en estado de ebriedad, pueden considerarse «amenazas» que lesionan –gravemente– el bien jurídico protegido del delito en mención?

Así las cosas, es en este contexto que el Acuerdo Plenario (en adelante AP) surge con la finalidad de poner orden en el «caos» de las distintas interpretaciones que se hacían en torno a este delito.

Pues bien, manifestada la finalidad del AP conviene ahora analizar lo bueno, lo rescatable y lo que aún falta por precisar en el AP. Desde un análisis panorámico, podemos sostener que esta doctrina jurisprudencial direcciona su desarrollo al otorgamiento de información sobre la correcta tipicidad del delito de violencia y resistencia a la autoridad –policial– y, también, sobre la determinación judicial de la pena para éste: es, en buena hora, un fin de carácter emergente positivo, sin embargo, solamente ha quedado en una finalidad no llegada a ser obtenida del todo, toda vez que no ha confeccionado una correcta concordancia de la jurisprudencia final. Veámoslo:

Como primer punto, debemos precisar que hubiera sido interesante que el AP sostenga correctamente cuál es el bien jurídico (en adelante BJ) de este tipo

penal, mas no que de forma indirecta y errónea señale que este delito abarca «únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado [3]»; esto es, pareciera que el AP apunta a que el personal policial es el bien jurídico, lo cual es lamentable.

En el AP no se ha tenido en cuenta que hasta el momento no existe uniformidad respecto al bien jurídico que tutela el delito mencionado (art. 366 CP). Apuntamos esto porque, como consecuencia de la influencia de la criminalidad mediática, no se ha considerado como BJ a la disposición que tiene el Estado (*v.gr.* el empleo de recursos materiales o humanos) para llegar a un determinado fin.

Vale decir, es penoso que se considere como BJ a la autoridad estatal, en sí misma (el recurso humano que utiliza el Estado para lograr un fin en específico: funcionario público) y no a las funciones del recurso humano que dispone el Estado (la actividad del funcionario público). De tal modo que, a fin de direccionar de forma correcta esta opinión, dejamos en claro que el BJ tutelado debe ser este último y no como se infiere del AP.

Bases Teóricas.-

Las bases teóricas denominado revisión de la literatura científica (Creswell, 2005; Merten, 2005 citado por Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010)), posee la dinámica de ser proceso y producto. Un proceso de inmersión en el conocimiento existente y viable vinculado con el planteamiento del problema; y un producto al ser condicionado *sine quom* del reporte de investigación (Yedigis y Winbach, 2005, citado por Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010).

La propuesta para la elaboración del marco teórico en el presente estudio, responde al método por índices. La experticia en la elaboración del marco teórico facilita la adaptabilidad en los contenidos propuestos. Así, asumir el proceso

inductivo – deductivo es un algoritmo que favorece la creación, recreación y producto final en la investigación. Desde la perspectiva de la metodología de la investigación jurídica, debe entenderse el marco teórico, a todas aquellas teorías explicativas o sistemas de ideas del que se vale el investigador para realizar su tarea. Estas teorías se clasifican en principios, leyes, definiciones. Por otro lado están vinculadas entre sí a través de conexiones de tipo lógico formal. Porque el Derecho está firmemente enraizado en la lógica. Las teorías fueron contrastadas con los hechos, sino también con otras teorías.

El marco teórico de la presente investigación, estuvo constituido por la teoría que con la que se dispuso sobre el tema del mandato de prisión preventiva y los delitos contra la administración pública – peculado -; respecto al nivel del marco teórico se tomó en cuenta la calidad y su actualidad; y empíricamente demostramos los referentes del marco teórico la automatización de las citas y la referencia bibliográfica de acuerdo al estilo de redacción científica APA.

El garantismo penal.-

¿Qué es el Garantismo? – Sostiene (Ferrajoli L. , 2004), que el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos. que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen. (Rafecas, 2000)

El esquema garantista presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen del mismo un modelo ideal, en gran parte ideológico que en varias ocasiones ha provocado, que se pretenda su descalificación científica y política, por parte de algunas culturas jurídicas.

El garantismo constituye una completa filosofía del derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas defendidas o sugeridas en otras filosofías del derecho, si bien su presentación por parte de L. FERRAJOLI, ofrece novedades importantes respecto de ellas. Pero como teoría de la justicia, propone un ambicioso modelo que se encuentra llamado a culminar el proceso liberador de la Ilustración y de la Revolución de 1789, que obliga al legislador, al juez y al jurista. (Ferrajoli L. , 2004)

Como teoría jurídica es una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos y particularmente en nuestras constituciones.

Como paradigma de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, alcanza a todo el ámbito de la persona. Todos los derechos fundamentales pueden ser concebidos como leyes del más débil: Como técnica de tutela de los bienes primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por "garantismo" se entenderá pues, un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones (Ferrajoli L. , 2004).

Se trata de un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos, pues como modelo representa una meta que permanece tal, aunque no se la alcance o no pueda nunca ser del todo alcanzado.

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, su autor L. Ferrajoli, pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen y Hart. Pero es un positivismo particular, atento a diferenciar la validez formal (vigencia de las normas) y su validez sustancial, es un positivismo bien consciente de que,

sancionadas las constituciones modernas, se ha producido la constitucionalidad de los derechos naturales, que ha perdido gran parte de su significado el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, o sea la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser, que tradicionalmente se ha expresado en el contraste entre la ley positiva y la ley natural para transformarse entre lo que el derecho es y lo que debe ser en el interior de un mismo ordenamiento, lo que Ferrajoli denomina como efectividad y normatividad. Por lo que podríamos decir que es un positivismo jurídico, corregido y menos intransigente pero más consecuente en el modo de proceder en la argumentación.

Si bien es cierto que, se habla de garantismo en otras ramas del derecho, es en el ámbito derecho penal donde él se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en contraposición a las legislaciones totalitarias del S. XX y a las numerosas leyes de excepción; a la vez que expresa la exigencia propia de la Ilustración, de la minimización de ese terrible poder, que es el poder punitivo, mediante el estricto sometimiento a la ley del poder judicial penal y el sometimiento a las normas constitucionales del poder legislativo penal. (Ferrajoli L. , 1995)

La nota común del garantismo, tanto en el derecho penal como el procesal, es el respeto por las garantías fundamentales del ciudadano, así como la necesaria racionalidad de la intervención penal.

Para el otrora profesor de Camerino y de Roma III, diez son los axiomas de un sistema penal de estricta legalidad, fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los Siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder punitivo.

Si decimos —en palabras de Ibáñez (1999)— que el derecho ha abandonado su papel de racionalizador (crítico de la legalidad unidimensional del Estado legislativo ¿el Derecho, derivando entonces de la nueva realidad normativa que

brinda el modelo garantista de la democracia constitucional? la obligación para el legislador de disponer los medios necesarios para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por éste. Parece indiscutible que el objeto de abordaje del Derecho Penal. Tal como lo sostiene entre nosotros Binder (1997), debe comprender no sólo el estudio de la norma penal indudable eje central del sistema desde nuestro campo de conocimientos sino también cómo se la fundamenta (valores jurídicos) y cómo es su funcionamiento real (las prácticas operativas estatales). Para lograr de ese modo una visión abarcadora que nos permita ejercer una suerte de falsación de dichas normas a la luz del contenido de los principios y derechos fundamentales que en materia penal están consagrados en nuestra Constitución. En un país donde los gobernantes y las usinas de poder logren imponer la idea de que al Derecho Penal sólo le incumbe el estudio de la norma penal, esto es que se insista con reducir su ámbito de análisis al paradigma acríptico-formalista. Esto se verá acompañado por síntomas casi inevitables tales como:

- a) Escasa participación ciudadana en los asuntos penales, porque estos se suponen sólo regidos por normas jurídicas, inaccesibles e incomprensibles para el hombre común, y sólo reformables por mecanismos contenidos también en normas de modo tal que, en definitiva, el cómo se apliquen esas normas no es asunto de la comunidad, que se debe limitar a obedecer.
- b) Consideración de la política criminal del Estado lejos de la importantísima misión que le corresponde en un sistema garantista, dedicada más que nada a administrar formalmente las cárceles: "política criminal" se la subviene por "política del criminal" o cómo se trata al criminal desde el Estado.
- c) Tribunales de justicia penal dedicados a la aplicación de la norma de un modo automático, ciegos frente a la realidad social imperante y sin reaccionar frente al hecho palmario de que las personas seleccionadas que son llevadas a juicio son, en la gran mayoría de los casos, del mismo estrato social: pobres,

desempleados, marginados, enfermos mentales, analfabetos, inmigrantes ilegales; que juzgan siempre los mismos delitos (la denominada “pequeña criminalidad urbana”), pese a que el catálogo de ilicitudes es amplísimo y que las afectaciones más graves a los bienes jurídicos valiosos en nuestra comunidad difícilmente llegan a ser juzgadas.

- d) Cárceles y otros lugares de detención convertidos en muchos casos en sitios que niegan toda dignidad humana. Pero claro, el momento de la reafirmación de la derecha frente al acto antijurídico ya tuvo lugar con el acto comunicativo constituido por la sentencia (o con el auto de procesamiento en el caso de la prisión preventiva), y entonces no es cuestión del Derecho Penal preocuparse mayormente acerca de cómo se ejecuta la pena en la realidad, sólo importará... ¡que se cumpla la sentencia (o la prisión preventiva) (Ferrajoli L. , 1995)

El Derecho Penal Peruano Constitucionalizado. -

La Constitución Política tiene determinadas disposiciones que, tanto directa como indirectamente, conforman el sistema punitivo. Pues bien, los principios generales –como postulados político-jurídicos y político- criminales–, servirán para coadyuvar a entender e interpretar dichas disposiciones constitucionales; toda vez que una lectura atomística y fraccionada de los preceptos constitucionales solo puede servir a la tendencia siempre presente neutralizar la carga innovadora que representa la Constitución y, por tanto, a traicionar el espíritu constitucional. (Gómez De La Torre & Arroyo, 2016)

Finalmente, podemos señalar que el profesor Arroyo Zapatero entiende los principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma configuran un Derecho Penal Constitucional (Gómez De La Torre & Arroyo, 2016).

Estos son preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que inciden directamente sobre el sistema penal; disposiciones que reconocen Derechos Fundamentales y que, por tanto, limitan y fundamentan el Ius Puniendi; disposiciones constitucionales que de modo expreso regulan conceptos e instituciones propias del sistema penal; y, finalmente, y a criterio de Arroyo Zapatero, también debemos considerar al principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento penal vigente (Gómez De La Torre & Arroyo, 2016), que a su vez es expresión del principio de Fuerza Normativa de la Constitución y de su entendimiento como norma jurídica – política vinculante in toto y que conlleva al criterio de interpretación del Derecho Penal conforme con la Constitución.

En primer lugar, conlleva a establecer que la Constitución en general y los Derechos Fundamentales en particular, constituyen el fundamento normativo de criminalización de conductas socialmente dañosas (fundamentan el ejercicio del Ius Puniendi Estatal); sin embargo, y aunque parezca contradictorio, también constituyen un límite al ejercicio arbitrario del Ius Puniendi. Aquí, como ya debe haber sido observado, reviste especial importancia la aplicación de los principios de intervención mínima, razonabilidad y proporcionalidad. En segundo lugar, el paradigma del Neoconstitucionalismo 25, conllevará que este modelo de Derecho Penal. Constitucional limite lo estrictamente necesario un derecho fundamental.

Esto podemos explicarlo de la siguiente manera. Los Derechos Fundamentales constituirán límites materiales al ejercicio del Ius Puniendi, pero no en tanto al procedimiento de elaboración de una ley penal, sino en cuanto a su contenido mismo.

Así también, conllevará a la siguiente exigencia: “el ámbito de lo prohibido por la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un Derecho Fundamental”. Finalmente, también ha de conllevar a

limitar la aplicación de una ley penal, aunque resulte formal y materialmente constitucional (en abstracto), si en la aplicación de un caso en concreto conlleva a impedir el ejercicio libre y legítimo de un Derecho Fundamental. En tercer lugar, conlleva a entender que no es tarea primaria del Derecho penal la de dar acogida a los intereses, valores, principios y derechos constitucionales, asumiendo la ingente tarea de asegurar su vigencia.

Comparte tal cometido con todo el ordenamiento jurídico, en el cual se integra como limitado sector (Terradillos, 2010) . En cuarto lugar, este nuevo modelo de sistema penal exige que la tutela de los derechos y libertades fundamentales despliegue también su eficacia respecto al sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede desconocer el Estado democrático. Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles para los poderes públicos, tanto Legislativo como Judicial. Lo que comporta la aplicación del Derecho positivo ha de responder a los nuevos criterios político–criminales en que se inspira todo el sistema. A modo de ejemplo, podemos señalar que esta nueva forma de entender al Derecho Penal, conllevaría a afirmar que solo los bienes jurídicos de relevancia constitucional serían merecedores de protección penal. Esto implica, claro está, seguir una teoría constitucional del bien jurídico (Abanto, 2006).

Las teorías constitucionalistas del bien jurídico procuran formular criterios capaces de imponerse de modo necesario al legislador penal al momento de definir la conducta penalmente prohibida. Así, se postula que el concepto de bien jurídico debe ser deducido en la Constitución, operándose una especie de normativización de directivas político– criminales. Pueden ser agrupadas en teorías de carácter general y de fundamento constitucional estricto (Regis, 2010) , según la referencia y fundamentación en el texto constitucional sea en modo genérico, amplio, con remisiones a la forma de Estado Constitucional establecida o a los principios de la Constitución Política; o, en el otro caso, cuando la fundamentación en el texto constitucional se oriente en forma estricta, sobre la base de prescripciones constitucionales específicas explícitas o implícitas. Así en

las tesis “constitucionalistas” puede hablarse de un consenso cuando se trata de vincular el concepto de “bien jurídico” y su contenido con la Constitución.

En tal medida se ha entendido que el Derecho penal equivaldría a un “Derecho constitucional aplicado” y que, por ello, el penalista debe tratar de concretar el ordenamiento objetivo de valores de la Constitución en las estructuras político criminal y dogmático del Derecho penal. (Abanto, 2006)

En este sentido vemos que, al menos desde la perspectiva del máximo intérprete de la Constitución, la teoría constitucional del bien se encuentra plenamente aceptada por la praxis jurisprudencia. Por otro lado, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico penal también conlleva a brindarle mayor importancia al Principio de Proporcionalidad, específicamente por su carácter de principio constitucional y penal, y su vinculación con los principios de intervención mínima y exclusiva protección de bienes jurídicos.

El denominado Principio de Proporcionalidad, expresamente reconocido por el artículo 200° numeral 6) de la Constitución Política, es de aplicación para evaluar la constitucionalidad en la intervención de derechos fundamentales por el Legislador en aras de la satisfacción de otro derecho fundamental, valor constitucional o bien jurídico constitucional. En clave de Derecho Penal: El principio de proporcionalidad coadyuvará a establecer cuando un bien jurídico es merecedor de protección penal a través de la configuración de un delito (en el plano de la tipificación de una conducta) por parte del legislador penal y cuando esta tipificación no limita más allá de lo estrictamente necesario un derecho fundamental (generalmente, el Derecho a la Libertad Ambulatoria). El Principio de Proporcionalidad se conforma a su vez de tres subprincipios: Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en Sentido Estricto o Ponderación. El primer subprincipio implica un doble análisis: En primer lugar, buscar un fin de relevancia constitucional; y, es aquí donde cobra un rol protagónico el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En segundo lugar, se ha de analizar si

la configuración de la conducta prohibida es adecuada para la protección del bien jurídico de relevancia constitucional que se pretende tutelar. El segundo subprincipio implica un análisis hipotético sobre la existencia posible de otros medios alternativos igualmente idóneos, pero que limiten en menor medida el derecho fundamental. Aquí el rol protagónico es el del principio de Fragmentariedad del Derecho Penal. El tercero y último subprincipio implica el análisis de ponderación en el sentido que el grado de satisfacción del bien jurídico protegido con la conducta prohibición debe ser mayor al grado de no satisfacción del derecho fundamental limitado (libertad ambulatoria). - STC N° 00017-2011-PI/TC, Caso Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703, FFJJ.14–21.- El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico penal también ha de conllevar a fundamentar los fines de la pena a partir de los postulados constitucionales- STC N° 0019-2005-PI/TC, Caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal, FFJJ. 30–42- Por último, siguiendo una tendencia constitucionalista de la conducta penalmente prohibida, quien niegue toda posibilidad de deducir normas de comportamientos o deberes de establecimiento de normas de comportamiento a partir de las normas de derechos fundamentales, se cierra a la discusión sobre la fundamentación judicialmente operativa del ius puniendi en los derechos fundamentales (Bascuñan, 2007)

Aspectos Generales respecto al delito de violencia contra la autoridad.-

Una sociedad necesita de respuestas judiciales rápidas y efectivas en el ámbito penal importa hoy en día un deber inexcusable del sistema punitivo en su conjunto, merced al contexto de inseguridad ciudadana que padece nuestro país.

