



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y
EDUCACIÓN**



TITULO:

**“ENFOQUE DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL
DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA
AUTORIDAD”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER

LISSETTE VALERIA KAROL BEJARANO OJEDA

ASESOR

DR. TEÓFILO ROJAS QUISPE

CHICLAYO - PERÚ

2019

“ENFOQUE DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD”

Tesis presentada por la Bachiller Srta. **LISSETTE VALERIA KAROL BEJARANO OJEDA**, a la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Bachiller: Lissette V. Karol Bejarano Ojeda

Dr. Teófilo Rojas Quispe

Asesor

Aprobado por:

Mg. Lito Roswell Becerra Angulo

Presidente

Mg. Erwin Guzmán Quispe Díaz

Secretario

Mg. Eleo Grillo Paico.

Vocal

DEDICATORIA

“La presente Tesis está dedicada principalmente a **DIOS** por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. Por darme fortaleza cuando he estado a punto de caer, y que me han enseñado a valorarlo cada día más. A mi madre, **GINA**, por ser el pilar más importante en mi vida y mi amiga incondicional, por acompañarme durante todo el trayecto estudiantil y de mi vida; y por demostrarme su cariño, amor con el cual ha sabido inculcarme buenos sentimientos, hábitos y valores, que me han permitido salir adelante en los momentos más difíciles. A mi padre **WILSON**, ejemplo de mi vida profesional y porque sea una persona de valores y de sabiduría en el decurso de mi vida. Por brindarme su apoyo, y por darme el empuje de seguir con la presente investigación

A mis amigos más cercanos que indirectamente me ayudaron con sus consejos brindados y aportaciones para poder continuar, avanzar y culminar con esta investigación.

AGRADECIMIENTO

“Agradecer ante todo a Dios, Todopoderoso, por guiarme en el camino de la sabiduría y permitirme entrar en esta.

Agradezco a mi Alma Mater La Universidad Particular de Chiclayo – Facultad de Derecho, por haberme aceptado ser parte de ella, y poder desenvolverme en un camino de enseñanza.

ÍNDICE

Contenido:

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
PRESENTACIÓN.....	9
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I.....	14
MARCO METODOLOGICO	14
1. PLAN DE INVESTIGACIÓN	14
I. Aspectos de la Realidad Problemática.....	14
1.1. Realidad Problemática	14
2.2. Planteamiento del Problema.	15
2.3. Formulación del Problema.....	18
2.4. Justificación e Importancia del Problema	18
II. Objetivos	20
2.2.1.- General	20
2.2.2.- Específicos	20
III. Hipótesis y Variable	20
3.3. Variables	21
3.3.1. Variable Independiente	21
3.3.2. Variable Dependiente	21
IV. MARCO METODOLOGICO.....	21
4.1. Método Empleado.....	21
4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	22
CAPITULO II.....	23
LA ADMINSTRACIÓN PÚBLICO EN EL AMBITO PENAL	23
2.1. Antecedentes de la Administración Pública	23

2.2. Reformas Legislativas de los delitos contra la Administración Pública.....	24
2.2.1. La reforma del delito de colusión (art. 387 Código Penal)	24
2.2.2. La reforma del delito de peculado (art. 387 del Código penal)	26
2.3. El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública...	27
2.4. Concepto de Funcionario y Servidor Público	28
2.4.1. Funcionario	28
2.4.2. Servidor Público	28
2.5. La Teoría de Infracción de Deber	30
2.5.1. No es admisible la coautoría	32
2.5.2. Complicidad única	35
2.5.3. Duplicidad de la prescripción	38
CAPITULO III	42
DELITO DE DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD .	42
Art.365°. Atentado contra el libre ejercicio funcional.	42
3.1. El Nomen Iuris	42
3.2. Bien Jurídico.....	43
3.3. Sujeto Activo y Pasivo	45
3.3.1. Sujeto Activo.	45
3.3.2. Sujeto Pasivo.	46
3.4. Comportamientos Típicos:	48
a) En cuanto a la violencia.....	48
b) En cuanto a la amenaza.....	49
3.5. El Tipo Penal integra tres Modalidades Delictivas	51
a) Impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones.....	51
b) Obligar – sin alzamiento público – mediante violencia o amenaza, a practicar un determinado acto de las funciones públicas.	53
c) Estorbar.....	54
3.6. Tipicidad Subjetiva.....	55
3.7. Consumación y Tentativa.....	56
3.8. Penalidad	57
3.9. Participación	57

3.10. Concurso de Delitos	57
3.11. Legislación Extranjera.	57
a) España (1870)	57
b) Italia (1930).....	58
Art. 366°. Violencia y resistencia a funcionario público o persona que le presta asistencia.	58
3.12. Consideraciones Generales.	58
3.13. Bien Jurídico Protegido.....	59
3.14. Sujeto Activo y Pasivo	60
3.14.1. Sujeto Activo	60
3.14.2. Sujeto Pasivo.	60
3.14.3. El que presta asistencia al funcionario público	61
3.15. Modalidades Delictivas.....	62
3.16. Comportamientos Típicos.	63
a) Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.....	63
b) Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.....	65
3.17. Tipo subjetivo.....	66
3.18. Consumación y tentativa.	66
3.19. Participación.....	67
3.20. Penalidad.....	67
3.21. Legislación Extranjera	67
a) Italia (1930)	68
b) Portugal (1982)	68
c) Argentina.....	68
CAPITULO IV.....	69
PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016/CJ-116.	69
4.1. El Principio de Proporcionalidad	69
4.2. Estructura del Principio de Proporcionalidad	72
4.2.1. Idoneidad	72

4.2.2. Necesidad	73
4.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto.....	74
4.2. Principio de Pena Justa.....	75
4.3. Fundamentos de la propuesta legislativa.....	77
4.4. El Concurso Ideal como propuesta de solución para derogar el numeral 3, segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal Peruano.	79
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFIA	¡Error! Marcador no definido.
ANEXOS	91
1. PROYECTO DE LEY	92

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO:

Lisette Valeria Karol Bejarano Ojeda, Bachiller de Derecho, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho de La Universidad Particular de Chiclayo, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“Enfoque Dogmático y Jurisprudencial del Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad”**; el mismo, que espero, reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

Cordialmente,

.....

Lisette Valeria Karol Bejarano Ojeda

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analizó si los supuestos delictivos segregados en los delitos contemplados de los artículos 365° y 366°, respetan los principios de proporcionalidad y pena justa con la circunstancia agravante específica del numeral 3, del segundo párrafo del art. 367° del Código Penal.

Por ello, a fin de evitar arbitrariedad y vulneraciones de principios constitucionales que afectan el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal de un sujeto que ha cometido un ilícito penal, es necesario una propuesta legislativa, a través de una política criminal responsable en criterios valorativos que persigan como finalidad la protección de principios y derechos constitucionales e internacionales, como principio de proporcionalidad, pena justa, etc., que sirven para los límites punitivos del ius puniendi del aparato punitivo del Estado.

Palabras Clave: delito, pena, derecho fundamental, principios constitucionales, principio de proporcionalidad, pena justa.

ABSTRACT

The present investigation analyzed whether the criminal cases segregated in the offenses referred to in articles 365 and 366, respect the principles of proportionality and just penalty with the specific aggravating circumstance of numeral 3, of the second paragraph of art. 367 ° of the Penal Code.

Therefore, in order to avoid arbitrariness and violations of constitutional principles that affect the essential content of the fundamental right to personal liberty of a person who has committed a criminal offense, a legislative proposal is necessary, through a criminal policy responsible in criteria value that pursue the purpose of the protection of principles and constitutional and international rights, as a principle of proportionality, humanity of the penalties, just penalty, etc., which serve for the punitive limits of the ius puniendi of the punitive apparatus of the State.

Keywords: crime, punishment, fundamental right, constitutional principles, principle of proportionality, just penalty.

INTRODUCCIÓN

Sin duda, los diversos supuestos delictivos visualizados en el *nomen iuris* de algunos delitos de resistencia y violencia contra la autoridad han sido el indicador positivizado más sintomático del denominado principio de autoridad que sustenta la organización de la administración pública en general y de la relación asimétrica entre autoridad y subordinados. En consecuencia, las hipótesis delictivas en los delitos plasmados en el *nomen iuris* antes mencionado están orientadas a sancionar penalmente, primero, toda conducta que exprese impedimento u obstaculización del ejercicio funcional de autoridades y funcionarios públicos, quienes representan a la esfera del aparato estatal para el mejor desempeño de su labor al servicio del Estado.

No obstante, las diferencias a manera de visualización lo encontraríamos en los mismos tipos penales de los artículos 365° y 366° del Código Penal, sin embargo, algunos autores como el maestro Abanto Vásquez, señala que dichos delitos son sobrecriminalizados. A pesar de ello, es indispensable establecer sus diferencias mínimas a través de la doctrina y jurisprudencia, como también algunos problemas dogmáticos referente a la determinación judicial de la pena, cuando de dichos delitos, se contempla circunstancias agravantes.

Por otro lado, en el transcurso de este trabajo de investigación, se expondrá los siguiente objetivos, tales como: **a)** Definir algunos conceptos de administración pública; reformas legislativas de los delitos contra la administración pública, y teorías de la misma, **b)** Analizar los supuestos de hecho del delito de violencia y resistencia a la autoridad a través de la doctrina y **c)** Identificar Desarrollar, a través de la jurisprudencia vinculante del Acuerdo Plenario N° 1-2016/CJ-116, a fin, de propugnar una propuesta legislativa acorde con los principios constitucionales

Por lo que el presente trabajo está dividido en:

CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO.

CAPITULO II: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO PENAL.

CAPITULO III: DELITO DE DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.

CAPITULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016/CJ-116.

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1. PLAN DE INVESTIGACIÓN

I. ASPECTOS DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.1. Realidad Problemática

Hoy en día los ciudadanos peruanos desarrollan su vida en un ambiente de inseguridad ciudadana e inseguridad jurídica, pues basta con observar los noticieros, revistas y periódicos para darnos cuenta de esta triste realidad. En cuanto a la inseguridad jurídica es propiciada por una mala aplicación de la política criminal que ejecutan los operadores de la argumentación jurídica, ya que existe hoy en día una incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte de Abogados, Fiscales y Jueces; un ejemplo de esta situación fue el caso de Silvana Buscaglia Zapler (diciembre, 2015), hecho que la dejó marcada por haber agredido a un oficial policial y más aún cuando se le sumo el influjo de los medios de comunicación (criminología mediática), que posteriormente la conllevó a recibir una gracia presidencial (el indulto) por parte del Ex Presidente Ollanta Humala en base a que era la primera vez que cometió un delito en donde el bien jurídico es de mínima lesividad y la pena que se le impuso era desproporcional en comparación con otros delitos que vulneran bienes jurídicos de mayor valor, conllevado a penas menores.

Otro ejemplo fue el caso del empresario Víctor Chu Cerrato (febrero, 2016), donde la CSJ de Lima Sur lo sentencio a 4 años y 5 meses de

prisión efectiva por haber agredido verbalmente a un grupo de policías de la Comisaria de Punta Hermosa, lugar en el que se encontraba en estado de ebriedad; razón que nos conllevaba a formularnos la siguiente pregunta: ¿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?

2.2. Planteamiento del Problema.

Siendo el correcto funcionamiento de la Administración Pública la legitimidad funcional, ya que, a través de ella, algunos individuos se encuentran investidos de ejercer la actuación pública, y que el *ius imperum* del Estado se manifiesta mediante el ejercicio legítimo de un poder de autoridades (administrativas y judiciales), por ende, que en su proceder funcional toman ciertas decisiones, cuya concreción puede importar afectación a los derechos subjetivos de los particulares. Tal como sostiene PEÑA CABRERA¹ ***“son los propios dictados del Estado de Derecho, con arreglo al principio de legalidad, que sostienen el basilar legitimador de la actuación de la Administración Pública”***.

En ese sentido, el bien jurídico penalmente tutelado en el delito de violencia y resistencia a la autoridad, previsto en el art. 365° del Código Penal, es de naturaleza eminentemente pública y se refiere precisamente a la libertad de ejecutar la voluntad de la administración pública a través

¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “Derecho Penal Parte Especial”. Editorial Moreno S.A., Tomo V, Lima, octubre 2010, pág. 114

de la libertad de los funcionarios y servidores públicos, órganos ejecutivos de la administración pública.

El Problema central en el presente trabajo de investigación, es que el legislador no ha respetado y a la vez vulnerado los factores que determinan el principio de legalidad, toda vez que, ha incorporado dos figuras penales como autónomas, con sus circunstancias agravantes, es decir los artículos 365° y 366° de nuestro Código Penal, se vislumbra que ambos supuestos importan una misma conducción típica, percibiéndose una técnica legislativa asistemática. En tal sentido, es preciso indicar que las construcciones de las figuras delictivas ha de ser lo más riguroso posible, en orden a cautelar los efectos comunicativos del mensaje normativo, con una debida precisión, claridad, y simplicidad del lenguaje. De modo tal, que el legislador no debe sobrepasar en una excesiva tipificación, vulnerando no solo el principio de legalidad en su sentido más amplio, sino la economía legislativa en el proceso de penalización.