Robos, secuestros, asesinatos, extorsiones, sicariato, etc. son una constante en todo el territorio nacional, pues su reiterada y permanente comisión enrostran los

titulares de todos los medios de comunicación social, generando angustia, temor y zozobra en el colectivo social. Esta situación es aprovechada por los actores políticos para ofrecer todo un abanico de propuestas de política criminal, tendencialmente represivas, procurando ensanchar y magnificar los marcos penales a extremos punitivos gravísimos. Proyección legislativa que se remonta a un poco más de dos décadas, época en la que no se tuvo mejor idea que plantear la sobre criminalización de las conductas delictivas de mayor incidencia criminal, teniendo como umbral la pena de cadena perpetua (Peña, 2016). A partir de dicha orientación reformista se fueron sentando las bases de una abierta incongruencia penológica, tomando en consideración los principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad y jerarquía del bien jurídico; no en vano los delitos preterintencionales pasaron a engrosar la lista de aquellos injustos penales objeto de una mayor represión (igual a pena de muerte), al resultado sobreviniente: la muerte o lesión grave el sujeto pasivo.

Los delitos contra la vida, como el asesinato y el parricidio reciben una menor pena que los delitos preterintencionales – delito preterintencional como aquel que resulta más grave que el propósito del autor, es decir, que el autor del delito obtiene un resultado que no se esperaba y que sobrepasa a lo que el busco o tenía como fin a cuando cometió el delito - devaluando el bien jurídico más importante según el listado de valores consagrados constitucionalmente, situación que fue desencadenado una notable asimetría punitiva conforme se fueron incluyendo toda una variedad de tipos agravados en el núcleo de los delitos convencionales, haciendo merma en el mandato de “determinación”. Un excesivo estilo casuístico que genera zonas imprecisas de delimitación típica, como el caso de extorción y el secuestro (Peña Cabrera, 2016) o el peculado por extensión y la apropiación ilícita agravada.

Lo sucedido en el caso de robo agravado con muerte subsecuente y su distinción con el asesinato para facilitar otro delito fue un claro ejemplo de

infortunio que estaba propiciando, pues algunos operadores jurídicos, cegados por el populismo punitivo, no dudaron en optar por el delito que otorga una mayor represión, sin interesar la adecuada subsunción típica. Problemática que incidió en la emisión del Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, a fin de fijar líneas interpretativas que permitan a los operadores jurídicos definir una subsunción típica conforme al principio de legalidad y a los principios limitadores del ius puniendi estatal.

La realidad criminológica en nuestro país – Perú- se agudiza en el tiempo, la cual cobra cada vez más víctimas, hacen que las reformas punitivas se focalicen en el plano estricto de la sanción, mediante la exacerbación de los marcos penales de los tipos legales. Incremento de penalidad que desgaja los principios rectores del derecho penal, en su aspecto medular dando pie a valoraciones que se alejan del acto (aspecto de desvalor) por apreciación es caracterológicas, con el objetivo de apaciguar el clamor ciudadano por mayor represión. Esta situación se dramatiza al público cuando los actos que caracterizan este estado de inseguridad ciudadana son difundidos por las cámaras de los medios de comunicación social, lo cual genera el rechazo mayoritario del ciudadano ante actos que comprometen los valores propios de una sociedad democrática de derecho, esto es, cuando se impide u obstaculiza el normal desarrollo de la función policial. No es algo novedoso que cuando se ejecutan lanzamientos en ciertos inmuebles los invasores lancen piedras y palos a los agentes del orden, a fin de evitar el inminente desalojo; así también cuando se entorpece el correcto funcionamiento de los servicios públicos como el de transporte, colocando barricadas, piedras y otros objetos en las carreteras a fin de impedir el tránsito de los vehículos automotores. El legítimo derecho de protestar contra ciertas medidas públicas o la emisión de una determinada ley no otorga derecho alguno a afectar derechos fundamentales de terceros (abuso de un derecho). Lo visto en La Parada años atrás fue una muestra de cómo algunos individuos muestran un total desacato a la Ley, al orden representado por los efectivos policiales; la violencia que se expresa en dicha

rebelde actitud llega a límites insospechados, al provocar lesiones de magnitud a los custodios del orden.

El vandalismo de no pocos peruanos es el manifiesto de un irrespeto flagrante a las normas que rigen a una sociedad mínimamente civilizada. A ello se suma la poca confiabilidad de la ciudadanía hacia la Policía, en vista de la corrupción que azota dicha institución así como la poca efectividad en su lucha contra el crimen.

Llevada dicha descripción a un examen estrictamente técnico, tenemos que tales hechos se subsumen en el artículo 365 del Código Penal (En adelante CP.), violencia contra autoridad pública, con la agravante contenida en el inc. 3 del art. 367 (in fine) de la segunda tabulación de dicho injusto penal; cuando la violencia o amenaza recae sobre un miembro de la Policía Nacional. Incriminación del tipo legal agravado que cuenta con un marco penal oscilante entre los ocho a doce años de pena privativa de la libertad; sanción de excesiva drasticidad considerando el desvalor del injusto confrontando con el delito como el homicidio simple que tiene una pena no menor de seis ni mayor de veinte años o con el homicidio culposo, cuya máxima pena puede llegar a los ocho años de privación de la libertad, cuando el agente conduce el vehículo con influencia de ciertas dosis de alcohol o sustancia psicotrópica. Entonces no se puede comparar la muerte culposa o dolosa de una persona con la perturbación de la actuación policial, aun cuando el sujeto pasivo es objeto de violencia o amenaza por parte del sujeto activo. Se advierte una desproporción mayúscula entre una y otra respuesta penal, lo cual resta seriedad a los dictados político criminales del legislador y del Poder Ejecutivo, máxime si la gravedad de la sanción debe ir en estricta proporción con la relevancia del bien jurídico tutelado, por lo que la vida y la salud constituyen intereses jurídicos de mayor jerarquía que el normal funcionamiento de la administración pública (cumplimiento estricto de la ley)

Si es que la violencia que recae sobre un efectivo policial, como se ha visto un efectivo policial, como se ha visto en algunos casos de asonada social, se orienta a la lesión de los bienes jurídicos vitales del custodio del orden, la tipificación correcta son los delitos de homicidio y lesiones, conforme corresponda. Este criterio de medición tiene vinculación directa con el principio de lesividad, la armonía que debe subyacer entre la intensidad de la reacción punitiva con el contenido material del injusto típico, algo que en definitiva no ha sido respetado por el legislador (y el Poder Ejecutivo) en las últimas reformas de la ley penal. Sobre esto la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CJ-116.

Aspectos dogmáticos del delito de violencia contra la autoridad pública.-

Las leyes simbolizan las formas en cómo una sociedad se regenta en todos los ámbitos de la vida social, prescripciones que emanan de los poderes del Estado, cuya validez se somete a los procesos formativos que el sistema democrático de derecho define al respecto.

El ordenamiento jurídico importa una construcción legal de alto grado de abstracción, por lo cual su real concreción se manifiesta cuando los sujetos públicos competentes lo aplican en la vida cotidiana de los ciudadanos.

El Estado constitucional de derecho, por tanto, supone por un lado la sujeción estricta de la Ley, por parte de los funcionarios o servidores públicos repartidos en todos los estamentos de la administración pública y, por otro, el acatamiento de los ciudadanos a los dictados de la Ley., por mor a la realización de un acto público por parte de la autoridad competente. No existe derecho a la “anarquía” de impedir de propia mano que un funcionario ejecute un acto propio del cargo que desempeña, de manera que si un ciudadano no está conforme con cierta decisión pública, ha de hacer uso de los mecanismos e instrumentos legales que la

constitución y la Ley lo confiere. Sin embargo, tampoco existe derecho a la arbitrariedad y al abuso público, si un funcionario o servidor público pretende acometer un acto en franca lesión a un derecho fundamental de la persona, existe pues el derecho de resistencia, lícito como la forma legítima de evitar una afectación al contenido esencial de los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos; tampoco configuraría el delito el empleo de fuerza dirigida a resistir o evitar un acto de abuso funcional por parte de la autoridad pública (Boumpadre, 2014).

La coacción ejercida contra el funcionario debe recaer sobre un campo de absoluta ilegitimidad. Esto quiere decir que si ejerce violencia contra él para impedir que agote una arbitrariedad o una injusticia, el autor no estará cometiendo delito alguno, porque, en este caso, la violencia desempeña el papel de medio defensivo de sus propios derechos. (Ferreira, 1995)

Aspecto importante a saber es la simultaneidad que debe subyacer entre el acto de violencia (fuerza) que despliega el autor y el acto funcional de la autoridad, por lo que una vez ejecutada la actuación pública ya no es posible de estar ante esta figura del injusto penal, sin defecto de advertirse una tipificación penal común (lesiones, coacciones, etc.) ; ejemplo,. El presunto delincuente ha sido ya reducido por los agentes policiales y llevado a la comisaría, la violencia que ejerza el pariente del detenido sobre sus custodios en la comisaría o dependencia policial, no puede ser subsumido en los alcances normativos del art. 365 – 367 del Código Penal. En la jurisprudencia comparada se adopta esta postura, al acotarse que:

Para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional aún no haya comenzado; en la residencia, que aquel 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.

Constituyen actos que atentan contra el ejercicio de la actuación pública perturbándose su naturaleza ejecutiva, cuando el agente – mediante violencia o amenaza – impide a una autoridad el ejercicio de sus funciones, les obliga a practicar un determinado acto de sus funciones, le obligan a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas. Comportan, por tanto, actos coactivos, que recaen sobre la persona del funcionario o servidor público.

En conclusión, entonces 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 o facultad de autodeterminación, que podría verse constreñida o limitada por el obrar (ilícito) del agente delictual (Molina, 2003).

La protección penal acordada por este tipo penal se asienta en la necesidad de proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución.

Lo previsto en el artículo 365 del CP tiene por finalidad proteger punitivamente el normal desarrollo de las actuaciones públicas, sancionando con penal toda actuación ciudadana tendiente a obstaculizar o impedir la, siempre que de por medio exista violencia o amenaza; de no ser así, se carece de suficiente desvalor que legitima la intervención del derecho penal en un orden democrático de derecho.

En lo que respecta a la “violencia” entendida como el despliegue de una fuerza física, ha de orientarse a coartar los mecanismos de defensa del funcionario o

servidor público, en el sentido de imposibilitar la concreción de la voluntad de la Administración, que es sustituida por la voluntad del particular.

No es indispensable dice Creus (1996) que la violencia implique un despliegue muscular del agente; también lo es la provocada con procedimientos que no requieran la conjunción temporal de la actividad física del autor con el agravio corporal al funcionario (ejemplo: la realizada por medio de aparatos mecánicos predispuestos para impedir su actividad)

La violencia en derecho penal puede ser clasificada de la siguiente manera: 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, sino la utilización de otros medios a través de los cuales, finalmente, se logra doblegar la voluntad del individuo, como por ejemplo, cuando se le administra algún narcótico, con la cual se priva de sus sentidos a la víctima. Así también, cuando se atenta con fuerza sobre las cosas del ofendido, lanzar una piedra sobre el vehículo que lo traslada u otra de semejante intensidad. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando esta es usada como medio para dificultar o imposibilitar el sujeto público el ejercicio de sus funciones. (Reategui, 2015)

La violencia en cuanto fuerza muscular que dirige el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo de la acción, sin necesidad de que exteriorice resultado lesivo alguno.

Evolución histórica del Principio de Proporcionalidad.-

(Platon, 1987), al respecto señaló: Qué es lo que piensas cuando dices que es preciso no hacer diferencia entre un: ¿Qué es lo que piensas cuando dices que es preciso no hacer diferencia entre un robo grande y un robo pequeño, ni fijar tampoco

la atención en si ha sido cometido en un templo o en otro lugar sagrado, ni en ninguna de las demás circunstancias que alteran la condición del robo? Me parece que el legislador debe dictar penas diferentes según la diversidad de las condiciones del robo.

En el continente europeo, se realizó puntuales alusiones al principio de proporcionalidad en la Carta Magna de 1215, en cuyos apartados XX y XXI, se estableció la necesaria proporción entre la pena y la transgresión.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad se reafirmó, en el Derecho Público Europeo, en la época de la ilustración, en el ámbito del pensamiento contractualista iusnaturalista, que concebía al hombre como un ser dotado de libertad, atributo que le pertenecía desde antes de la conformación de las asociaciones políticas. En el estado de naturaleza, sostuvo (Locke, 1994), que el hombre es: Señor absoluto de su propia persona”, sin embargo, en este estado de absoluta libertad está expuesto a toda clase de peligros, provocados por el ejercicio ilimitado de dicha libertad. A fin de superar tal circunstancia, los individuos se ven compelidos a asociarse, sobre la base de un pacto civil, mediante el cual restringen su libertad, a cambio de que su vida, sus bienes, y su propia libertad, sean protegidos por el Estado frente a todo tipo de amenazas.

De tal postulado respecto a la fundación del Estado, se derivan los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad.

Por un lado, la directriz que en toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo a su propia determinación; y por otro, como correlato de lo anterior, que el Estado debe intervenir en la libertad del individuo, sólo en los casos necesarios y en la medida imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás, y de los intereses esenciales de la comunidad (Bernal, 2003).

En ese sentido, (Montesquieu, 2003), señalaba que en el ámbito de la pena “es esencial que las penas guarden entre sí cierta armonía, porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofenda a la sociedad que lo que menos la hiera”(pág.138).

Esta concepción, constituyó la base para que posteriormente en el ámbito jurídico, se exigiera que la intervención del Estado en la libertad individual fuese proporcionada.

Entre las primeras manifestaciones de esta exigencia, y en el ámbito del derecho penal, se puede mencionar a (Becarria, 2015), quien sostuvo que “debe existir una proporción entre los delitos y las penas” (pág.25). Esta doctrina fue recogida en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”. Sin embargo, recién posteriormente y tomando como apoyo la filosofía de la ilustración, dicho principio adoptó un concepto propio.

En el Derecho de Policía de Prusia, Carl Glottlieb Svarez, esbozó los sub principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo en dicho país se consideró que el ejercicio del poder delegado en la Monarquía y en la Administración sólo era legítimo, cuando se encaminaba hacia la persecución de fines relevantes para la comunidad. A la confluencia de los principios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que formaron parte de un único concepto jurídico, se le dio el nombre del principio de proporcionalidad en sentido amplio o de principio de prohibición de exceso, ya adquirió el rango del principio de Derecho de Policía (Bernal, 2003).

A partir de ahí, el principio de proporcionalidad, se ha expandido incesantemente en el Derecho Público Europeo, hasta convertirse en un instrumento imprescindible para determinar el respeto a los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios. Así, en el siglo XIX, comenzó a aplicarse en las

diversas áreas del Derecho administrativo alemán. El principal factor, para que tuviera lugar tal estado de cosas, fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado.

Un hito particularmente importante, tras la segunda guerra mundial, fue la aprobación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950, donde el principio de proporcionalidad encuentra consagración al establecerse que las injerencias a las libertades que reconoce, solo se admitirán cuando sean necesarias en una sociedad democrática para el cumplimiento de los objetivos que se precisan en los artículos 8, 9, 10 y 11 del mencionado Convenio.

Posteriormente, la utilización del principio de proporcionalidad se generalizó en las jurisdicciones administrativas europeas, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración. Así, la jurisdicción francesa e italiana aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial de aquéllos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales (Bernal, 2003)

E incluso en la jurisprudencia comunitaria el principio de proporcionalidad ha tenido un desarrollo importante. En ese sentido (Barnes, 1994), afirma que: La jurisprudencia comunitaria, por su parte, lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970 en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que le han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como « el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común» y de que sea considerado como un supra principio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamen que emane la Comunidad. Y es que, en efecto, entre los principios generales no escritos del Derecho Comunitario originario que el TJCE ha inducido por la vía del análisis comparado de los ordenamientos nacionales emerge, en lugar preeminente, el principio de proporcionalidad, al lado de los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica (confianza legítima) y de la tabla de derechos y libertades, lo que ha terminado por reflejarse en el propio Tratado de la Unión Europea al positivizar el artículo 3B, párrafo 3.º, TCE (en el ámbito del

ejercicio de competencias comunitarias) la proporcionalidad en los siguientes términos: «ninguna acción de la Comunidad excederá delo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado»(pág.498).

Actualmente el principio de proporcionalidad se utiliza de modo incuestionable, en el Derecho Administrativo: En particular en relación a la imposición de sanciones disciplinarias, pero también, de modo general, en cualquier ámbito de actuación estatal donde se restrinja libertades individuales, convirtiéndose así en principio rector fundamental que opera, como límite material al ejercicio de aquella actividad estatal que actúa sobre ámbitos de libertad de los ciudadanos y como instrumento en el control jurídico de decisiones discrecionales (Perello, 1997)

La utilización del mencionado principio, se ha generalizado en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En el proceso penal, constituye el punto de partida para delimitar la aplicación de cualquier medida de carácter cautelar o de indagación probatoria que pueda adoptarse, obligando a atender el necesario equilibrio entre las ideas de libertad y de seguridad y el correcto desarrollo de la búsqueda de una verdad material que, no puede, pretenderse lograr a cualquier precio (Barona, 2005).

Asimismo, en el Derecho Europeo, su existencia se ha consolidado con el expreso reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en el año 2000 por el Parlamento Europeo, cuyo artículo 149, prescribe que “(...) la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción”.

También es importante, agregar que la interpretación del Tribunal Constitucional Alemán, junto a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido fundamental en la formulación actual del principio.

Aproximación al concepto del principio de proporcionalidad.-

– **Status jurídico.**

En la doctrina se ha propuesto hasta tres tesis en relación al status jurídico del principio de proporcionalidad: a) es un principio general del Derecho; b) es un límite de los límites de los derechos fundamentales; y c) es un criterio estructural para determinar el contenido de los derechos fundamentales. A continuación, trataremos brevemente cada una de ellas.

a) Principio General del Derecho.-

El principio de proporcionalidad constituye un principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto (Aguado, 1999) con la finalidad básicamente de limitar, en cualquier ámbito-y especialmente en los que se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales-,la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultad es de actuación.

Por esa razón (De la Mata, 2007) señala que: En la doctrina existe consenso, en entender que se trata de un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable, por ello a todo el ordenamiento jurídico. Su significado, ha de estar presente especialmente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos o libertades. El principio de proporcionalidad en cada sector jurídico no es sino una especie o rama del tronco común, pero su alcance y ámbito de aplicación si será diferente atendiendo al resto de principios que informen cada uno de ellas y a los propios presupuestos que definan su finalidad.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N°010-2002-AI/TC, fundamento 195 y 197, al respecto precisó que:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no(...)En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material.

Tal postura ha sido objeto de críticas en la doctrina, porque: Las propiedades de los principios generales del Derecho son más crípticas, ambiguas y evanescentes que los rasgos del principio de proporcionalidad, al no existir claridad suficiente sobre su significado como categoría conceptual, así como tampoco sobre el fundamento de validez jurídica de cada uno de ellos, ni sobre la manera de identificarlos, ni de definir sus ámbitos y criterios de aplicación (Bernal, 2003).

b) Límite de los límites a los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad constituye una barrera tendiente a acotar el ámbito de las limitaciones que el poder público impone a los derechos fundamentales.

En ese sentido (Medida, 1997) considera que: Los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo de tallado de mandatos y prohibiciones, destinados a regular la acción política

del Parlamento. Por el contrario, el legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos, para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política. Sin embargo, como quiera que el ejercicio de esta libertad puede implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites. Tales límites están conformados por el principio de proporcionalidad y la cláusula del contenido esencial (pág.115).

En similar sentido, (Bacigalupo, 2007), señala que: La expresión "límite de los límites de los derechos fundamentales" pone de relieve esencialmente, que la habilitación constitucional al Legislador para que configure y restrinja tales derechos de acuerdo con los criterios derivados de la conveniencia política, no supone necesariamente el abandono de la libertad a las decisiones de las mayorías políticas de turno. El Parlamento tiene un ámbito de actuación discrecional, pero debe respetar los límites de los límites a los derechos fundamentales (pág.299).

c) Criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.-

Al respecto (Bernal, 2003) señala: Que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución (pág.75).

Es de añadir, conforme a esta postura que tal función del principio de proporcionalidad, se puede extrapolar a cualquier medida que limite algún derecho fundamental, a efecto de determinar si tal restricción es o no constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano, parece asumir esta posición, al precisar en la sentencia N° 2192-2004-AA/TC, fundamento dieciocho, que:

El principio de proporcionalidad (...) está estructurado por tres subprincipios: De necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), si no también deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada”.

De la lectura de lo argumentado por el mencionado Tribunal, se aprecia, que el principio de proporcionalidad constituye una herramienta de interpretación que permite determinar el contenido esencial de los derechos o bienes constitucionales en juego en un determinado caso, para luego aplicar, el subprincipio de ponderación.

En conclusión, según esta tesis el principio de proporcionalidad, es un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos

fundamentales vinculante para el Legislador. Es decir, cumple la función de fundamentar la concreción de las normas iusfundamentales adscritas en los casos difíciles (Bernal, 2003)

El principio de proporcionalidad y la ponderación.-

En la doctrina y jurisprudencia constitucional, en muchos casos tales términos son utilizados como sinónimos. Por eso (Bernal, 2003) afirma que: Con bastante probabilidad una de las causas de este uso inconsistente estriba en la pluralidad de significados que puede adscribirse al término ponderación. Por ponderación se puede tender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contra puesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen (pág.563).

(Barnes, 1994), a firma al respecto que:

La ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan solo preocupada por la razonable relación de costos y beneficios.

La ponderación consiste en el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos y valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego (pág.35).

Para efecto del presente trabajo, tomaremos la diferencia entre ambos conceptos que propone (Bernal, 2003), quien afirma que:

La ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado (pág.564).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N°045-2004-PI/TC, fundamento 33, precisó que el principio de proporcionalidad en el análisis de la igualdad: Ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes: (...) a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación (...) b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad (...) c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin) (...) d) Examen de idoneidad (...) e) Examen de necesidad (...) f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”, y en el fundamento 40, añadió que “Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta:(...)“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (...) Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación–o no realización–de un principio y la satisfacción–o realización–del otro.

El principio de proporcionalidad y la razonabilidad.-

La similitud entre ambos conceptos estriba en que apuntan al mismo objetivo de evitar arbitrariedad, pero guardan ciertas diferencias, no sólo en su contenido, sino en

su evolución histórica. La razonabilidad tiene su origen en el Derecho anglosajón y la proporcionalidad en el derecho europeo continental.

Sobre la relación que existe entre ambos conceptos, en la literatura especializada se ha señalado que: Parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (Ignacio & Zuñiga, 2011) Y respecto al procedimiento y el ámbito de aplicación de los mencionados principios, se ha precisado que:

(...) si bien en Estados Unidos y en Alemania los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se manifiestan en estos parámetros concretos de control de los actos potestativos de los poderes públicos, sus ámbitos de aplicación son diferentes. Así (...) en Estados Unidos el test resulta aplicable fundamentalmente a los actos de regulación o limitación de la actividad económica y de la propiedad. Por su parte, en Alemania y en los países en que opera el juicio de proporcionalidad, éste se aplica en general a todo acto de regulación o limitación del ejercicio de derechos” (Ignacio & Zuñiga, 2011).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N°0261-2003-AA/TC, fundamento 3.2, al desarrollar el principio de igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación, señaló que: (...) la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica ;d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad”.

Del análisis de tal postura, se puede inferir que: Para determinar si hay afectación o no en un caso concreto al principio de igualdad, proporcionalidad, pues la razonabilidad en su aspecto subjetivo, constituye la conclusión de un proceso de interpretación, lleno de ponderaciones y meditaciones que realiza el juez, inspirado en los valores o principios que informan su conciencia jurídica y atendiendo a las circunstancias que con notan los hechos (Haro, 2001)

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N°2192-2004-AA/TC, fundamento quince, dejó entrever que ambos conceptos son diferentes, pero que tienen grandes convergencias, pese a que los asimila al derivarlos de los mismos preceptos constitucionales, al precisar que:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en su artículo 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

1.2. Justificación de la Investigación.-

La investigación científica no es una inspiración poética o literaria, menos el resultado de las buenas voluntades o caprichos de las personas. Ella surge por una necesidad, como un propósito definido y ese propósito debe ser suficientemente relevante o importante para que justifique su realización. (Aranzamendi, 2015)

La investigación que presentamos representa un estudio de tipo no experimental, cuyo título es: “Aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz”, basa y justifica su facticidad, factibilidad y relevancia social en lo siguiente:

Por su **relevancia social**: La investigación es de relevancia social por cuanto va contribuir a la mejor formación profesional de los estudiantes de pregrado, del programa de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Pedro – Filial Huaraz, y también coadyuvará al mejor desempeño profesional de los operadores del derecho (Jueces, Fiscales y Abogados de la defensa libre), en ejercicio.

Desde el punto de la implicancia **práctica**, esta investigación va a contribuir a la mejor comprensión del tema referido a la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz, lo que repercutirá en el mejor desenvolvimiento de la labor profesional de los operadores del derecho cuando tengan que abordar el tema relacionado con la desobediencia y resistencia a la autoridad policial.

Desde el punto de **valor teórico**, el trabajo de investigación nos permitirá conocer y analizar los aspectos dogmáticos jurídicos, jurisprudenciales de la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz, dado que la misma es una

herramienta de trabajo para los operadores del sistema de justicia penal, así como para quienes tienen la responsabilidad de diseñar nuestra política criminal, que desde nuestra perspectiva, debe responder a la necesidad de enfrentar el incremento de la violencia social en el marco del respeto de los derechos fundamentales de las personas,. En este sentido, es importante analizar el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad forma parte de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares —entendidos estos como personas naturales que actúan como tal o en representación de una persona jurídica—, pero también puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos, siempre que estos se encuentren obligados de acatar la orden determinada impartida por un funcionario público en el ejercicio legal de sus funciones. Es decir, se trata de un ilícito penal que puede ser cometido tanto por particulares o *extraneus* —que no tienen relación funcional con la administración pública— como también por funcionarios o servidores públicos distintos —*extraneus*— de la autoridad que imparte una orden o mandato de cumplimiento obligatorio; para cuya configuración es condición necesaria la existencia de una orden o mandato impartidos por funcionario competente en ejercicio legítimo de sus funciones y que necesariamente debe ser de cabal conocimiento y cumplimiento por parte del sujeto activo, quien, pese a conocer su deber de acatamiento, incumple el mandato emanado por el funcionario estatal con poder de decisión.

Por su utilidad **metodológica**, esta investigación generará la aplicación correcta de un método de investigación para organizar un conocimiento válido y confiable dentro del área de la Ciencias Políticas – Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Por otra parte, en cuanto a su alcance, esta investigación abrirá nuevos caminos para los estudiantes de otras universidades y operadores jurídicos en el ejercicio profesional que, por modificaciones permanentes de las normas jurídicas y los planes de estudio no tuvieron la oportunidad de estudiar esta materia o a aquellos abogados que no están especializados en derecho procesal penal y procesal penal.

Por último, profesionalmente permitirá poner en manifiesto los conocimientos adquiridos durante la carrera, a la vez que sentará las bases para otros estudios que surjan partiendo de la problemática aquí especificada.

1.3. Problema.-

1.3.1. Formulación del Problema.-

Problema General.-

¿En qué medida existe la vulneración del Principio de Proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policia en el Sistema Penal Peruano

Problemas Específicos. -

- a) ¿Cuáles son los factores objetivos que determinaron que el Legislador señale una pena en abstracto superior para el Delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en relación al Delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano, vulnerando así el principio de proporcionalidad razonabilidad de las penas?
- b) ¿Cuáles son los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en Sistema Penal Peruano?

1.4. Definición Conceptual y Operacionalización de las Variables.-

Una variable no es otra cosa que una propiedad o condición que puede variar y cuya variación es susceptible a ser medida. (Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010). Las variables adquieren valor para la investigación científica cuando pueden ser relacionadas entre sí.

Las variables están ligadas con un concepto muy importante dentro de la investigación científica, con el de operacionalización; ahora bien este proceso consiste en establecer las variables y hacerlas susceptibles de un mejor manejo; esto es posible a través de dividir las variables en elementos para que puedan ser mejor utilizados en la investigación. (Ramos, 2014)

Empero, el uso de las variables en el campo de las investigaciones jurídicas, es pertinente cuando se trata de trabajos de campo, a saber, la medición de la población penitenciaria, el establecimiento estadístico de la violencia doméstica en cierta área geográfica, la magnitud de la causa de adulterio en algún juzgado de familia. (Ramos, 2014)

El uso de variables en investigaciones como la nuestra, que es de indole dogmático – jurídico es un despropósito, que solo satisface las exigencias de esquemas de proyectos e informes de tesis de algunas universidades, que son el reflejo de un marco positivismo inmaduro. Como lo puntualiza además (Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010), que el uso de variables dependientes e independientes se da en el caso de hipótesis causales.

1.4.1. Variables.-

Las variables de la presente investigación son:

- **Variable Independiente (X):**
Principio de Proporcionalidad

Principio de Razonabilidad

- **Variable Dependiente (Y):**

Y1: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad Policial.

1.4.1.1. Operacionalización de Variables:

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores
X: Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad	El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo.	Existe una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquella, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina - Normatividad. - Criterio de aplicación - Problemas

		(Ignacio & Zuñiga, 2011)	
Y: Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad Policial	El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad se encuentra previsto en el artículo 368 del Código Penal, que sanciona la conducta del agente que no cumple u obstruye la orden impartida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones.	Estas figuras penales tienen como finalidad combatir las conductas obstruccionistas de las personas frente a los actos ejecutivos de la administración pública, que pone en marcha el aparato estatal para lograr el buen funcionamiento de la administración pública y el bien común de las personas.	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina - Número de casos - Normatividad - Criterios de aplicación - Ejecución - Problemas - Modalidades - Sentencias

1.4.2. Delimitación Teórica, espacial y temporal de la investigación.-

Teórica.-

La presente investigación tiene como área de investigación el Derecho Procesal Penal, para ellos se harán uso de las teorías jurídicas a fin de

justificar el problema de investigación, desarrollándose contenidos temáticos relacionados a los siguientes temas: principio de proporcionalidad, principio de razonabilidad, teoría del delito, la pena, delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, garantismo penal, el derecho peruano constitucionalizado.

Espacial.-

La presente investigación tiene como delimitación geográfica o espacial el ámbito nacional

Temporal.-

La investigación se ejecutará durante el año 2017- 2018.

1.5. Hipótesis Jurídica.-

La hipótesis jurídica son proposiciones que se formulan en torno a los fenómenos pertenecientes al mundo del Derecho. Tienen por ello algunas características que les son particulares. En toda hipótesis jurídica debe haber una base objetiva. Esta puede emanar de la legislación positiva sobre una institución, o de un principio o base conceptual doctrinario aceptado por la ciencia jurídica. (Ramos, 2014).

En la presente investigación la base objetiva de nuestra hipótesis jurídica emana en primer término sobre la base doctrinaria aceptada por la ciencia jurídica contemporánea, referido a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional respecto a la aplicación adecuadamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad al determinar la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad en el Sistema Penal Peruano, regulado en el artículo 367° del Código Penal de 1991. Por lo que en el presente trabajo de investigación nos planteamos la siguiente hipótesis jurídica.

Sí se vulnera el Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las sanciones en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en relación al Delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano.

1.6. Objetivos.-

Los enunciados que pretendemos alcanzar en la investigación con relación al objeto de estudio son:

1.6.1. Objetivo General.-

Determinar si existe la vulneración del Principio de Proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial en el Sistema Penal Peruano.