De lo anteriormente expuesto, cuando me refería respecto a que el legislador debe ser más comunicativo con el lenguaje que utiliza en la creación de leyes, comparto la opinión del profesor **URQUIZO OLAECHEA**², ***“En nuestro sistema jurídico el elemento legitimante y esencial de la norma penal surge de su capacidad de crear “seguridad jurídica”, lo cual es inherente al Estado liberal”***. El pueblo confía en el Estado, como titular del ius puniendi, y de sus legisladores a los que considera “garantes de la seguridad jurídica”. La falta de

² URQUIZO OLAECHEA, José, “Principio de Determinación de la Ley Penal”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 1. Obtenido mediante un artículo del mencionado autor en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf>, visitado el 07.11.2017.

conciencia del legislador como garante de la seguridad jurídica, arrastra por tierra el principio de determinación penal.

De lo precedente, surge la siguiente interrogante **¿En qué se estribaría o distinguiría la figura delictiva “Violencia y Resistencia a la Autoridad” previsto en el art. 365° con el art. 366° del Código Penal?**, A una mera lectura detallada y pacienzosa, en ambos se devela el empleo de intimidación o violencia sobre un funcionario, para impedir un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, también el **Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ/2016**, en su **fundamento 14** refiere: ***“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”***.

Al incorporar dos tipos penales no devela suficiente importancia como para proceder a una construcción de tipificación autónoma del artículo 366° del ordenamiento jurídico penal, por lo que fácilmente pudo incorporarse dichas circunstancias bajo los alcances del artículo 365° del mencionado código.

Concluyo señalando que en el presente trabajo de investigación el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad, es un delito que necesita un análisis muy particular, ya que ha sido un delito que ha llamado no sólo la

atención de la sociedad, sino también de los juristas, quienes han cuestionado la aplicación de este tipo penal sin tomar en cuenta los elementos típicos del tipo, por ende, así no afectaría el modelo de Estado Constitucional de Derecho.

2.3. Formulación del Problema

Después de todas estas consideraciones, cabe preguntarnos:

¿Cómo se configuraría los elementos típicos del tipo penal del Delito de Violencia y Resistencia A La Autoridad desde un enfoque dogmático y jurisprudencial a fin de evitar un efecto de confusión para los imputados por este delito?

2.4. Justificación e Importancia del Problema

La presente investigación surge del debate, de varios doctrinarios especialistas en el tema, y de varias jurisprudencias referentes a la problemática de los supuestos de hechos, precisamente de los elementos típicos del delito de violencia y resistencia a la autoridad contemplado en el artículo 365º del Código Penal Peruano, y será importante este trabajo de investigación para evitar inseguridad no solamente en aquellos individuos que se encuentran inmersos en esta figura legal, sino a la propia ciudadanía que podría estar involucrado.

El propósito de este trabajo es brindar una perspectiva política de futuro obedeciendo a una relevancia social y jurídica.

SOCIAL: En la actualidad tiene una significativa importancia dentro de las políticas y estrategias legislativas que se pueden plantear respecto al delito de violencia y resistencia a la autoridad previsto en el art. 365º del Código Penal, debido a que la ciudadanía le genera inseguridad en dicha

figura, por ello se justifica en este ámbito, no solo en la población, sino al propio imputado en un proceso penal incurso en esta figura delictiva.

ECONÓMICA: Para seguir con el lineamiento que planteo, su justificación económica tiene como objeto determinar el Principio de Economía Legislativa, que puede adoptar el parlamento del congreso, a partir de creación de leyes responsables, y mediante un lenguaje técnico entendible y claro, toda vez que aquello, no solo beneficiara al imputado, sino al propio Estado en su erario nacional.

ACADÉMICA: La justificación académica beneficiará de manera directa a los operadores del derecho en general, dado la importancia, la presente investigación resulta útil y pertinente para la formación académica y profesional de todo Abogado, al tener una minuciosa interpretación, toda vez que, se orienta a servir como base a otros estudios, y a despertar el interés en la comunidad jurídica para profundizar o ampliar las investigaciones doctrinarias, jurisprudenciales y académicas sobre el delito de violencia y resistencia a la autoridad.

INSTITUCIONAL: Obedece básicamente cómo se debe plantear dicha problemática en las diferencias instituciones que tienen tal responsabilidad en las distintas figuras penales para una correcta interpretación legal de la ley penal, y no caer en vacíos, lagunas, o confusiones dogmáticas y jurisprudenciales en el tema in comento.

LEGAL: Considero necesario un marco jurídico idóneo y que el Congreso de la República del Estado Peruano, sea más eficiente y responsable en la dación de leyes, por lo que antes de crearla, respecto el modelo de Estado, en que nos encontramos, por ende, que respete los principios que vinculen a la rama del Derecho en la interpretación de la ley, toda vez que, permitirá un mejor criterio valorativo y claro en la legalidad del rubro penal.

METODOLÓGICA: Se justifica como una manera sistemática de interpretación de la ley penal, por lo que ayudara, tanto al Poder Judicial y al Ministerio Público en sus decisiones al configurar o no la problemática en comento.

PRÁCTICA: Con esta investigación se busca crear una plataforma de ayuda para resolver problemas que se generen y al mismo tiempo propone estrategias que al aplicarse contribuirían a resolverlo.

II. OBJETIVOS

2.2.1.- General

ANALIZAR: El Enfoque Dogmático y Jurisprudencial del delito de violencia y resistencia a la autoridad.

2.2.2.- Específicos

- **DEFINIR**, algunos conceptos de administración pública; reformas legislativas de los delitos contra la administración pública, y teorías de la misma.
- **ANALIZAR**, los supuestos de hecho del delito de violencia y resistencia a la autoridad a través de la doctrina.
- **IDENTIFICAR Y DESARROLLAR**, a través de la jurisprudencia vinculante, del Acuerdo Plenario N° 1-2016/CJ-116, a fin de propugnar una propuesta legislativa acorde con los principios constitucionales.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE:

SI los supuestos de hecho del delito de violencia y resistencia a la autoridad generan confusión para su aplicación, **ENTONCES** se requiere de unificar criterios dogmáticos y jurisprudenciales para la aplicación correcta del delito de violencia y resistencia a la autoridad.