1.6.2. Objetivos Específicos.-

- Precisar los factores objetivos que determinaron que el Legislador señale una pena en abstracto superior para el Delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en relación al Delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano, vulnerando así el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas.
- Determinar y describir los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en Sistema Penal Peruano.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

II. METODOLOGÍA. -

2.1. Paradigma epistemológico para interpretar el estado de la cuestión.-

El modelo (paradigma) teórico que nos permitió explicar e interpretar la situación de la realidad en el contexto científico, fue la postura del **positivismo o empirismo lógico**. Optar por este paradigma se debió –pese estar a favor del modelo racionalismo crítico- a la exigencia administrativa y metodológica del esquema de investigación de la Universidad San Pedro.

El principio fundamental del positivismo y el neopositivismo es: no existe conocimiento que no provenga de la percepción. La importancia se da al rigor en las técnicas para obtener el conocimiento; se insiste en la cuantificación, y se afirma la unidad de la ciencia, es decir, la semejanza de todas las ciencias del hombre.

2.2. Tipo de Investigación.-

Corresponde a una investigación **Dogmática Jurídica - Empírica** (Solis, 1991), que en esencia no le compete sólo conocer un derecho preestablecido, sino también proporcionar soluciones jurídicas allí donde son necesarias y no están dadas de antemano por el Derecho Positivo. Por lo que en la presente investigación nos proponemos analizar y determinar el tratamiento a nivel judicial de las características, tendencias y consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en el Sistema Penal Peruano,

vulnerando así el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas, y en su dimensión empírica precisar los factores objetivos que determinaron que el Legislador señale una pena en abstracto superior para el Delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en relación al Delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano, vulnerando así el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas.

2.3. Diseño de Investigación.-

Con el propósito de resolver el problema, se partió del siguiente diseño de investigación en la cual se obtuvo información a partir de un grupo y en la modalidad de corte transversal en el tiempo.

Tipo de Diseño.-

Corresponde a la denominada No Experimental (Robles, 2012), debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no paseó grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico en el problema después de la ocurrencia.

Diseño General.-

Se empleó el diseño **Transversal** (Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010), cuya finalidad fue recolectar datos del fenómeno de estudio del hecho jurídico en un sólo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2017 - 2018.

Diseño Específico.-

Se empleó el diseño causal - explicativo (Ramos, 2014), toda vez que se establece una relación de cierta relación de causa efecto entre las variables Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad y el Delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, y desde el nivel explicativo se pretendió establecer las causas de los eventos, sucesos o fenómenos jurídicos que se estudian. Por lo que en la presente investigación fuimos más allá de la simple descripción o del establecimiento de relaciones entre los conceptos. Responde por las causas de los hechos o fenómenos jurídicos.

2.4. Población y Muestra.-

2.4.1. Clase de la Muestra.-

- **Tipo de Muestra:** No Probabilística
- **Técnica Muestra:** Intencional
- **Unidad de Muestreo:** Expedientes judiciales

Documentos:

- Sentencias del Tribunal Constitucional en relación al: Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las Penas.
 - Tribunal Constitucional, en la sentencia N°010-2002-AI/TC,
 - Tribunal Constitucional, en la sentencia N°0261-2003-AA/TC,
 - Tribunal Constitucional, en la sentencia N°045-2004-PI/TC
 - Tribunal Constitucional, en la sentencia N°2192-2004-AA/TC,
- Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2016/CIJ-116, establecido por la Corte Suprema.

2.5. Método. -

El derecho está impregnado de sistemática, y como tal esconde una metódica que le es inherente. El método se acerca al Derecho en dos momentos cruciales cuando se *investiga* y cuando se interpreta (Ramos, 2014). Por lo que en la presente investigación nos avocaremos a la primera antes mencionada – investiga-; respecto al tema de la teoría de la argumentación jurídica y la motivación de las resoluciones judiciales, la misma que se convirtió en el objeto de indagación científica en el presente estudio.

Los métodos jurídicos (Zelayarán, 2000) específicos que se emplearon en la presente investigación fueron:

Método Dogmático.- Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleara en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método Hermenéutico.- La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del

pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método Exegético.- Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Método Argumentación Jurídica.- La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

Método fenomenológico.- Para este método los fenómenos sociales y jurídicos pueden ser objeto del conocimiento mediante la percepción de sus procesos de manifestación en el contexto de la realidad social, hasta el conocimiento de su naturaleza o esencia, que lo distingue de otros hechos o fenómenos en su dimensión histórica, es decir, en sus modificaciones y cambios en el tiempo y en el espacio

geográfico y social, las que determinan la validez de las concepciones, normas e instituciones.

2.6. Técnicas e Instrumentos de Investigación.-

Son técnicas de investigación, los diversos procedimientos metodológicos, estrategias y análisis documentales utilizados para acopiar procesar la información necesaria. (Aranzamendi, 2015)

La técnica en la investigación jurídica tiene por objeto la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genérico o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes del conocimiento jurídico; en la hora de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. (Bascañan, 2011)

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio. También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar el estudio, revisión y análisis de los problemas identificados en la investigación referidos a la argumentación jurídica y la motivación de las resoluciones judiciales (Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia).

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en base al logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

III. RESULTADOS. -

3.1. Presentación de la unidad de análisis.-

La unidad muestral en la presente investigación estuvo constituida por documentales tales como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad referente a los fundamentos jurídicos dogmáticos de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, regulado en el artículo 367 del Código Penal de 1991; así como sobre sus modalidades agravadas específicas.

La unidad muestral en la presente investigación estuvo constituida por documentales tales como las sentencias del Tribunal Constitucional en relación al: Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las Penas y el Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2016/CIJ-116, establecido por la Corte Suprema.

3.2. Resultados Teóricos.-

3.2.1. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad y razonabilidad.-

El rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido fundamentado a partir de diversos principios y valores contenidos en forma expresa en las Constituciones de los Estados donde se aplicó para resolver un determinado caso. En resumen, se puede afirmar que el rango constitucional del principio de proporcionalidad, se puede sostener a partir de: a) el carácter jurídico de los derechos fundamentales; b) la idea de justicia; c) el principio del Estado de Derecho; y d) el principio de interdicción de la arbitrariedad.

A. El carácter jurídico de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad debe considerarse como un concepto implicado por el

carácter jurídico de los derechos fundamentales. Los subprincipios de la proporcionalidad son el correlato del carácter jurídico de mandatos de optimización de las normas iusfundamentales de principio (Bernal, 2003).

La adhesión a esta postura por el Tribunal Constitucional peruano, se puede inferir a partir de sus pronunciamientos donde ha trazado un nexo entre el principio proporcionalidad y algunos derechos fundamentales específicos, como el derecho a la libertad personal y el principio de igualdad. Así por ejemplo en la sentencia N°02386- 2014-PHC/TC, fundamento octavo, señaló que:

El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto. El artículo 2. °, inciso 24), literales a) y b), de la Constitución Política del Perú establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley (...) la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado; y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.

B. Premisa para la aplicación del principio de proporcionalidad: considerar a los derechos fundamentales como principios.-

- Los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, sino también por principios.
- El reconocimiento de la existencia de principios en un ordenamiento jurídico implica, a su vez, el reconocimiento de una nueva forma de aplicar el Derecho: la Ponderación.

- Los principios son normas no entendidas en el sentido clásico, sino que son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.
- Los derechos fundamentales constituyen, en consecuencia, el ejemplo más claro de principios en el ordenamiento jurídico. Por tanto, y como dice Alexy, el principio de proporcionalidad resulta consustancial al modelo de principios que representan los derechos fundamentales en el Estado democrático.
- La Ponderación aparece como la forma en que se aplican los principios. Es decir, como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso

C. El Test de Proporcionalidad: estructura

- El principio de proporcionalidad también es una estructura, es decir, una técnica argumentativa para resolver conflictos de derechos.
- Sin embargo, en tanto estructura ya no cabe hablar del principio de proporcionalidad, sino del test de proporcionalidad.
- El objeto del Test de Proporcionalidad será establecer una correcta relación de preferencia (o precedencia) condicionada entre los principios o derechos en conflicto. Logrando, asimismo, la reducción de los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales.

- Y para verificar las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de los principios (o derechos fundamentales como mandatos de optimización), el Test de Proporcionalidad apela a tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

3.2.2. La agravante del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial: tipicidad y determinación judicial de la pena.-

En los últimos años, han ocurrido casos de delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, en las cuales se ha impuesto penas de privativas de la libertad que han generado debate en la opinión pública, respecto a la proporcionalidad de la misma.

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

Por su parte, el ex decano del Colegio de Abogados de Lima, Mario Amoretti; refiriéndose a los hechos materia del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, opinó que la ley que establece las penas para este tipo de comportamientos *“es muy dura y no es proporcional”*: *“La ley está muy dura y no es proporcional, porque si un Policía golpea y causa lesiones graves a una persona, a un ciudadano común y corriente, el máximo de*

la pena es de ocho años (...) y el resistirse, en este caso, a la imposición de una papeleta, la pena no es menor de ocho y máximo de 12 años.

Un caso notorio de **violencia y resistencia contra la autoridad policial** fue el de Silvana Buscaglia Zapler, quien fue condenada a seis años y ocho meses de pena privativa de la libertad, en aplicación de la nueva ley de flagrancia.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el **II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias**, expidió el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116. El asunto fue “*La agravante del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial: Tipicidad y determinación judicial de la pena*”; que se publicó en el diario oficial “El Peruano”, el día 4 de agosto de 2016. En concreto, se analiza el agravante configurado en el inciso 3 del segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal.

3.2.3. El delito de resistencia y violencia contra la autoridad policial.-

A. Descripción legal.-

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. (...)*

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

2. *El hecho se comete a mano armada. (...)*

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, en el ejercicio de sus funciones (...).

El legislador peruano modificó, en cuatro oportunidades, el artículo 367 del Código Penal; siendo la primera oportunidad por **Ley 27937**, publicada el 12 de febrero del 2003; la segunda ocasión por **Ley 28878**, publicada el 17 de agosto del 2006; la tercera vez por el **Decreto Legislativo 982** publicada el 22 de julio del 2007; y la cuarta oportunidad, fue por la **Ley 30054**, publicada el 30 de junio del 2013.

Es en la segunda modificación, **Ley 28878**, que se incorpora el inciso 3 del artículo 367 del Código Penal: “*El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones*”.

Por otro lado, la pena también fue distinta en cada modificatoria:

LEY 28878	D. LEGISLATIVO 982	LEY 30054
La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años.	La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años.	La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

En consecuencia, la agravante del *inciso 3 del artículo 367* se aplicará para las conductas del tipo básico de los artículos 365 y 366 del Código Penal, cuyo contenido es el siguiente:

Violencia contra la autoridad para obligarle a algo	Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones
<p>Artículo 365.- 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.</p>	<p>Artículo 366.- 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.</p>

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIONES.-

4.1. Análisis y Discusiones.-

4.1.1. Análisis del Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2016/CIJ-116.-

A. Base Legal. -

Artículo 116 TUO LOPJ

B. Asunto,-

La agravante del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial: tipicidad y determinación judicial de la pena.

C. Doctrina Legal.-

Fundamentos jurídicos 16 al 23.

Lo primero que habría que tomar en cuenta, es que la Corte Suprema considera que el problema principal, en el marco de la aplicación de los artículos 366 y 367 del CP, fue el no apreciar adecuadamente la aplicación del “*principio de proporcionalidad*” (fundamento 12), como “*ayuda a la verificación constitucional de la norma*”; en tanto “*no solamente se compone de elementos normativos y descriptivos, en la misma cohabitan derechos fundamentales*”, debiendo estar sujeta y conforme a la Constitución.

El Supremo Tribunal sugiere hacer un test de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la norma (fundamento 13), pasando por un triple filtro: el primero de **adecuación o idoneidad** (si la norma coadyuva a un fin constitucionalmente legítimo); el segundo de **necesidad** (verificación de si no existe un mecanismo alternativo que permita lograr el fin constitucional); y el tercero de **proporcionalidad** (implica la evaluación de los efectos positivos o negativos de la norma, de ello dependerá su constitucionalidad).

Asimismo, se resalta que el sistema penal está sometido a la Constitución (fundamento 14), debiendo interpretarse las normas que la componen (sean de naturaleza material o procesal), de acuerdo a sus principios (se mencionan el de **legalidad**, el de **lesividad** y el de **culpabilidad**). De esta manera, la característica de *última ratio* de la norma penal (reiteramos cualquiera sea su naturaleza), no es meramente enunciativa, sino que el comportamiento reprimido “*cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal*”.

Tipicidad objetiva: conducta típica:

En principio, los fundamentos jurídicos del 16 al 20 abordan la conducta típica que comprende la agravante del inciso 3 del párrafo segundo del artículo 367 del Código Penal, **específicamente el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial**, veamos las conclusiones que se tiene:

a) La agravante no sobrecriminaliza.-

Esta agravante **NO FUE** construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales; los cuales, de producirse, tendrían tipicidad formal y material:

- En el **DELITO** de resistencia o desobediencia a la autoridad, artículo 368 del Código Penal; así como en el delito de injuria, tipificado en el artículo 130 del Código Penal.
- **FALTAS** contra la tranquilidad pública, artículo 452 incisos 3 y 5 del Código Penal.

b) La agravante es residual y subsidiaria.-

El delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial SOLO puede configurarse y ser sancionado cuando, en el caso judicial, no se den los presupuestos **objetivos y subjetivos** que tipifican, de manera independiente, los siguientes delitos:

- Homicidio calificado por la condición funcional del sujeto pasivo, artículo 108-A del Código Penal.
- Sicariato, artículo 108-C, inciso 5 del Código Penal.
- Lesiones graves dolosas, artículo 121 párrafos 5 y 6 del C.P.
- Lesiones Leves Dolosas, artículo 122 incisos 3, literal a y 4 del C.P.
- Artículo 130 del Código Penal.
- Artículo 152 inciso 3 del Código Penal.

Según la RAE, residual, significa “pertenciente o relativo al residuo”. Por su parte, el significado de **subsidiariedad** es, “calidad de subsidiario” y este último significa “que suple a otra principal”.

Es pertinente que el Acuerdo Plenario haya precisado la residualidad y subsidiariedad de la agravante contemplada en el artículo 367 del Código Penal, que debe operar siempre y cuando **no haya eficacia de otros delitos dolosos**, que impliquen una mayor afectación a los bienes jurídicos como la vida, la salud o la libertad de los efectivos policiales.

c) Conducta típica

El delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado en contra de un miembro de la Policía Nacional; abarca únicamente aquellos actos que, mediante amenazas o agresiones físicas, **rechazan el *ius imperium* del Estado**. Representando, en el ejercicio del poder, competencias y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce; es decir, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad.

La violencia es la fuerza física (*vis absoluta*) que se emplea directa o indirectamente contra el agente estatal; **implica el ejercicio de la fuerza** sobre el funcionario con entidad suficiente para impedir o trabar el acto de autoridad. La violencia física solo se configura cuando el funcionario estatal, pese a los actos de resistencia no es capaz de anular dicha fuerza, por ser grave, seria y actual (Mendoza, 2016).

Siguiendo a (Mendoza, 2016) , señalaremos:

Que la violencia será *grave* si se tiende a lesionar intereses vitales del sujeto pasivo y que no admita una reparación más o menos rápida del bien jurídico. No configuraría, por ejemplo, si la violencia ejercida por el sujeto activo, para impedir o trabar el acto de autoridad, es vencida.

Que sea seria, implica que **debe ser idónea para impedir o trabar la ejecución del acto funcional**; para ello, es necesario ponderar la intimidación o violencia que emplea el sujeto activo con la capacidad de fuerza habilitada del operador estatal. Nunca podría equipararse la violencia descontrolada de un ebrio, con el acto de fuerza organizada y controlada del funcionario estatal.

Que sea actual, supone que el acto de intimidación o violencia se produzca en el momento en que el funcionario público está realizando un acto propio de su función y con riesgo cierto de su no ejecución.

Por su parte, la intimidación es la amenaza (*vis compulsiva*) de un mal a la persona del funcionario, a sus derechos o intereses; debe ser idóneo, con arreglo a las circunstancias del hecho, para infundir miedo, justo temor en el funcionario y de suficiente entidad para **doblegar la voluntad** del agente estatal. Este medio típico requiere, para su configuración, también de la concurrencia de los requisitos de gravedad, seriedad e inminencia; por ejemplo, la amenaza con una pistola para impedir o trabar la realización del acto de autoridad (Mendoza, 2016).