3.3. Variables

3.3.1. Variable Independiente

- Los supuestos de hecho del tipo penal del delito de violencia y resistencia a la autoridad.

3.3.2. Variable Dependiente

- Enfoque dogmático y jurisprudencial
- Principio de Legalidad.

IV. MARCO METODOLOGICO

4.1. Método Empleado

Los métodos que se han creído conveniente utilizar para el desarrollo de la presente investigación, son las siguientes.

MÈTODO ANALÌTICO.

Este método se utilizará para analizar los supuestos de hecho del tipo penal del delito de violencia y resistencia a la autoridad.

METODO DESCRIPTIVO Y EXPLICATIVO.

Este método básicamente busca exponer las características de un determinado problema, carencias, debilidades, para luego darle un estudio científico buscando soluciones racionales.

MÉTODO DE SÍNTESIS.

Este método permitirá realizar un enfoque real, objetivo, concreto y sistematizado de todo el bagaje de información recopilada para luego materializarlo en conclusiones.

4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Las técnicas utilizadas para el presente trabajo de investigación son las siguientes:

FICHAJE.

Esta técnica será utilizada para la recopilación bibliográfica, relacionado con el presente tema de investigación, elaborando fichas de registro como son bibliográficas, y las fichas de investigación como son: textual, resumen y comentario.

RECOPIACIÓN DE DATOS ELECTRÓNICOS.

Esta técnica será utilizada para recopilar información electrónica que esté relacionado con el tema de investigación.

RECOPIACIÓN DE LEYES.

Esta técnica será utilizada para recopilar leyes relacionadas con el tema de investigación.

CAPITULO II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICO EN EL ÁMBITO PENAL

2.1. Antecedentes de la Administración Pública

Para entender la administración se debe conocer la perspectiva de la historia de su disciplina, los hechos acerca de lo que ha pasado en situaciones similares anteriores, y relacionarlas con otras experiencias y otros conocimientos actuales. Es por eso la importancia de conocer la tradición y su origen. La administración aparece desde que el ser humano comienza a trabajar en sociedad. El surgimiento de la disciplina es un acontecimiento de primera importancia en la historia social. El ser humano es social por naturaleza, por ello tiende a organizarse y cooperar con sus semejantes. La historia de la humanidad puede describirse a través del desarrollo de las entidades sociales partiendo en la época prehispánica por las tribus nómadas, donde comienza la organización para la recolección de frutas y la caza de animales; y después con el descubrimiento de la agricultura da paso a la creación de las pequeñas comunidades. Si se pudiera repasar toda la historia de la humanidad encontraríamos que, los pueblos antiguos trabajaron unidos en agrupaciones formales, por ejemplo, los ejércitos griegos y romanos, la iglesia católica romana, la compañía de las indias orientales. También, las personas han escrito sobre cómo lograr que las organizaciones sean eficientes, mucho antes de que el término "administración" hubiera aparecido y se hubiera definido. Las sociedades se han ido transformando, ya que durante siglos se caracterizaron por poseer formas

predominantes agrarias, donde la familia, los grupos informales y las pequeñas comunidades eran importantes.³

La historia de la acción estatal-administrativa en el Perú, la podemos presentar en las tres grandes etapas clásicas: Incanato, Virreynato y República.

2.2. Reformas Legislativas de los delitos contra la Administración Pública.

2.2.1. La reforma del delito de colusión (Art. 387° Código Penal)

Tres son las modificaciones que se han producido en la redacción de este tipo penal:

En primer lugar, se aprecia una simplificación del elemento contextual. Como se sabe, la concertación fraudulenta que sanciona el delito de colusión no se produce en cualquier circunstancia sino en el contexto de un proceso de provisión o asignación de bienes o servicios para o desde el Estado u operaciones semejantes. El tipo penal derogado presentaba una lista amplia de modalidades de contratación estatal (contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios y cualquier otra operación semejante) las que permitían entender a esta contratación como un proceso que podía comprender desde las fases inmediatamente previas a la contratación pública (por ejemplo el momento del requerimiento del servicio por la Unidad de Logística de una determinada entidad estatal) hasta las fases finales relacionadas con la ejecución o liquidación del contrato

³ Véase en la página web: <http://cursos.aiu.edu/administracion/pdf%20leccion%202/tema%202.pdf>, visitado el 01/02/2018

público. La reforma simplifica este elemento contextual con la expresión “en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos”

En segundo lugar, la reforma del delito de colusión ha eliminado, respecto de la redacción anterior, la fórmula que denotaba los actos en los cuales la concertación fraudulenta se podría concretar (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros). Esta fórmula reforzaba la comprensión del elemento contextual en el sentido de un proceso, tal como lo hemos mencionado en el párrafo anterior. Ello en razón que se hacía alusión no sólo a los convenios sino a los ajustes, liquidaciones o suministros, es decir, a actos relacionados con la ejecución o liquidación del contrato público. La supresión de este aspecto del tipo penal podría permitir interpretar, equivocadamente, que la concertación fraudulenta sólo puede producirse al momento de la suscripción del contrato público y en dicho documento, dejando fuera del tipo penal concertaciones fraudulentas ocurridas con anterioridad al contrato público (por ejemplo, al momento del requerimiento) o con posterioridad al mismo (por ejemplo, al momento de las liquidaciones).

Finalmente, la actual figura de colusión añade un nuevo elemento al resultado defraudatorio que se describía en el tipo penal derogado. Este debe ser ahora una defraudación patrimonial. Algunos críticos a la reforma indican que este elemento adicional exigiría que se demuestre la existencia de una lesión efectiva al patrimonio del Estado, de tal manera que, si éste no se produce, el comportamiento colusorio sería impune o, en el mejor de los casos, sólo podría ser sancionado como una forma de tentativa. A pesar de que este elemento adicional podría entenderse en dicho sentido, con el consiguiente riesgo de obstaculizar la persecución penal de

este delito, nosotros consideramos que esta posibilidad interpretativa ha estado presente con la redacción derogada. En efecto, la jurisprudencia penal con relación al término “defraudación al Estado” ha oscilado entre tres significados posibles: **i)** lesión efectiva del patrimonio, **ii)** peligro concreto de lesión al patrimonio del Estado (especialmente la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 22 de julio de 2004 – recurso de nulidad N° 1480-2003) y **iii)** concertación fraudulenta como conducta abstractamente peligrosa.

2.2.2. La reforma del delito de peculado (Art. 387° del Código penal)

En la reforma del delito de peculado se aprecian dos modificaciones relevantes las cuales podrían incidir, por un lado, en los modos de participación (complicidad o instigación) y, por otro lado, en la graduación de la gravedad del delito cometido.

Con relación a la primera, la reforma de la Ley N° 29703 ha suprimido el peculado para terceros. Esto es la fórmula referida a la apropiación o utilización para otro de caudales o efectos públicos. En su lugar, la actual redacción del delito de peculado ha incorporado una figura, tomada del Código Penal español, referida a la conducta de consentir que un tercero se apropie de caudales o efectos públicos.

La modificación producida incorpora una figura autónoma del delito de peculado que tampoco coadyuva con una interpretación clara sobre el momento de consumación de este delito. Si el verbo nuclear, y por ende el criterio de consumación, reposa sobre el hecho de consentir que otro se apropie, entonces podría

evidenciarse una peligrosa y equivocada línea de interpretación que diferencia el momento de consentir y el posterior momento en que otra persona se apropia de los bienes o caudales públicos.

2.3. El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública

Al respecto **GONZALES, Carlos**⁴ menciona que ***“Se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, cual es el bien común”***.

En ese mismo sentido el autor **MUÑOZ CONDE, Francisco**⁵ considera que ***“Cada formula legislativa, que regula los delitos en particular, pretende proteger un bien jurídico específico.”***

Ahora bien, **ROJAS VARGAS, Fidel**⁶ señala que ***“La singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección penal le confiere a la administración pública en tanto bien jurídico penal, su carácter supraindividual o difuso.”***

Por otro lado **GÓMEZ MENDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos**⁷ manifiesta que ***“No se acepta ni comparte que el bien jurídico***

⁴ SUAREZ GONZALES, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal, Grijley, Lima, 2001, p.161.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte especial, 13° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.922.

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2002, p.10

⁷ GOMEZ MENDEZ Y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos. Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000, 2° ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004

genérico protegido, con los delitos contra la administración pública, lo constituya el ejercicio de la función pública dentro parámetros de legalidad, eficiencia, imparcialidad y honestidad, como lo proponen algunos tratadistas.”

2.4. Concepto de Funcionario y Servidor Público.

2.4.1. Funcionario:

Implica una dirección, además de una responsabilidad, en el desempeño de un cargo de naturaleza pública. El funcionario público, es quien ejerce en la gestión pública de la administración, y como persona física encarna un determinado órgano o ente del estado, o aquellas personas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo.⁸

De modo que el funcionario público es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última.

2.4.2. Servidor Público

Al respecto el autor **REYNA ALFARO, Luis**⁹ considera que ***“es aquella persona natural que también presta sus servicios al***

⁸ La exposición de motivos del proyecto de Ley N° 1361/ 2011-CF., de fecha 25 de julio del 2007.

⁹ REYNA ALFARO, Luis. “El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales”, en Delitos contra la administración pública. (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013, p. 73 y ss.

estado, pero sin poder de decisiones. Trabajador estatal sin mando que brinda al estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios”.

No debemos olvidar que los servidores públicos tienen su cuota de poder al interior del Estado. Por ejemplo, el servidor que traba en la mesa de partes de módulos de justicia tiene el poder de decidir, si recibe o no la demanda que el justiciable pretende ingresar. No obstante, ese poder no es de la magnitud de planificar y tomar las grandes decisiones sobre la marcha de la institución pública que solo lo tienen los funcionarios públicos como se tiene dicho.

Para efectos penales, en algunos delitos contra la administración pública, aparte de tener aquella condición especial, se exige que el autor tenga una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del entramado de la administración pública. Si por ejemplo, en un caso concreto de peculado, el agente del comportamiento ilícito de sustracción indebida de efectos o caudales públicos solo tiene la condición de funcionario público o servidor público sin tener la relación funcional especial de administrar, custodiar o percibir los efectos o caudales de la administración, el delito de peculado descarta conduciéndose la calificación del comportamiento delictivo a otra figura penal, algo parecido sucede con los delitos de malversación de fondos, colusión y negociación incompatible.

2.5. La Teoría de Infracción de Deber

Se trata siempre de deberes que lógicamente estén ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del Derecho. Los deberes del Derecho Público de los funcionarios públicos, los preceptos sobre guardar reserva del Derecho de las profesiones, las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo. Es característico de todos ellos, el que los portadores de estos deberes destaquen entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, por ello, en aras de esta obligación los considere como figura central de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Y continúa afirmando Roxín, **que la razón de la sanción radica en que alguien atenta contra las exigencias de rendimientos provenientes del rol social que él ha asumido. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales**¹⁰

Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basan en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos. Por su parte **ABANTO VÁSQUEZ**¹¹, concluye que la tesis de Roxin de “la infracción del deber” se está imponiendo tanto

¹⁰ ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, trad. Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, pág. 310

¹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”. Grijley, Lima, 2014, pág. 408.

por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales.

En ese sentido **PARIONA PASTRANA**¹², cuando argumenta que por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del título Preliminar de nuestro Código.

En los delitos de infracción de deber tan igual como en los delitos de dominio, la razón es su sanción o punición al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico. Las instituciones fundamentan la obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes. Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución tiene acceso directo de cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de

¹² PARIONA PASTRANA, Raúl. "La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias"; en Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima enero 2011, pp. 69-83, encontrada en la pág. 73

manera sencilla y considerable que los que están situados fuera de la institución.¹³

2.5.1. No es admisible la coautoría

Es de resaltar que, en los delitos de infracción de deber, no se admite la coautoría, definida en el Art. 24° de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. La Coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente a la entidad material de su intervención. Por ejemplo, en la coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin al derecho a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, **SALINAS SICCHA, Ramiro**¹⁴, señala: ***“Ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc., son***

¹³ ROXIN, Claus. Ob. Cit., pág. 336.

¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en Delitos contra la administración Pública (Franciso Heydegger, coordinador) Idemsa, 2013, pág. 368.

deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse. El termino de coautoría presupone una relación de dominio que, en realidad, no existe pues el deber tiene un carácter personalísimo, cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado. Y cuando el obligado infringe su deber (por omisión o comisión) siempre lo habrá ejecutado el mismo y directamente”.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre la cual tienen relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesionar el patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un deber especial. No hay forma de sostener que “A” lesiona una parte de un deber especial “C”, la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley materialmente no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

Incluso este planteamiento es más claro desde la óptica Jakobsiana que sostiene: en el caso del delito de infracción de deber, el deber institucional compete solo a su portador, es decir,

es persona, y la infracción de deber no depende de cuánto el actuante domine u organice una situación típica. El obligado especial, el funcionario público o servidor público en el delito de infracción de deber ha nacido para ser autor único, o directo, y no coautor, ni autor mediato, mucho menos partícipe. Es más, se sigue afirmando que en realidad existiendo una institución positiva que traza directamente en el funcionario, un deber especial, da lo mismo cómo él lo quebrante, y todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, bien mediante una acción u omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor único. En la misma línea Sánchez Vera¹⁵, enseña que no es posible una coautoría de dos obligados por la institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan los deberes de la institución conjuntamente, sino cada uno por sí, puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión siempre individual. Para graficar su postura Sánchez Vera pone el siguiente ejemplo: Varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos son autores.

Por otro lado, en la Ejecutoría Suprema del 3 de noviembre de 2010¹⁶, cuando se sostiene que “en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del

¹⁵ SANCHEZ VERA, “Delitos de Infracción del deber”, Bogotá 2003, pág. 283.

¹⁶ Véase: R.N. N° 1320-2009-Huanuco, Sala Penal Permanente

Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello. Aquí erróneamente la Sala Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación de un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la teoría de infracción de deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado, incluso, así se ha precisado de modo razonable como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116¹⁷.

2.5.2. Complicidad única

Para la teoría de infracción de deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública, que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción de deber, la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria y secundaria es, hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor, el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales de infracción de deber no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código Penal que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá

¹⁷ Véase el R.N. N° 1594-2009-Puno

prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

De la revisión de la parte general del Código Penal de 1991, concluimos que la teoría de infracción de deber no fue tomada en cuenta para dosificar y diferenciar la pena a los autores y los cómplices. No hay explicación ni razones plausibles del porqué de esa omisión.

De ahí viene la importante pregunta que siempre se ha efectuado el operador jurídico: **¿cuál es la pena que ha de imponerse en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber?** Siempre el operador jurídico a tratado de aplicar las normas vigentes de nuestro Código Penal, que como ya se dijo se adscribe a la teoría del dominio del hecho.

No obstante, el hecho que las reglas generales de la autoría y participación, actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resulten coherentes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez, al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor es más reprochable, que la conducta desarrollada del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice que no infringió deber especial de carácter penal alguno.

En parecido sentido el profesor Abanto Vázquez¹⁸ en forma atinada enseña que, si se quiere respetar el principio de proporcionalidad, también deben tenerse en cuenta las diferencias de injusto (atenuado) de las distintas conductas que pueda ejecutar el partícipe *extraneus* al momento de participar en la comisión de un delito especial.

En el Proyecto del Código Penal, ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015, ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales. En este documento legislativo encontramos el artículo 31°.2 establece: “Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor”,

Esto significa que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre que se le impondrá menos pena que el autor. La conducta del autor es más reprochable que la del cómplice.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado, encontramos que en el Derecho Penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que

¹⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel, Ob. Cit. 2014, pág. 405.

la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente.

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto, en la Ejecutoría Suprema del 6 de mayo de 2013 argumentó que “su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria. Considero que si el Juez se decide aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud.

2.5.3. Duplicidad de la prescripción.

¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP., establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por

este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, les alcanza la duplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así tenemos el **Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116** del 16 de noviembre de 2010 (**Problemas Actuales de la Prescripción**), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades lícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere de lo siguiente:

1. Existe una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.

2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado; y
3. Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y, por lo tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

1. Íntegramente del Estado
2. Bienes de Sociedad de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En ese sentido **SALINAS SICCHA, Ramiro**¹⁹, establece que “en tanto que en el **Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116** del 6 de diciembre de 2011 (**Nuevos Alcances de la Prescripción**), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneu*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° del CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o

¹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos Contra la Administración Pública”, 4° edición, Grijley, Lima, 2016, pág. 45.

servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismo sostenidos por éste. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intranei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extranei*, se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

CAPITULO III

DELITO DE DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

ART.365°. ATENTADO CONTRA EL LIBRE EJERCICIO FUNCIONAL.

“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 menor de dos años”.

3.1. El Nomen iuris

En los códigos penales sumillados, de los varios que se han publicado en el país, y en el texto del doctor **PORTOCARRERO HIDALGO**²⁰, se denomina a esta figura **«atentado contra autoridad»** o **«atentado a la autoridad»**, a semejanza de la nomenclatura empleada en el Código Penal Español y la utilizada por algunos penalistas argentinos (CREUS, SOLER, etc.).

Sin embargo, ni los contenidos típicos españoles y argentinos de atentado son los mismos que los que contempla nuestro artículo 365° del C.P, ni aluden exclusivamente a comportamientos de coacción típica²¹. Resulta incorrecto, e inadecuado, por lo mismo, el Nomen iuris «atentado contra

²⁰ PORTOCARRERO HIDALCO, Juan, “Delitos contra la administración pública”, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, p. 43

²¹ VIADA Y VILASECA, Salvador, “Código penal reformado de 1870”, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890, T. LT, pag. 303.

autoridad», pues se trata más propiamente de coacción contra autoridad, funcionario o servidor público.

Las fuentes legales extranjeras de las que se sirvió el legislador peruano son: el artículo 255° del Proyecto suizo de 1918, el artículo 237° del Código penal argentino y el artículo 263° (1) del Código español de 1870.

3.2. Bien Jurídico

En la presente modalidad el injusto típico, estamos frente a un fenómeno de conducta prohibida que atenta contra el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública, cuando el particular (extraneus) perpetra el comportamiento contenido en el Art. 365° del Código Penal.

Entonces aquí no se protege la función ni el cargo, sino la persona del funcionario. Pero más que su integridad o su vida, lo que se protege es su capacidad y/o facultad de autodeterminación, que podría verse constreñida o limitada por el obrar (Ilícito) del agente delictual.

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.

El bien jurídico está constituido siempre por el correcto funcionamiento de la administración pública. Para que la administración funcione correctamente, el funcionario debe decidir “libremente” y los interesados deben advertir también que esa libertad existió al momento de decidir.

Algunos ven aquí incluso en juego el “prestigio” de la Administración Pública, prestigio que sería fundamental para que “pueda ordenar y pretender ser debidamente obedecida”²².

De ahí que con razón se afirme, que el bien jurídico específico es la libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones; el sujeto activo quiere imponer su voluntad a la voluntad del funcionario.