El delito de violencia y resistencia a la autoridad es un delito de resultado.

Señala el Acuerdo, que la relevancia y punibilidad tienen que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a **atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales**, que ejercen o ejercieron sus funciones.

La proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.-

Entre los fundamentos jurídicos 21 al 23, el Acuerdo hace un análisis, a fin de sustentar la proporcionalidad en la determinación judicial de la pena; rol que debemos asumir los jueces, al resolver un *sub judice* en el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial conforme al agravante del inciso 3 del artículo 367 del Código Penal.

a) Bien jurídico protegido

(Donna, 2003) sostiene, refiriéndose al delito de atentado contra la autoridad en el Código Penal Argentino, que la protección para este tipo penal se asienta en la necesidad de **proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan**

las autoridades y sus agentes para asegurar su completo y eficaz ejecución. Agrega que es preciso proteger las funciones que desempeña el funcionario público que, de una manera más amplia, afirma que el bien jurídico protegido es la integridad de la organización estatal de las autoridades.

(Manuel A. V., 2017), refiriéndose al bien jurídico en este delito, refiere que es la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de sus funciones; pues el sujeto activo quiere superponer (imponer) su voluntad a la voluntad del funcionario.

El bien jurídico tutelado es el **libre ejercicio de la función pública**, sin el cual no es posible el normal desenvolvimiento de la administración. De manera que, cuando el agente impide, obliga o estorba el ejercicio de las funciones públicas, utilizando medios violentos físicos o psíquicos; no hace más que atacar la libertad con que se debe prestar la administración pública (Hugo, 2017).

El Acuerdo refiere en el F.J. 19, que el objeto de protección penal en el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, *está constituido por el poder legítimo que ésta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros*. Indica que los jueces tienen el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación al bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada.

b) Determinación judicial de la pena.-

En este punto, la Corte Suprema, ha establecido principios jurisdiccionales que merecen la atención de los operadores jurídicos.

Conducta	Pena por delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial
1) Si es que la violencia ejercida contra la	No sobrepasa la pena mínima fijada

autoridad policial NO ocasionó siquiera lesiones leves.	para las lesiones leves en el artículo 122 inciso 3 literal a del Código Penal.
2) Si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves a la autoridad policial.	La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años . Artículo 122 inciso 3 literal a del Código Penal.
3) Si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones graves a la autoridad policial.	La pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de doce años . Artículo 121 segundo párrafo del Código Penal.

(Prado, 2016), puntualiza al respecto:

El órgano jurisdiccional, en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción). La determinación judicial de la pena tiene relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito.

Agrega (Prado, 2016) que la determinación judicial de la pena, alude a “*toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para*

identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub judice”.

El punto de la **determinación judicial de la pena**, en el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, era el más debatible a nivel de la opinión pública.

Las penas a imponerse para este delito, en comparación con otros tipos penales aún más gravosos, resulta elevada. Asimismo, **la legislación comparada** –tomando como referencia a dos Estados- muestra que el delito de violencia y resistencia contra un policía, en España, tiene privativa de la libertad de 4 a 6 años; mientras que en Chile, tiene una pena de 2 años a 500 días.

Considero vital citar a (Yenissey, 2017) quien señala que el concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducida para limitar al *ius puniendi*. Este principio 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 que 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.

El Acuerdo señala en su fundamento jurídico 21:

[L]a aplicación de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción violenta para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial, Por tanto, aquellas otras acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de

intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, y estar destinadas a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o por el contexto donde éstas se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales no podrán configurar la agravante que regula la ley y sólo pueden realizar el tipo penal del artículo 366° o ser una falta.

Un detalle muy importante, señalado en el Acuerdo, es respecto a **hechos que NO pueden ser considerados como formas agravadas**, conforme al artículo 367 inciso 3 del Código Penal (F.J.21):

- Empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú cuando ejerce sus funciones.
- Insultos o lanzar escupitajos a un miembro de la Policía Nacional del Perú.

Concluye, por tanto, la Corte Suprema:

Dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones.

Por otro lado, concuerdo con el Acuerdo cuando refiere que el juez debe aplicar la responsabilidad restringida regulada en el artículo 21 del Código Penal: “*En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal*”; si el caso amerita aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, artículo 57 del Código Penal; así como la pena limitativa de derechos, artículo 31 del Código Penal. Señala, por otro lado, las reducciones de las **bonificaciones procesales** por: confesión sincera, terminación anticipada, conclusión por conformidad de la audiencia.

Finalmente, los magistrados de las Salas Penales Supremas recomiendan al presidente del Poder Judicial, hacer una propuesta de *lege ferenda* para modificar el artículo 367 del Código Penal, y se incluya una **circunstancia atenuante específica**: “*La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de la libertad o prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revisten gravedad*”.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

5.1. CONCLUSIONES.-

- **PRIMERO:** La aplicación de las penas en el Perú no obedece en términos generales a la observancia del Principio de Proporcionalidad de la Pena, es decir el criterio de proporcionalidad no es un elemento que se incorpora al proceso de evaluación de la conducta ilícita que efectúa el juzgador. El principio de proporcionalidad y razonabilidad se desprende de la dignidad de la persona humana, del Estado de derecho social, democrático y constitucional, de la aplicación al ordenamiento jurídico penal de los valores de justicia, libertad e igualdad.

- **SEGUNDO:** El principio de proporcionalidad y razonabilidad en muchos casos se desvincula de la concepción de justicia puesto que dicho criterio es estudiado y analizado a nivel de las teorías de la pena desvinculándose de la dogmática penal, situación que marca un divorcio entre el derecho penal y la aplicación de las penas. El Principio de Proporcionalidad de la pena, requiere de una cultura que fomente los valores propios que motivan la aplicación de una pena (prevención, resocialización, reinserción en la sociedad) mientras no se tenga dicha mentalidad la aplicación del Principio de Proporcionalidad se realiza en forma marginal.

La proporcionalidad y razonabilidad de las penas, radica en el adecuado equilibrio entre la reacción penal o sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena, como en el de su aplicación judicial

- **TERCERO:** La proporcionalidad y razonabilidad en la decisión por parte de los magistrados específicamente para el delito de violencia y resistencia a la autoridad policia en el Sistema Penal Peruano, no solo se

debe valorar respecto de la magnitud de la pena que ha de imponerse, sino también en cuanto a la utilidad social del objeto o bien lesionado. El bien jurídico tiene un fundamento sociológico lo cual implica que su determinación se haga conforme a cada sociedad y en un momento y lugar determinado.

- **CUARTO:** A la actividad legislativa sería le corresponde identificar plenamente el bien jurídico que se pretende tutelar o proteger, para poder proteger adecuadamente los bienes jurídicos que protegen a cada uno de los delitos tipificado en nuestra legislación, será necesario aplicar el principio de proporcionalidad y razonabilidad para no cometerse los errores como se vienen cometiendo en la actualidad. Haciendo de la justicia penal mediática y no tomando en cuenta los alcances teóricos de la dogmática penal.
- **QUINTO:** La presente investigación tuvo por objeto precisar si se vulnera el principio de Proporcionalidad y razonabilidad de las Sanciones con respecto al delito de violencia y resistencia a la autoridad policía en el Sistema Penal Peruano, del mismo modo se determinó cuáles son los factores que determinan que el Legislador establezca una pena superior para el delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano
- **SEXTO:** El principio de proporcionalidad y razonabilidad, también llamado prohibición de exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado Constitucional de Derecho. Desde el punto de vista jurídico el principio de proporcionalidad, puede ser entendida como la equivalencia entre una prestación y su respectiva contraprestación o como la correspondencia

valorativa entre un hecho y su consecuencia jurídica. Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva.

- **SÉPTIMO:** En el delito de Violencia y Resistencia a la autoridad, algunas veces los Magistrados actúan presionados por los medios, para que se castigue ejemplarmente estos ilícitos atentando contra los criterios de certeza y de conciencia que todo juzgador debe tener. Existen pocos casos relacionados con los delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad, en los juzgados penales unipersonales de la provincia de Huaraz. Todo lo contrario ocurre en la ciudad capital.
- **OCTAVO:** Respecto a los criterios establecidos por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2016/CIJ-116, concluimos que: Era pertinente que el órgano jurisdiccional supremo establezca pautas necesarias para la tipificación y determinación judicial de la pena, en el **delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial**; ya que, tal como se estaba aplicando anteriormente por los órganos jurisdiccionales del país, las sanciones a los sujetos activos de este delito vulneraban el principio de **proporcionalidad** y razonabilidad de la pena.
- **NOVENO:** Respecto a los criterios establecidos por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2016/CIJ-116, concluimos que: Ahora se tiene, conforme al Acuerdo, que la agravante configurada en el inciso 3 del artículo 367 es **residual y subsidiaria**. Es decir, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, solo puede configurarse y ser sancionado como tal cuando, en el caso judicial, no se den los **presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los siguientes delitos**: homicidio calificado por la condición funcional del sujeto pasivo, artículo 108-A del Código Penal; sicariato, artículo 108-C inciso 5 del Código Penal; lesiones graves

dolosas, artículo 121, párrafos 5 y 6 del C.P.; lesiones leves dolosas, artículo 122, incisos 3, literal a y 4 del C.P; injuria, artículo 130 del Código Penal; secuestro, artículo 152 inciso 3 del Código Penal.

- **DÉCIMO:** Respecto a bien jurídico protegido en el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, *está constituido por el poder legítimo que ésta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros*. Los jueces tienen el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación al bien jurídico que **justifique** la imposición de la sanción agravada.

- **DÉCIMO PRIMERO:** El Acuerdo establece que los jueces pueden aplicar la **responsabilidad restringida regulada en el artículo 21 del Código Penal**; si el caso amerita aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, artículo 57 del Código Penal, así como la pena limitativa de derechos, artículo 31 del Código Penal. Por otro lado las reducciones de las **bonificaciones procesales** también son aplicables: confesión sincera, terminación anticipada, conclusión por conformidad de la audiencia.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

VI. RECOMENDACIONES.-

- Recomendamos a los operadores del derecho penal y en especial a los legisladores que para una mejor implementación y reglamentación de la norma jurídica sustantiva penal, debe considerarse siempre los bienes jurídicos protegidos para cada delito; en razón, a que ello posibilitara que el intérprete determine si la medida es en sí misma capaz, idónea, apta, adecuada o eficaz para garantizar el resarcimiento del daño causado.

- Recomendamos que los jueces, fiscales y abogados penalistas se actualicen permanentemente en la correcta aplicación del Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las sanciones en el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial, en relación al Delito de violencia contra la autoridad en el Sistema Penal Peruano.

- A los estudiantes de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Pedro, deberían recurrir con frecuencia a revisar las sentencias de Tribunal Constitucional, con la finalidad de percatarse de como este Supremo interprete de la Constitución, resuelve los conflictos, aplicando el principio de proporcionalidad y razonabilidad (Test de Proporcionalidad)

CAPÍTULO VII

AGRADECIMIENTO

AGRADECIMIENTO.-

Mi agradecimiento personal a nuestra Universidad y a nuestros Maestros que supieron con paciencia, sapiencia y benevolencia transformar nuestra ignorancia en conocimientos jurídicos válidos, que han de servir a la sociedad, enmarcada dentro de la ética, moral y justicia que todo sampedrano debe poner en vitrina de manera constante en el ejercicio de la profesión.

También agradezco a todos los Señores Abogados y Magistrados que hicieron posible el desarrollo, conclusión y sustentación del presente Trabajo de Investigación, facilitando de manera desinteresada y benevolente la correspondiente bibliografía, opiniones, comentarios, críticas y sugerencia que enriquecieron lo que hoy está plasmado en la presente Tesis; siempre, con paciencia y apoyo fraternal, en este inacabable y perfectible camino del Derecho.

CAPÍTULO VIII
REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.-

Doctrina:

II. Bibliografía

(s.f.).

Colomer Hernández, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Abanto, V. M. (2006). *Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos*. Madrid: Revista Penal ; N° 18.

Abbagnano, N. (2007). *Diccionario de Filosofía*. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.

Aguado, C. T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: EDERSA.

Alcalá - Zamora, y. C. (1983). *Derecho Procesal Penal chileno*. Buenos Aires: s/e.

Alexi, R. (2015). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.

Alvarado, V. A. ((2000)). *Debido Proceso versus prueba de oficio*. Bogota: Juris.

Ancel, K. (1974). *Pour une etude systématique des problemes de politique criminelle*. Paris: APC N° 01.

Angulo, A. P. (2006). *La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica SA.

Aranzamendi, N. L. (2015). *Instructivo Teórico - Practico del diseño y redacción de la tesis de Derecho*. Lima: Grijley.

Arbulú Martínez, V. J. (2004). *"La prueba en el nuevo proceso penal"*. Lima: Gaceta Jurídica.

Armenta, D. T. (2003). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

Asencio, M. J. (1991,65). *Principio Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium.

- Asencios, M. J. (2013, 122). *Principio acusatorio e imparcialidad*. Lima: Grijley.
- Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Mexico: UNAM.
- Bachmaier, L. (2008). *Proceso penal y sistema acusatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, Z. E. (2007). *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hamumurabi.
- Barman, J. (1995,48). *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentos y principios procesales*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- Barnes, J. (1994). *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*. Madrid: Revista de administracion pública.
- Barona, V. S. (2005). *Derecho Jurisdiccional*. Valencia: Blanch.
- Bascuñan, R. A. (2007). *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Santiago: REJ: Revista de Estudios Jurídicos.
- Bascuñan, V. c. (2011). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Bogota: Temis.
- Baytelman, A. (2000). *El Juicio Oral*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Becarria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bernal, P. C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Binder, A. (2006). *Derecho Procesal Penal*. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Binder, Alberto. (2012). *Derecho Procesal Pena*. Lima: Thomson Reuter, Navarra, 2012.
- Binstock, H. (1996). *Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la discriminación contra la mujer*. en Serie Mujer y Desarrollo.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho*. Bogota: Temis.

- Boumpadre, J. E. (2014). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bovino, A. (2005, 37). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: s/e.
- Braulio, E. M. (2007). *Política Criminal y Prevención del Delito Hoy. Una Propuesta de Modelo de Prevención para el*. San José.
- Burgos, M. V. (2005,48). *Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Cáceres, Julca, Roberto y Iparraguirre, Ronal. (2012). *Código Procesal Penal comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Caferata, N. J. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Calderón Sumarriva, A. (2009). *"Los rezagos del sistema inquisitivo en el nuevo Procesal Penal"*. Lima: Quispikay.
- Cardozo, P. R. (2009). *Bases de Política Criminal y Protección penal de la Seguridad Vial*. Salamanca: Departamento de Derecho Ppublico General .
- Castañeda, H. K. (2010). *"La discutida legalidad de la prueba de oficio en el sistema acusatorio"*. Lima: La Tribuna del Abogado N° 2-2010.
- Chunga, L. F. (2007). *El adolescente infractor y la ley penal*. Lima: Grijley.
- Cofre, J. O. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Cruz Vega, G. A. (2011). *"Ocho razones en contra de la prueba de oficio en el proceso penal"*. Trujillo: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad.
- Cuadrado Salinas, C. (2005). *El Ministerio Público y su incidencia en la fase de investigación penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cussiánovich Villarán, A., Tello Gilardi, J., & Sotelo Trinidad, M. (2007). *Violencia Familiar*. Lima: Poder Judicial.
- De la Mata, B. N. (2007). *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad en la intervencion penal*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

- Díaz, C. J. (1996). *Principios de aportación de parte y acusatorio. La imparcialidad del juez*. Granada: Comares.
- Díaz, M. J. (s.f.). Obtenido de www.articulos.com
- Díez - Picazo , L. (1973). *Experiencias Jurídicas y teoricas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Donna, E. A. (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Duce, M. y. (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Lima: Alternativas.
- Echevarría, R. G. (2002). *Ultractividad en la persecución penal publica de ofensas a la autoridad*. Santiago: REJ: Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Elero,, P. (1994). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratados de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Librería el Foro.
- Elósegui Itxaso, M. (2011). *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproducción*. Madrid: Internacionales Universitarias.
- Escalante, H. J. (2002). *Delincuencia Organizada.ADN Criminalistica*. Lima: Blog.
- Fellini, Z., & Sansone, V. (2001). "La mujer en el Derecho penal argentino, en el Código penal de 1991", en *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal*. Lima: PUPCP.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trott S.A.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón; teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Diritto e ragione: teoría del garatismo penal*. Madrid: Rome/Bari.
- Ferrajoli, L. (1995,567). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías*. Roma - Italia: Trott.
- Ferreira, D. F. (1995). *Delitos contra la administración pública* . Bogotá: Temis.