El interés específico protegido es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encarnada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, es decir, el libre ejercicio de la función y realización de los servicios públicos.

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. El tipo en comentario exige que el funcionario sea víctima de violencia en ejercicio de su cargo.

De esta manera se le coacta la libertad jurídica de actuar según la ley. Quedaran fuera del tipo los actos violentos dirigidos a obligar o impedir al funcionario público la realización de acciones distintas al ejercicio funcional.

El bien jurídico tutelado “libertad en el ejercicio de la función pública” es protegido siempre y cuando el ejercicio de la función se realice en el cauce de la ley. El derecho penal no ampara los actos arbitrarios y tampoco castiga la legítima reacción de los ciudadanos frente a hechos de tal magnitud.

²² CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Buenos Aires, Argentina, 1981, pag.10.

Si la autoridad, el funcionario o servidor público actúan coaccionados, los actos que realizan carecen de efectos legales y, principalmente, no pueden considerarse como actos funcionales.

A la ausencia de efectos jurídicos de los actos realizados bajo coacción que no pueden ser considerados como “actos funcionales” se suma el menoscabo de la supremacía, el respeto y acatamiento que en la esfera social deben poseer los actos realizados por la autoridad.

Esto último llevo a que Manzini considere, también, que el atentado contra la autoridad vulnera la preeminencia de la Administración pública; el “prestigio” que es fundamental preservar para que aquella pueda ordenar y pretender ser debidamente obedecida.

Para algunos, debido a las diferencias de los elementos típicos peruanos con los de la legislación extranjera tomada por modelo (el tipo penal peruano admitiría menos casos de violencia y las vincularía a coacción), debería denominarse a esta figura incluso de manera *sui generis* como “atentado-coacción”²³.

3.3. Sujeto Activo y Pasivo

3.3.1. Sujeto Activo.

Siguiendo a Rojas Vargas, consideramos que “sujeto activo es cualquiera, un particular, un militar, un funcionario o servidor público”²⁴.

²³ ROJAS VARGAS, Fidel, “Delitos contra la Administración Pública”, Lima, 1ª ed.,1999, pag. 509,514; 2ª ed., 2001, pag.543, 548; 3ª ed.,2002, pag.715.

²⁴ ROJAS VARGAS, Fidel – Op. Cit., pag. 975

Puede ser cualquier persona; máxime si la capitulación hace referencia a los delitos cometidos por particulares, de lo que se infiere que no se requiere una cualidad especial funcional.

Inclusive puede ser un funcionario o servidor público, empero dicha circunstancia es recogida por el legislador como circunstancia de agravación, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 367° del CP.

Al manejarse un delito común, resulta plenamente identificable la figura de la autoría mediata, sea cuando el ejecutor material del injusto, obra incurso en una causal de inculpabilidad o ante ceguera sobre los hechos (error de tipo). Así, también, resulta admisible las otras figuras de participación delictiva, obra la instigación, obra la complicidad.

Si actúan dos o más y, estos comparten el condominio funcional del hecho, prestando una contribución esencial para la realización típica, serán considerados coautores.

En concordancia con ello, Salinas Siccha refiere, que no se exige alguna condición o cualidad particular en el agente, por lo que cualquier persona mayor de 18 años puede ser autor del delito en hermenéutica. Si, por el contrario, el agente actúa en su condición de funcionario o servidor público, la conducta se agrava según aplicación del numeral 3 del artículo 367 del Código Penal²⁵.

3.3.2. Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo genérico del delito siempre será el Estado, considerado como el titular del bien jurídico: correcta

²⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos Contra la Administración Pública”, Lima, 2014, p.83.

administración pública. En tanto que los agredidos directamente por el comportamiento delictivo serán sujetos pasivos específicos.

Pero, parte de la condición especial, aquella persona para constituirse en sujeto pasivo de la conducta del agente debe estar en ejercicio de sus funciones, es decir que en tales circunstancias el autor de la conducta prohibida, por ejemplo, le obligue a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorbe en el ejercicio de las mismas.

De modo que una persona no está en ejercicio de sus funciones, no podrá ser sujeto pasivo por más autoridad o funcionario público que sea.

Según el tipo peruano, la violencia o amenaza deben estar dirigidas contra un funcionario público, sea que se trate de una autoridad o no. Aquí, hay una desproporción pues debería diferenciarse el injusto reprochado en función del sujeto pasivo, tal como hace el legislador más adelante en el art. 369° al referirse a funcionarios de los poderes legislativos nacional, regional o local.

Será más grave atentar contra una “autoridad” que contra un “funcionario público” cualquiera. Por esta razón, el legislador español ha previsto mayor pena para el primero de los casos (art.551° C.P. de 1995), tal como hizo el Código derogado desde la reforma de 1944 tras una situación anterior similar a la peruana, pero muy controvertida²⁶.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pag.760.

3.4. Comportamientos Típicos:

Uso de Violencia o Amenaza.

Es esencial que el empleo de la fuerza o intimidación sea con el objeto de exigirle al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. Si la violencia se dirige contra la persona del funcionario, con la intención de agredirlo, sin interesar la obstaculización del ejercicio de la actuación funcional, será un acto constitutivo de coacción o de lesiones, dependiendo la magnitud de la afectación.

a) En cuanto a la violencia, es todo acto de constreñimiento dirigido contra la persona misma (violencia personal) o contra las cosas (violencia real), sin embargo, para el segundo caso, ésta para ser típica debe influir indirectamente en la persona del funcionario.

No hay tal influencia en la mera fuerza sobre esas cosas: destrucción de bienes que deben embargarse ante los ojos del funcionario, o cerrar la puerta para impedir que entre a un lugar.

En los casos en que no hubo esta influencia síquica o no fue grave podría haber “desobediencia” si se dan los requisitos de dicho tipo penal. Si la violencia ataca el psiquismo, atemorizando o amedrentando, se habla de violencia moral, pero el mal que se anuncia debe ser “inmediato” y “grave”; en eso se diferencia esta figura de la “amenaza” del “desacato”²⁷.

La doctrina colombiana emplea un concepto amplio de “violencia” que incluye incluso a la “inducción”, o sea el ataque al psiquismo engañando o induciendo. No importaría el grado ni la calidad; p. ej., un insulto, un empujón, incluso huir del lugar pese al llamado del funcionario en ejercicio de sus funciones²⁸.

²⁷ CEREZO MIR, Puig, “Problemas fundamentales del Derecho Penal”, Madrid, 1982, pag. 213.