- García, P. d. (2007). *Criminología: Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la criminalidad*. Lima: INPECCP: Instituto Peruano de Crimnología y Ciencias Penales.
- Gascón Abellán , M., & García Figueroa Alfonso. (2015). *La Argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Thomson Reuters.
- Gómez De La Torre, B., & Arroyo, Z. ,. (2016). *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona: Práxis S.A.
- Guerra, Z. A. (2017). *Estudios sobre la delincuencia en la criminología peruana contemporánea*. Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Gurvitch, G. (1947). *Le controle social*. París: La sociologie au XX.
- Haro, R. (2001). *La razonabilidad y las funciones de control*. Madrid: Ius Et Praxis.
- Hassemer, H. (1990). *Introducción de los principios del derecho penal*. MÜNICH.
- Hernández Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista, L. P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico DF: Mc Graw -Hill.
- Hernandez, R. C. (2011). Juez y prueba de oficio. Juez imparcial y descubrimiento de la verdad en el proceso penal peruano. *Actualidad Jurídica N° 215*, 52.
- Herrero, H. C. (2002). *Criminología: Partes General y Especial* . Castellano: Madrid.
- Hugo, Á. J. (2017). *El delito de violencia y resistencia a la autoridad* . Lima: Instituto Pacífico, Actualidad Penal. Lima.
- Hurtado, P. J. (s.f.). *¿Son necesarias las pruebas de oficio en el sistema acusatorio peruano?*
Obtenido de www.incipp.org.pe.
- Hurtado, P. J. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Idemsa.
- Ignacio, M. J., & Zuñiga, U. F. (2011). *El principio de Razonabilidad*. Madrid: IUS ET PRAXIS.

- Illuminati, G. (2008). *Proceso penal y sistema acusatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- Juarez, M. C. (2017). *Análisi del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en la legislación peruana*. Lima: LEX.
- Locke, J. (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- López Barja, d. Q. (2005). *Tratado de Derecho Procesal*. Navarra: Thomson - Aranzadi.
- López, J. (2007). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Thomson - Aranzadi.
- Magariños Yáñez, J. A. (2007). *El derecho contra violencia de género*. Madrid: Montecorbo.
- Mair, J. (1996,739). *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Manuel, A. (2004). *El Sentido del Derecho*. España: Ariel.
- Manuel, A. (2015). *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.
- Manuel, A. V. (2017). *El delito de violencia y resistencia contra un policía*. Lima: Instituto Pacifico, Actualidad Penal.
- Marcial, B. E. (1985). *Constitución Sociedad Política*. Lima: Mesa Redonda Editores.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1992). *Derecho Penal*. Heidelberg: Auflage.
- Medida, G. M. (1997). *La vinculación negativa del delislador a los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.
- Mendoza, A. C. (2016). *Análisis Típico del delito de "violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones"*. Lima: Legis.pe.
- Mittermaier, K. (1979). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Mixán, F. (2005). *Cuestiones epistemológicas y teorías de la investigación y de la prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.

- Mixán, M. F. (1996). *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Molina, A. C. (2003). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Leyer.
- Montalbán Huertas, I. (2004). *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Montero, A. J. (2011). *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*. Lima: EMMARCE.
- Montesquieu. (2003). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza.
- Mora Izquierdo, Ricardo y Sánchez Prado, María Dolores. (2007). *La evidencia física y la cadena de custodia dentro del procedimiento penal acusatorio*. Bogotá: Grafico Colombia.
- Mora, M. L. (2006). *La prueba como derecho fundamental*. Madrid: Colex.
- Mosquera, V. C. (3 de Febrero de 2016). *Las Ley*. Obtenido de Sobre la desproporcionalidad en los procesos de flagrancia: <http://www.laley.pe>
- Nicola, A. (2007). *Diccionario de Filosofía*. DF.México: Fondo de Cultura Económica.
- Nieves Rico, M. (1992). *Violencia Dórmestica contra la mujer en América Latina y el Caribe: Propuestas de Discusión*. en Serie Mujer y Desarrollo.
- Nino, C. S. (1974). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Mexico Df.
- Odio Benito, E. (2014). *La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma*. Revista IIDH.
- Ostos, J. M. (2013, 25-26). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Lima: En: Justicia. Revista de derecho Procesal. N° 02.
- Palacios Zuloaga, P. (2005). *Las convenciones internacionales de derechos humanos y la perspectiva de género*. Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Palacios Zuloaga, P. (2011). Chile: Centro de Derechos Humanos de Chile.

- Palacios Zuluaga, P. (2011). *El tratamiento de la violencia de género en la organización de la Naciones Unidas*. Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Palacios, R. M. (08 de Agosto de 2016). *Rosa Maria Palacios*. Obtenido de El Populismo Penal: <http://www.rosamariapalacios.pe>
- Pava Lugo, M. (2009). *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídica Andrés Mora. .
- Peña Cabrera, A. R. (2016). *Derecho Penal*. Lima: Idemsa.
- Peña, C. F. (2009,79). *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña, C. F. (2016). *Eldelito de violencia contra la autoridad*. Lima: Instituto Pacífico.
- Perello, D. I. (1997). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Jueces para la democracia.
- Platon. (1987). *Las Leyes Six*. Madrid: Patricio de Azcarate.
- Potón, D. (2009). *Sicariato y crimen organizado: temporalidades y especialidades*. Quito: Flasco.
- Prado, S. V. (2016). *Sentencia Penal y Determinación Judicial de la Pena en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rafecas, I. D. (2000). *Ensayo a una aproximación al concepto de grantismo penal*. Lima: IDEMSA.
- Ramos, N. C. (2014). *Como hacer una tesis de Derecho*. Lima: Grijley.
- Reategui, S. J. (2015). *Delitos Contra la administración pública*. Lima: Juristas.
- Regis, P. L. (2010). *Bien Jurídico Penal y Constitucional*. Lima: ARA Eitores.
- Robles, T. L. (2012). *Fundamentos de la Investigación científica jurídica*. Lima: Fecatt.
- Rodriguez, G. N. (2017). *Atentado, Resistencia y Desobediencia*. Sevilla: Facultad de Derecho Universidad de Sevilla.

- Rojas, F. A. (2010). *El proyecto de investigación*. Lima: Universidad Nacional del Santa.
- Rosas Alcantara, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesla Constitucional en sus conceptos claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (2000, 567). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rubio, Correa Marcial y Bernal, Enrique. (1985). *Constitución y Sociedad*. Lima: Mesa Redonda Editores.
- San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. C. (2009). *Nueva Jurisprudencia 2006-2008. Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Reforma.
- San Martín, C. C. (2015). *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. Lima: Jurista Editores.
- Sastre, A. S. (2001). *Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica*. Madrid: Doxa.
- Solis, E. A. (1991). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima.
- Talavera, E. P. (2009). *La prueba en el proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Támara, S. M. (2010). *La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional chileno en el control constitucional de leyes penales*. Valdivia - Chile: Universidad Austral de Chile.
- Tamayo, S. R. (2004). *Razonamiento y Argumentación Jurídica*. Mexico DF: UNAM.
- Taruffo, M. (2008). *La pRUEBA*. Madrid: Marcial Pons.
- Terradillos, B. J. (2010). *Constitucional Penal*. Lima: ARA.
- Terradillos, J. (2003). *"Culpabilidad- responsabilidad"*. Lima: PUCP y Universidad de Friburgo.
- Ticona, P. V. (04 de Diciembre de 2014). *Delitos de Violencia y Resistencia a la autoridad*. Obtenido de Reforma de la Constitución de la República del Perú 1993: <http://www.peru1990.blogspot.pe>

Tomé, G. J. (1993). *"Fase decisoria(II). La Prueba"*. Madrid: Estudios Ramón Ramón Arce.

Ugaz, Z. F. (25 de Octubre de 2016). *Legis.pe*. Obtenido de <http://legis.pe>

Velez, M. A. (1986). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Marcos Lerner.

Velloso Alvarado, A. (s/a). *Introducción al Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Yenissey, R. I. (14 de Mayo de 2017). *En portal.uclm.es . La Proporcionalidad de las Penas*.
En portal.uclm.es. Obtenido de www.uclm.es

Zelayarán, D. M. (2000). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 01

CORTE SUPREMA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO 1-2016/CIJ-116

Jueves 4 de agosto de 2016



PODER JUDICIAL

II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

**ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO
N° 1-2016/CIJ-116**

**ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO
N° 2-2016/CIJ-116**

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO
EXTRAORDINARIO Nº 1-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ
**ASUNTO: La agravante del Delito de Violencia y Resistencia
 contra la Autoridad Policial: Tipicidad y Determinación
 Judicial de la Pena.**

Lima, uno de junio de dos mil dieciséis.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.º El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos (i) a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, (ii) al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (Juez Superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), Hortschönbohm (Juez alemán jubilado), César Nakazaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima) y Bonifacio Meneses Gonzales (Juez Superior de Lima, Coordinador Nacional de la implementación de los juzgados de Flagrancia).

4.º La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal Penal, así como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana para la formulación de la ponencia referida al "Delito de violencia y resistencia a la autoridad. Proporcionalidad de la pena".

Presentada la ponencia pertinente, en la sesión de la fecha se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5.º El presente Acuerdo Plenario, por unanimidad, se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana quienes expresan el parecer del Pleno

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La Situación Problemática

6.º Las sucesivas reformas introducidas en el artículo 367º del Código Penal que regula el catálogo de circunstancias agravantes específicas del delito de violencia y resistencia ejercida contra la autoridad, tipificado y reprimido en los numerales 365º y 366º del citado cuerpo legal, se han caracterizado por expresar una clara tendencia hacia la sobrecriminalización. La cual se ha manifestado a través del incremento referido de las penas conminadas originalmente en dicha disposición legal, así como con la adición también continua de nuevos supuestos de agravación como el que hoy contiene el inciso 3º del segundo párrafo del artículo 367º y que considera como factor calificante, entre otros casos, que el agente del delito dirija su conducta ilícita contra "un miembro de la Policía Nacional".

7.º Integramente la actual redacción del artículo 367º contempla tres grados o niveles de circunstancias agravantes específicas, cada uno de los cuales está vinculado con un determinado estándar de punibilidad. El caso de aquella relacionada con la calidad de efectivo policial de la autoridad afectada por el hecho punible, corresponde al segundo grado o nivel de agravantes donde la penalidad prevista es pena privativa de libertad no menor de ocho y ni mayor de doce años.

8.º Recientemente, la aplicación judicial de dicha agravante ha motivado continuos cuestionamientos. En lo esencial se ha objetado que los operadores de la justicia penal no tienen una lectura adecuada de los presupuestos normativos que legitiman su configuración. Y que las penas que han impuesto resulten de manera grave la proporcionalidad que debería derivar de las circunstancias concretas de realización del delito y, por tanto, del principio rector de pena justa.

9.º Resulta, pues, pertinente y necesario fijar criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda tal circunstancia agravante y de los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor de un delito de violencia y resistencia contra la autoridad, cuando esta última sea un integrante de la Policía Nacional en ejercicio de sus competencias y funciones.

§ 2. La Interpretación de la norma penal conforme a la Constitución y a los Principios del Derecho Penal

10.º El ordenamiento jurídico no se fundamenta sólo en la Ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la definición de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto. En el mundo existen distintos tipos de esquemas valorativos y de principios jurídicos. Aquellos valores que defiende nuestro modelo constitucional no tienen por qué coincidir con los valores que defiende otra sociedad. Se trata de sociedades distintas que tienen concepciones diferentes de ellas mismas y de las relaciones entre las personas que las conforman. La importancia de la labor del constituyente reside en determinar cuáles son, de todo el espectro de posibilidades, aquellos valores y principios que definen a nuestra sociedad. Cuando realiza dicha selección, la plasma en disposiciones constitucionales, las cuales son la referencia obligatoria de los órganos constituidos, tanto del legislador como del juzgador.

11.º La selección realizada por el constituyente tiene sus efectos directos en la labor que desempeñarán todos los operadores jurídicos, pues ellos deberán cumplir sus funciones dentro de los marcos que establece la Constitución, por una doble razón. En primer lugar, desde una perspectiva formal, porque la Constitución Política es la norma básica del ordenamiento jurídico. Por tanto, las normas que se crean, o la interpretación que se realiza de aquellas, deberán encontrarse conforme a la Ley Fundamental, dada su posición en la base del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, existe una razón de validez material, según la cual la norma es concebida como una expresión, específicamente una concreción, de los principios o los valores que la Constitución recoge. La actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino -y ante todo- un razonamiento constitucional. Desde este enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez al interior del sistema jurídico; esto es, de su conformidad con la Constitución.

12.º Para realizar una interpretación constitucional de la norma

penal, el juzgador deberá verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima. En el ámbito penal, aunque también es aplicable esta lógica a otros ámbitos, el principio que ayuda a la verificación de la constitucionalidad de la norma es el principio de proporcionalidad. La aplicación del mencionado principio, conforme autorizada doctrina [Vid. BERNAL PULIDO, Carlos: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3 ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., Madrid: 2007, passim.] y jurisprudencia han señalado [STC. Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico N° 195], es el principal método para determinar la validez de una norma en relación con la Constitución Política del Estado. La norma penal no solamente se compone de elementos normativos y descriptivos, en la misma cohabitan derechos fundamentales [Vid. Caro John, José Antonio / Huamán Castellares, Daniel O.: El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editores del Centro. Lima: 2014, pp. 26 y 29], de allí que resulte necesario esclarecer si la norma penal (independientemente de si es procesal, sustantiva o de ejecución), es conforme a la Constitución. El análisis de proporcionalidad recae sobre dos ámbitos concretos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer.

13°. El test de proporcionalidad se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El primer test es el de adecuación o idoneidad. En esta parte, se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo test es el de necesidad. En él se determina si existe o no un mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test. El tercer test es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. Si la valoración de los efectos positivos resultare positiva, entonces se considerará a la norma constitucional. Si, por el contrario, el balance fuese negativo, se optará por declarar su inconstitucionalidad. Finalmente, es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no sólo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa. Por ejemplo, ello sucedería si el delito de asesinato tuviera una sanción máxima de 2 años de pena privativa de libertad; o, se despenalizara el delito de lesiones. Pese a la necesidad de corrección de esta situación, el juez penal se encuentra impedido de intervenir en un caso de desproporcionalidad por defecto. La razón de esta prohibición reside en la acción que implicaría corregir la norma: una ampliación del ámbito de la conducta típica o un incremento de la sanción, que sólo puede ser llevado a cabo por el legislador.

14°. Una vez analizada la validez constitucional de la norma penal, también es necesario analizar si la misma es o no conforme a los principios del Derecho Penal. Cabe resaltar que los principios mencionados, por lo general, son concreciones de principios ya recogidos en la Constitución Política del Estado. La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o, por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

15°. El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.

§ 3. La agravante del inciso 3° del párrafo segundo del artículo 367°

16°. El texto original del artículo 367° del Código Penal vigente no consideraba la condición policial de la autoridad que era afectada por actos de violencia o intimidación, como una circunstancia agravante específica. Tampoco el Código Penal de 1924 reguló en su articulado una disposición similar. Sin embargo, el Código Marítima en el artículo 321°, que reprimía los actos de intimidación, consideraba como agravante específica que "el delincuente pusiere manos en la autoridad". En estos casos el estándar de punibilidad era no menor de seis meses de prisión lo cual daba al órgano jurisdiccional un amplio espacio de punición que permitía una mejor adaptación de la

pena concreta a la mayor o menor gravedad de la agresión cometida. Al promulgarse el Código Penal de 1991 el artículo 366° conservó la misma descripción típica de la intimidación pero omitió reproducir aquella ideográfica agravante.

17°. La inclusión, pues, del agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después, a través de la Ley 30054, y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante específica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte. La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injurias contra efectivos policiales, los cuales de producirse encuentran tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 365° ("El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención") o en faltas como las contempladas en los Incisos 3 ("El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedece las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia") y 5 ("El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interroga por razón de su cargo") del artículo 452°. Cabe señalar también que los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen formas de injuria (Artículo 130°) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros. Al respecto es de recordar que el legislador nacional descriminalizó mediante la Ley 27975 del 29 de mayo de 2003 el delito de desacato que reprimía este tipo de afrontas en el derogado artículo 374° del modo siguiente: "El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años". La justificación dada para tal decisión político criminal, fue la necesidad "democrática" de eliminar toda clase de privilegios legales o de sobre tutela penal para los funcionarios públicos, entre los que se encontraban los policías conforme a lo estipulado en el inciso 5 del artículo 425° del Código Penal.

18°. Ahora bien, es también importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como del agravante que para tales casos contempla el artículo 367° del Código Penal, debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros, contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas. Se trata, en concreto, de los siguientes delitos y sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcional o policial del sujeto pasivo:

- * Homicidio Calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 105° A).
- * Sicariato (Artículo 106° C, inciso 5).
- * Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121, párrafos 5° y 6°).
- * Lesiones leves Dolosas (Artículo 122°, Incisos 3, literal a y 4).
- * Injuria (Artículo 130°).
- * Secuestro (Artículo 152° inciso 3)

19°. Por tanto, es relevante, precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de ésta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *Ius Imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que ella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.

20°. Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial sólo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub iudice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican

de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122°, inciso 3, literal a. Es decir, en ningún caso puede ser mayor de tres años de pena privativa de libertad, si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta sólo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121° y 122° del Código Penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia del agravante específico que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, y, si sólo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad.

§ 4. Sobre la Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Pena

21°. Como ya se ha señalado, el objeto de protección penal en los actos que constituyen delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, está constituido por el poder legítimo que ésta ostenta para el debido ejercicio de sus funciones ante terceros. Partiendo de este presupuesto, el juez tiene el deber de determinar si la acción imputada, y debidamente probada, configura o no una afectación a dicho bien jurídico que justifique la imposición de la sanción agravada. Por lo demás, la imposición de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico. La diferenciación, en este caso, reside en la idoneidad de la acción para impedir el ejercicio de la función pública de quien es efectivo policial. Por tanto, aquellas acciones que en el caso concreto pueden significar un acto de intimidación o de violencia contra una autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, y estar destinados a evitar que ella las cumpla, pero que por las condiciones particulares de quien las ejecuta o el contexto donde están se dan, no resultan idóneas para impedir o frustrar el cumplimiento efectivo de las actuaciones policiales, no podrán configurar la agravante que regula la ley y sólo pueden realizar el tipo penal del artículo 366° o ser una falta. Así, actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas. Sobre todo porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones, la pena que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367°.

22°. Pero, además, en la determinación judicial de la pena aplicable a los actos de intimidación o violencia dirigidos contra autoridades policiales, no se puede obviar la concurrencia evidente de causales de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos del consumo de alcohol; o cuando aquel sólo se resiste a su propia detención; o cuando los actos de intimidación o violencia se ejecuten por quien reacciona en errónea defensa de un familiar cercano que es intervenido por la autoridad policial. En tales supuestos, según corresponda, el juez debe decidir la pena a imponerle siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21° del Código Penal. Asimismo, no hay impedimento legal alguno para que la pena impuesta, en tanto no sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y se den los presupuestos legales correspondientes, pueda ser suspendida en su ejecución o convertida en una pena limitativa de derechos.

23°. Tampoco hay ninguna limitación normativa que afecte la eficacia de reglas de reducción por bonificación procesal, como cuando el procesado expresa confesión sincera o se somete a la terminación anticipada del proceso; o a la conclusión por conformidad de la audiencia. En todos estos casos, la reducción sobre la pena impuesta se aplicará siempre y conforme a los porcentajes que autoriza la ley.

§ 5. Opciones de lege ferenda

24°. Al margen de los criterios de interpretación vinculante que han sido planteados, los magistrados de las Salas Penales Supremas estiman conveniente recomendar al Presidente del Poder Judicial, utilizar los conductos necesarios para alcanzar al Congreso de la República la siguiente propuesta de lege ferenda, a fin de que se incluya una circunstancia atenuante

específica en el artículo 367° del Código penal, con la siguiente redacción y efectos punitivos:

"La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de libertad o con prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad".

III. DECISIÓN

25.* En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

26.* Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 16° al 23° del presente Acuerdo Plenario.

27.* Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

28.* Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 2-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Proceso Penal inmediato Reformado.
Legitimación y alcances.

Lima, uno de junio de dos mil dieciséis.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.* Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica

del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.° El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos (I) a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, (II) al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3.° La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (Juez Superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), Horts Schönbohm (Juez alemán jubilado), César Nakasaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima) y Bonifacio Meneses Gonzales (Juez Superior de Lima, Coordinador Nacional de la Implementación de los juzgados de Flagrancia).

4.° La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal penal, así como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores para la formulación de la ponencia referida al "Proceso inmediato reformado". Presentada la ponencia pertinente, en las sesiones de fechas diez de febrero, dieciocho de mayo y uno de junio se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5.° El presente Acuerdo Plenario, se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco preliminar

6.° El Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, NCPP) estructuró el proceso penal a partir de un procedimiento común, destinado, desde una perspectiva general, a todo tipo de delitos y situaciones procesales –que a su vez se eligió en el procedimiento ordinario, bajo la primacía del principio procesal de contradicción y del principio procedimental de oralidad–, y con la plena asunción de las garantías constitucionales procesales que definen todo proceso jurisdiccional justo y equitativo, acorde con el programa procesal penal de la Constitución.

Asimismo, el NCPP incorporó un conjunto de procesos especiales (Libro Quinto) que se sustentaron en la necesidad de tomar en cuenta diversas circunstancias, de derecho penal material y de derecho procesal penal; así como en la asunción de distintas modulaciones en la configuración de determinadas garantías procesales específicas y en la concreción diferenciada de varios principios procesales y procedimentales, con la finalidad de plasmar respuestas institucionales en la persecución procesal, adecuadas y proporcionales a los fundamentos que les dieron origen.

7.° Sin duda, el proceso inmediato nacional –de fuente italiana–, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de "simplificación procesal", cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia celer, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de períodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad –para que la celeridad y la eficacia no se instauren

en desmedro de la justicia–, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de "evidencia delictiva"; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delicto objeto de persecución y conminación penal.

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto: (I) de evidencia delictiva y (II) de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, de 30-8-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable –aunque no irrazonablemente– las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: "La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente".

8.° La "prueba evidente" o "evidencia delictiva" se define a partir de tres instituciones –dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP, que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato–: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.

Las notas sustantivas que distinguen la flagrancia delictiva son: a) Inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) Inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva.

Las notas adjetivas que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material filmico o fotografías (medio audiovisual) –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de "delito flagrante" requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).

Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de "intervenir"– en el hecho delictivo [López Betancourt, Eduardo. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. México: Iura Editores, p. 95].

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 950/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Es cierto que la modificación del artículo 259 NCPP, establecida por la Ley número 29596, de 25-8-2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado –notas sustantivas de la flagrancia delictiva–, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa –incluso a través de medios audiovisuales–, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fuye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina “diligencias policiales de prevención” [Conforme: Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir –este sería el caso–, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva –por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario– [Martín Morales, Ricardo. “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante”. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; 01-02, 1999, p. 2]. La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio [Brichetti, Giovanni. La “evidencia” en el Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial EJE, 1973, p. 169].

Debe asumirse que el supuesto de ‘flagrancia presunta’ puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que “... la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita cómo llegaron a su poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de éste, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, como la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante...” [Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y otros. Derecho Procesal Penal. Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691].

B. El delito confeso está definido en el artículo 160 NCPP. Por razones de simplificación procesal, la regla para su admisión será la denominada “confesión pura o simple”, en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra –relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito–. Ese reconocimiento de los hechos por él cometidos (confesión propia), ha de ser libre –sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño– y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, (i) debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; (ii) debe ser sincera –verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos– y espontánea –de inmediato y circunstanciada–; y, como requisito esencial de validez, (iii) ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación –fuentes o medios de investigación–, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de “prueba plena”, se erigía en la “regina probatorum” [Gimeno Sendra, Vicente. Obra citada, p. 559].

La “confesión calificada”, es decir, la incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en

los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal [Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497], en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión lúdica para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por sí aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. Cuando la ley hace mención a la denominada “prueba evidente” exige una prueba que inmediatamente, esto es, prima facie, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad [Brichetti, Giovanni. Obra citada, p. 17].

Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión –en tanto supuestos propios de evidencia delictiva–, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es, idóneos y con suficiente fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de “prueba evidente” está referido a la valoración del resultado de la prueba –si esta se produce de un modo seguro y rápido– y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictivo en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo [Brichetti, Giovanni. Obra citada, pp. 65-70, 191].

Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse “evidencia” como traducción equivoca de la voz inglesa “evidence”, pues esta última significa, simplemente, “prueba” o “cada una de sus especies” [Cabanillas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Volumen III. Trigésima Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005, p. 665].

9.ª La “ausencia de complejidad o simplicidad procesal” tiene una primera referencia –no la única– en el artículo 342.º 3 NCPP, modificado por la Ley número 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agravados, hechos delictivos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación –tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse–, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella –lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo–. Estos supuestos, como es obvio, demandan un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpatión formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [Barona Vilar, Silvia y otros. Derecho Jurisdiccional-Tomo III. 22ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2014, p. 587].

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento [Barona Vilar, Silvia, obra citada, p. 585] permiten apartar del proceso inmediato (i) hechos complejos –en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos–; o, (ii) en el que existen motivos razonables para dudar –que no descartar radicalmente– tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes

de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia ab initio del resultado incriminatorio.

La necesidad de especiales –o específicas– averiguaciones acerca del hecho o de su autor o partícipe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la inmediatez del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos de convicción –seguridad del material probatorio–, que es la base de la investigación preparatoria [Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones EJE, 1963, pp. 457-458].

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación –a lo complicado y/o extenso del mismo–, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios policiales, de demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera–.

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos –a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los indicados en el hecho o hechos delictivos–. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva –prueba evidente– debe comprenderlas acabadamente.

10.º Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal –en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor–. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justificar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa –tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias calificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)–. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena –siempre, un *factum*–, para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

La determinación de lo que debe estimarse como “delito especialmente grave” no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal –en adelante, CP– y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos (I) con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 106-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 169, tercer párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); (II) con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 105-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153-A, segundo párrafo, CP); o, (III) con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

11.º La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de

evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo prima y se denomina “ámbito de aplicación”–. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación en un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de “mínima actividad probatoria”. En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla–.

12.º El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: 1. Audiencia única de incoación. 2. Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: (I) de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio; y, (II) de realización del juicio propiamente dicho.

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde [...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos” (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio –es la meta– del proceso penal en el sistema eurocontinental. Los apercibimientos ante la incomparecencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su concurrencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

§ 2. Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

13.º El proceso inmediato reformado, en tanto en cuanto se circunscribe a los delitos evidentes y a los supuestos de investigación simple o sencilla en modo alguno afectan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y la defensa procesal. No es un proceso configurado legalmente para condenar a los imputados. Precisamente la realización de las audiencias de incoación y de juicio permite esclarecer probatoriamente el hecho punible con pleno cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, inmediatez y oralidad. No es, pues, un proceso “ofensivo” tendiente a condenar irremediablemente al imputado. El rigor para dilucidar la existencia de sus presupuestos materiales y la ulterior de actuación contradictoria de la prueba, afirman la vigencia de la garantía de presunción de inocencia. Por consiguiente, si el resultado probatorio no arroja la presencia de prueba legal, fiable, corroborada y suficiente –que son elementos insustituibles para cumplir con esta garantía-derecho fundamental–, el juez está en la obligación de dictar sentencia absolutoria.

14.º Desde esta perspectiva, algún sector de la comunidad jurídica consideró que los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y los delitos de omisión de asistencia familiar –que deben considerarse como conductas propias de delincuencia común–, presentaban dificultades para cumplir con las exigencias que requiere el proceso inmediato reformado.

A. Los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción afectan la seguridad pública o colectiva –concretamente, la seguridad del tráfico rodado–. En tanto constituyen delitos de peligro real, ponen en riesgo la vida e integridad de las personas ante la vulneración de las

disposiciones sobre circulación de vehículos, riesgo que abarca a toda la colectividad, como grupo genérico e indeterminado. El tipo legal se dirige tangencialmente también a la protección de la vida y la integridad física de las personas (STCE 2/2003, de 16 de enero), y requiere (i) la conducción en estado de ebriedad o drogadicción de un vehículo automotor, (ii) la disminución acreditada de la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia, (iii) la minoración de la seguridad del tráfico (STCE 319/2006, de 15 de noviembre), [...] para lo cual, se tendrá en cuenta no solo el grado de impregnación alcohólica o de otra sustancia similar detectada en el sujeto activo, sino también todo un cúmulo de circunstancias concomitantes al supuesto en particular: somáticas, espaciales, temporales, meteorológicas” [Carmona Salgado, Concepción y otros. Derecho Penal español. Tomo II. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 781].

Lo protegido no es, en última instancia, algo sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de personas concretas, respecto a las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental [Tamarit Sumalla, José María y otros. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 1076].

B. Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la “seguridad” de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal.

15.* En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del artículo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurren los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.

La justificación constitucional del proceso inmediato –su fundamento material– se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional.

El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria –la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir” (STSE 1148/1999, de 26 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo [Prats Canut, José Miguel. Comentarios, Obra citada, p. 459]–, pero son suficientes –vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así– para estimar en dave de evidencia delictiva –y en principio–, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva –dentro de los marcos y con estricto respeto del artículo 213 NCPP–, constituye un claro supuesto de “evidencia delictiva”. Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

16.* De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está –así debe entenderse– cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de

dicho artículo, que son –como ya se anotó– condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión “bajo responsabilidad”, que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal.

Siendo así:

A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso –delito común o exceptuado–, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar comunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b), del artículo 447 NCPP permite que se inste el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal –Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–. El fiscal tiene la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada “oportunidad tardía”, que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el cumplimiento de la ley que su aplicación a que se satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único presupuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del artículo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) –claro está, si se dan los requisitos para su instauración– o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

17.* La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el párrafo precedente. Es inadmisibles obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad –obviamente funcional, nunca penal– del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley –y así debe reconocerse–, precisamente varias opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta.

Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas y afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Sin embargo, como es posible, en dave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su

inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de última ratio, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional [Rubio Correa, Marcial. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N° 145-99-AA-TC, de ocho de setiembre de 1999, y N° 5-96-I-TC, de diecinueve de (??) de 1996].

§ 3. Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18.* Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato

El artículo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscripto al delito flagrante –artículo 446, literal a) del apartado 1, NCPP– y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva –artículo 447, numeral 1), NCPP–, supuesto en el que el Fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente –artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP–, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, "...Juego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria...".

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho de defensa –plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1), del Título Preliminar NCPP– que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; solo a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8°, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa –para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva–, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

19.* Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente –en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles–, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447 NCPP.

En este último caso –literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446 NCPP– los plazos se extienden –se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso–. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal –que es el plazo para el delito flagrante– y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal –que es la mitad del plazo fijado para el juicio oral (artículo 355°. 1, NCPP)– o, según los casos, vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20.* El apartado uno del artículo 448 NCPP estipula que el juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el juez de la investigación preparatoria, debe

realizar la audiencia en un plazo que "...no debe exceder las setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional".

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación –si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos–, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350°. 1 NCPP; y, tercero, que el segundo momento de la audiencia es, propiamente, la realización propiamente del debate oral –ejecución de las pruebas y alegatos–.

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación del juez penal. Es claro que el auto debe dictarse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa.

Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21.* El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa

Dictado el auto de incoación del proceso inmediato –que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP)–, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho lo cual el juez de la Investigación Preparatoria remitirá las actuaciones al juez penal competente.

En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer período del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendientes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil –decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento–. Este período culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio. El segundo período del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: "[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato", lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencias deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión –lógica excepcional–, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreaabundantes.

No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

22.* El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. La opción que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será –previo debate contradictorio– dictar el auto de transformación

del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso de seguridad (artículo 456°. 1° NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el Juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el Juez de la Investigación preparatoria o el Juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447° NCPP.

23.° Audiencia de incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3° NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad –incluye el acuerdo reparatorio– o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

A. El apartado 4) de dicha disposición legal dispone que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: 1. Procedencia de la medida de coerción. 2. Procedencia, indistinta y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. 3. Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si la ley fija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnera irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión material.

B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las tres alternativas del punto segundo, el juez de la Investigación Preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.

C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo –el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253. 2 y 3, NCPP)–, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca de la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación –ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía–, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso –cuando ya se hubiera emitido tal disposición–, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7) del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 335.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha posibilitado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

24.° Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo –es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial–. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo

418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente –que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato–, no tiene efecto suspensivo. Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias –en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas–, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el Juez Penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto – que integra la garantía de tutela jurisdiccional–, tal situación no impide que el Juez Penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el Juez de la Investigación Preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el Juez Penal.

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

25.° Proceso inmediato y Código de Procedimientos Penales

El proceso inmediato, en virtud del artículo 3 del Decreto Legislativo número 1194, también es aplicable a los distritos judiciales en los que aún no rige en su integridad el NCPP. El citado Código, a su vez, ha sufrido una última modificación más o menos intensa, mediante el Decreto Legislativo número 1206, del 23-9-2015.

Un motivo de presunta incoherencia normativa se presenta cuando el proceso inmediato es denegado, ya sea en primera o en segunda instancia. Es claro que la causa debe retrotraerse al momento de su calificación. Sin embargo, ¿qué sucede con el mandato de prisión preventiva en caso que se hubiera dictado en la causa? ¿La retroacción de actuaciones importa su anulación automática y, por tanto, la libertad del imputado en cárcel?

Las normas sobre prisión preventiva del NCPP, con sus respectivas modificatorias, igualmente, son de aplicación en todo el territorio nacional, conforme con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley número 30076, del 19-6-2013. Luego, en aquellos distritos judiciales donde no está en vigencia en su integridad el NCPP, rigen esas disposiciones. Su interpretación y aplicación son, por consiguiente, comunes; no se presentan en ambos sistemas procesales, en virtud de la reforma operada, contradicción o falta de armonía: las normas son las mismas.

Se podría sostener que en esos casos se presenta una paradoja: existiría, formalmente, un preso preventivo sin auto de apertura de instrucción; preso preventivo sin procesamiento. Es evidente, asimismo, que para dictar prisión preventiva se requiere un análisis acerca de la corrección de la imputación, un juicio favorable al *fumus delicti commissi* y a los motivos de prisión –gravedad del delito y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*)–. Cabe entender que el auto de prisión preventiva cumple esos presupuestos –es la presunción de la que se parte al haberse dictado esa medida de coerción personal mediando requerimiento y discusión o debate oral y contradictorio– y, en tal virtud, la no admisión del proceso inmediato no cuestiona la corrección de los cargos –existe, con toda regularidad, un procedimiento previo– sino la no satisfacción de los requisitos y presupuestos necesarios para incoar un tal proceso especial.

En suma, la retroacción de actuaciones, en este caso, no importa la anulación de pleno derecho del auto de prisión preventiva, pues la inadmisión del proceso inmediato no comprende la de los presupuestos materiales y formales de dicha medida de coerción personal –propia del proceso de coerción y, como tal, independiente del proceso “principal”, aunque sin desconocer sus bases de conexión–. Lo único que sucederá será que el Juez Penal, una vez remitidas las actuaciones al fiscal y que este las devuelva con la formalización de la denuncia –en virtud del principio de unidad del Ministerio Público no es del caso una posición distinta del fiscal que no sea la de formalizar la denuncia–, en el curso de la audiencia de presentación de cargos califique su mérito y, de ser el caso, dicte el auto

de apertura de Instrucción, conforme con el artículo 77 CPP. La reforma del auto de prisión preventiva muy bien puede producirse en esa causa si se deniega el procesamiento penal –excrcelación automática– o si se presenta algún motivo vinculado al rebus sic stantibus que la justifique.

26.* Proceso inmediato y constitución de las partes contingentes

El actor civil, como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal –son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional–. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil.

El NCPP, en la lógica del proceso ordinario o común, exige para la constitución de estos sujetos procesales una resolución judicial, dictada previa instancia de parte legitimada, planteada antes de la culminación de la Investigación preparatoria, y bajo el procedimiento de audiencia correspondiente (artículos 8, 100, 101 y 102 NCPP).

Esta secuencia procedimental, sin duda, no es la que corresponde al proceso inmediato, ni se condice con las lógicas de aceleramiento procesal que lo informan. No obstante, no está prohibida la posibilidad de su incorporación en la causa –fundada en consideraciones de derecho material–, siempre que el daño y su acreditación, y además, la legitimación respectiva, respondan a la condición de su “evidencia” en línea acreditativa. Sin prueba evidente, no es posible aprobar su constitución en partes procesales.

Siendo así, es claro que el fiscal deberá comprender en el requerimiento de incoación del proceso inmediato a quien considere tercero civil responsable, el cual ha de ser debidamente citado a las dos audiencias para que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. En este caso, el juez de la Investigación Preparatoria, aplicando supletoriamente y en vía de integración el artículo 447.3 NCPP, debe decidir, primero, si incorpora como parte al tercero civil; y, segundo, de ser admitida esa constitución –que se emitirá a continuación del pronunciamiento acerca de la medida coercitiva–, continuará con los pasos procedimentales legalmente estipulados.

Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, primero, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones –es lo que se denomina “ofrecimiento de acciones”– (artículo 95.2 NCPP); segundo, que antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en actor civil (artículo 100 NCPP); y, tercero, que previo traslado contradictorio el juez de la Investigación Preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil.

27.* Proceso inmediato y prueba pericial

La prueba pericial es fundamental para la acreditación de numerosos delitos –la necesidad de la pericia deriva del aporte de conocimientos especializados para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos de la causa [Climent Durán, Carlos. La prueba penal. Segunda edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 735-737]–. Tanto en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción como en otros ilícitos penales (por ejemplo, y a título enunciativo, homicidio, aborto, falsedad documental, tráfico ilícito de drogas y agresión sexual) la prueba pericial es especialmente relevante –en tanto prueba fundamental– para su definitiva comprobación o, en todo caso, para su consolidación probatoria.

El fiscal, desde esta perspectiva, instará que el informe pericial –que es el segundo elemento de la actividad pericial– corra en autos al momento del requerimiento de incoación del proceso inmediato. Sin embargo, en muchos casos bastará que el reconocimiento o percepción pericial, como primer elemento de la actividad pericial –al que sigue en ese mismo nivel las operaciones técnicas sobre el objeto peritado–, se haya realizado o, por lo demás, que existan informes provisionales, muy comunes en el caso de tráfico ilícito de drogas y también con las primeras pruebas en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Las características de la inicial intervención de la autoridad pública y las vicisitudes de los actos urgentes de investigación, como las capacidades del órgano pericial, pueden determinar, antes de la presentación del informe pericial, una calificación positiva de los presupuestos y requisitos del proceso inmediato, lo que no obsta a que necesariamente el citado informe pericial ha de constar antes de la instalación de la audiencia única de juicio inmediato.

III. DECISIÓN

28.* En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

29.* Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 12 y 15 a 24 del presente Acuerdo Plenario.

30.* Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

31.* Declarar que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

32.* Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RODRÍGUEZ TINEO, SALAS ARENAS E HINOSTROZA PARIACHI RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LA INCOACIÓN OBLIGATORIA DEL PROCESO INMEDIATO IMPUESTA AL MINISTERIO PÚBLICO.

Los suscritos no comparten el contenido del fundamento 13.* de la ponencia y acuerdo, respecto a la legitimidad de la incoación coactiva del proceso inmediato reformado. Los motivos sucintamente radican en que:

El apartado uno del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad impuesta al Ministerio Público de solicitar el proceso inmediato (pudiendo requerirse el inicio, cuando específicamente corresponde, hasta el día 29 de formalizada la investigación preparatoria, motivándose tal decisión), bajo amenaza de responsabilidad administrativa, se entiende, por omisión de acto funcional.

Tal exigencia u obligatoriedad de incoación, vulnera el principio constitucional de autonomía del Ministerio Público que el artículo 155 de la Constitución Política del Perú le otorga como titular en el ejercicio de la acción penal en tanto que el inciso 1, del artículo 61 del Código Procesal Penal atribuye al fiscal, independencia de criterio como estratega en el proceso, por lo que le corresponde elegir la vía más idónea para la consecución de los fines del procesamiento; pudiendo por tanto requerir el inicio del encausamiento inmediato cuando razonablemente considere se encuentren cumplidos los fines de la investigación, con respeto de los derechos de todas las partes intervinientes, actuando objetivamente, aunque el detenido se encuentre en situación de flagrancia y agotando las diligencias para acreditar la responsabilidad o la inocencia –en caso de incoar– del imputado como lo establece el artículo IV, del Título Preliminar del NCPP, teniendo además presente los derechos de defensa del presunto agente y de la parte agraviada como lo indica el artículo IX, del propio Título

Preliminar del cuerpo legal mencionado, prevaleciendo estos principios, sobre cualquier disposición del NCPP, como lo señala el artículo X del propio TP; y de considerar que la vía inmediata no es adecuada para el caso en concreto por presentarse complejidades normativamente previstas o fácticas, más allá de las estrictamente normativas, puede motivadamente, promover el proceso común o el que corresponda, aun cuando se den los supuestos para el inicio del proceso inmediato, sin que ello implique responsabilidad funcional en su actuación.

Tutelar en extenso los derechos de las partes forma parte de las atribuciones del Ministerio Público, por ello, no basta interpretar restrictivamente el mandato imperativo inconstitucional de la obligatoriedad coactiva indicada; la judicatura debe conservar las leyes en tanto sean congruentes con los principios constitucionales.

Es inconstitucional obligar al Ministerio Público que bajo amenaza de sanción disciplinaria requiera el inicio del proceso inmediato, al oponerse tal coacción a la autonomía Fiscal, expresada en su independencia de criterio, más aún cuando la decisión de no incoación es su atribución discrecional y no arbitraria, compatible con sus deberes y responsabilidades de dirección de la investigación y se sustenta en la protección de derechos establecidos como principios orientadores en el Título Preliminar del NCPP.

Por ello, tal apartado del artículo 446 modificado por el Decreto Legislativo 1194 debe ser modificado estableciendo que el fiscal "puede" y no "debe" solicitar la incoación del proceso inmediato, suprimiendo el término "bajo responsabilidad", dado que constituye una afectación clara y un riesgo latente cuyos resultados negativos podrán atribuirse a todo el sistema de justicia, por vulnerar un pilar fundamental del desarrollo de la labor de la fiscalía, desempeño que es trascendente en la tarea de impartir justicia.

Cabe que este Colegiado Judicial Supremo inste al Parlamento a corregir tal exceso y entre tanto, recomendar a la judicatura competente que en tanto se someta a su conocimiento algún cuestionamiento sobre la incoación, considere la declaración de inaplicación de la parte del primer párrafo del apartado 1 del artículo 446 modificado del NCPP por los motivos referidos.

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

HINOSTROZA PARIACHI

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO INMEDIATO, LA INCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR Y LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL SUPUESTO DE ANULACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO.

a) No suscribo el APARTADO 10-respecto a la proporcionalidad del proceso inmediato reformado-, ni parte del APARTADO 14-en lo concerniente a los delitos de omisión a la asistencia familiar-; ni el acápite D del APARTADO 23, el tercer párrafo del APARTADO 24 y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25 -respecto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato-, del Acuerdo Plenario, al tener una postura refractaria a su contenido por lo siguiente:

APARTADO 10°.

El régimen del procesamiento inmediato, generó tanto una subclase de "inmediato directo"(que abarca tanto la flagrancia clásica y la cuasi flagrancia, como la conducción temeraria por alcoholemia o drogadicción objeto de intervención policial en el instante), en que cabe la incoación inminente del proceso y una sub clase de "inmediato diferido" (que comprende los casos de extensión de la flagrancia, de confesión de los hechos, de suficiencia de los elementos de convicción, de conducción temeraria -por alcoholemia o drogadicción-no flagrante, de omisión a la asistencia familiar), en que el lapso para incoarlo se extiende hasta el vigésimo noveno día de la formalización de la investigación preparatoria.

El legislador no colocó, un parámetro, marcador o cuantificador respecto a la dimensión de la pena privativa de libertad pertinente para la viabilidad del procesamiento inmediato, sea el directo o el diferido, lo que en clave de proporcionalidad, debe merecer el establecimiento de un criterio jurisprudencial -mientras fije el Parlamento los razonables marcos normativos- fijando criterios restrictivos al calor del inciso 3, del artículo VII, del Título Preliminar del

Código Procesal Penal, en tanto favorezca el ejercicio de los derechos del imputado; para que el recorte de las etapas y los plazos de duración del trámite generen la menor intensidad posible de afectación a las atribuciones legítimas propias de la defensa del investigado.

El ordenamiento procesal penal presenta algunas vallas normativas respecto a la gravedad del acto delictivo; así, con el artículo 427 se limita el recurso de casación para los casos de sentencias y autos que pongan fin al procedimiento, en tanto el extremo mínimo de la pena conminada en abstracto supere los 6 años de privación de libertad, de lo que se puede deducir que tal cota dimensional connota que el hecho delictivo es grave como para habilitar la procedencia del recurso de casación; como consecuencia, los delitos cuyas penas privativas de libertad fueran inferiores a los 6 años, sin estar todos ellos dentro de los denominados "de bagatela", deberán ser considerados como menos graves. Existe otra referencia en materia de prisión preventiva, según lo establecido en el inciso b, del artículo 266 del mismo cuerpo legal, al considerar la gravedad del delito en razón a la pena probable que podrá ser impuesta en el caso concreto, en tanto fuera superior a 4 años de privación de libertad; en tales casos, con la concurrencia razonable de los otros presupuestos procesales, corresponderá mandar la prisión preventiva.

Si ha de excluirse del encausamiento inmediato todo hecho penal que fuera considerado grave y con mayor razón el que resultara estimado como especialmente grave, será pertinente tomar en cuenta aquellos criterios.

Estimo que el límite punitivo razonable para la aplicación del proceso inmediato -entiendo en cuenta que se trata de un encausamiento para tramitaciones sencillas y delitos que no fueran graves- no debe superar los 6 años de pena privativa de libertad.

b) No suscribo las referencias al delito de omisión a la asistencia familiar como relativos a la seguridad ciudadana.

APARTADO 14°.

No cabe entender ninguna de las formas de delito de omisión a la asistencia familiar como asuntos relativos a la seguridad ciudadana, por graves o frecuentes que sean.

El concepto "seguridad ciudadana" no es omnicompreensivo y no abarca todo el catálogo típico, sino sólo los ilícitos compatibles con su particular carácter violento.

c) Mi postura respecto a la prisión preventiva por decalimiento del proceso inmediato es como sigue:

Acápite D del APARTADO 23°, el tercer párrafo del APARTADO 24° y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25° -en cuanto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato-:

El decalimiento del proceso inmediato afecta la decisión de prisión preventiva dictada en la audiencia de incoación, en tanto deja de existir el proceso en que se originó.

La prisión preventiva se define como una medida cautelar, instrumental y variable, y debido a que proviene de un proceso penal (no lo antecede ni existe por y para sí), pervive en tanto el encausamiento se halle vigente (así fluye del inciso 2, del artículo 447 NCPP); se pretende con ella precisamente asegurar el resultado del encausamiento cuando es estrictamente necesaria y la presencia del encausado existiendo riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, sobre lo cual se han pronunciado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la propia Corte Suprema de Justicia.

La paradoja que se genera objetivamente es un efecto derivado de la ausencia de regla legislativa específica y razonable en que se hubiera previsto el modo de atender la configuración de supuestos de esta clase -que no son insuficientes-; cabe resaltar que no se puede resolver contra reo y que no es dable corregir preferentemente los errores legislativos.

Decalido el proceso inmediato -que debe por tanto ser promovido razonablemente, cuando hay fundamento suficiente, y no apresuradamente por coacción- lo que cabe por ahora, en tanto no se dicten normas específicas que fueran además constitucionalmente impecables, de transición entre la anulación o invalidación del encausamiento inmediato y la promoción de proceso común o el que correspondiera (nuevo modelo procesal) o apertura de proceso penal (antiguo régimen procesal aun parcialmente vigente); entiendo por tanto que no cabe extender la prisión preventiva sin pausa penal vigente, sino, urgir al Parlamento que corrija el dislate generado en esta materia.

SALAS ARENAS

1411743-1