²⁸ FERRERIA DELGADO, Francisco, “Delitos contra la Administración Pública”, Bogotá, 1985, pag. 188.

Es preferible restringir el concepto como lo hacen la doctrina argentina y la española, pues la “violencia” siempre debe implicar un “atentado” (éste es el término empleado por el código argentino), el cual siempre excluye a la astucia, el engaño y la persuasión. Por último, también debe ser inminente, es decir, actual, no remota.²⁹

Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona de la víctima, para nuestro caso funcionario o servidor público. El autor recurre al despliegue de una energía física, por su poder material, para vencer con ella la resistencia u oposición de la víctima especial.

La violencia se traduce en actos materiales sobre el sujeto pasivo (golpes, coger a la víctima de las manos, etc.) tendientes a obligar o impedir una conducta. Para nuestro caso, para impedir, obligar, estorbar o trabajar una función pública.

Si el agente recurre a la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público, para que éste realice lo que aquél le exige, estaremos ante un supuesto de amenaza, debido a que por temor del sujeto pasivo especial dejará de hacer o realizará lo que exige el sujeto activo.

b) En cuanto a la amenaza, es el segundo medio típico de coacción, que consiste en la intimidación o el anuncio de un mal probable y posible, de ocurrencia futura que afectará al sujeto pasivo especial.

La amenaza como medio facilitador del delito de atentado contra la autoridad consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo funcionario o servidor público cuya finalidad es intimidarlo para que deje de cumplir sus funciones.

²⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal, T. VII, Parte Especial”, Buenos Aires, pag.153 y 154.

También puede obligarlo a realizar determinados actos o estorbarlo en el ejercicio de sus funciones normales. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique.

Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la víctima en un caso concreto será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto.

La amenaza, deberá ser igual que la violencia, idónea para obtener el efecto buscado; es decir, tener aptitud causal para inducir o determinar al sujeto pasivo, ser grave, seria, posible, y de real e inminente realización. Las amenazas pueden ser directas o indirectas³⁰.

Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada.

Para que la amenaza sea efectiva se requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que existe la firme posibilidad que se efectúe el mal con el que se le amenaza; el agente pasivo debe creer que, al no poner resistencia, evitará el perjuicio que se anuncia.

Esta amenaza debe ser dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima especial o de terceros, quedando descartado otro tipo de males; sin embargo, quedará al criterio

³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos contra el patrimonio", Volumen I, Lima, Grijley 2000 pag. 365.

del juez, en un caso concreto, precisar el poder o eficiencia de la amenaza.

3.4. El Tipo Penal integra Tres Modalidades Delictivas.

a) Impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones.

En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, «alzamiento público» presupone que los rebeldes expresen declarada y abiertamente su hostilidad o enemistad, sea con hechos, obra con proclamas, concitando los ánimos para lograr los fines buscados³¹.

Impedir es estorbar o imposibilitar la ejecución de un acto o una cosa, por lo que el agente ha de obstaculizar esencialmente el ejercicio de la actividad funcional, siendo la violencia (física o psíquica), el medio para conseguir esta finalidad. Así también, es un verbo de acción que implica el hacer no realizable, el ejercicio de las funciones propias de la «autoridad», «funcionario» o «servidor».

No basta, para ser típica, que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir, debe impedir; obstaculizar, imposibilitar. Todo lo que no acceda al resultado es tentativa³².

Tampoco que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir. Se exige que

³¹ RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, "Derecho penal español. Parte especial", Dykinson Madrid, 1994, p. 841.

³² ANCELES FRISANCHO, "Estudios de Derecho Pena. Parte Especial", Tomo. VII, Ed. Ius Nostrum, Lima, 1998, pag. 3155.

realmente impida, obstaculice o imposibilite que el funcionario realice sus funciones respectivas.

En lugar común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben ocurrir momentos antes que el funcionario o servidor público ejecute actos propios de sus funciones. "Caso contrario, si en un caso concreto llega a verificarse que los actos de impedir se realizaron en el momento mismo en que la autoridad estaba ejecutando actos propios de su función el hecho se subsumirá en el delito de resistencia a la autoridad previsto y sancionado en el artículo 266° del código penal.

Es violencia física aquella que se realiza – directa o indirectamente – sobre el cuerpo del sujeto pasivo (vis absoluta), mientras que la intimidación o amenaza adquiere su correcto sentido técnico de coerción moral (vis relativa), o sea la que recae sobre el aspecto psicológico-afectivo del hombre³³.

Actualmente, existe una polémica en la doctrina respecto al carácter punible de la amenaza injusta contra un funcionario. La solución que Grisigni da al problema planteado es el siguiente: si el servidor de la administración pública realmente ha cometido un delito, y se le amenaza con denunciarlo para impedir que cumpla con sus deberes oficiales, se estructura el delito.

No se encuadrará en el tipo aquella amenaza consistente en denunciar al funcionario por un hecho que el agente considere lesivo de su derecho³⁴.

³³ TOZZINI, C.A, "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", RDPC, La Ley, 1969, N°1, pag.63.

³⁴ GRISPIGNI, Filippo, "I delitti contro la pubblica amministrazioni", Editorial Ricerchi, Roma, 1953, pag.253.

Quedan excluidos otros medios, como podrían ser la astucia, el engaño o la persuasión, supuestos en que el hecho no constituiría atentado, sin perjuicio de la comisión de otro delito.

b) Obligar – sin alzamiento público – mediante violencia o amenaza, a practicar un determinado acto de las funciones públicas.

A diferencia de lo que ocurre en la primera modalidad delictiva, aquí el sujeto activo direcciona sus actos de violencia o amenaza para lograr que el funcionario o servidor realice un acto funcional propio de la competencia de su cargo o empleo.

Esta modalidad delictiva se presenta cuando el agente por medio de violencia o la amenaza impone, coacciona, somete, constriñe u obliga al funcionario o servidor público a realizar un acto funcional propio de su cargo. Aquí la autoridad todavía no ha actuado y el sujeto activo busca que lo haga en el sentido y tiempo que él quiere.

De este modo, estamos frente a un acto voluntarista de carácter delictivo que imputable al sujeto activo busca acelerar de forma arbitraria de realización por parte del sujeto público de un acto funcional que quedaba a su determinación dentro de los plazos legales.

En palabras de Frisancho Aparicio; Obligar, implica mover e impulsar o hacer cumplir una cosa; compeler. En este supuesto el agente obliga a realizar, mediante amenaza o violencia, un determinado acto de la función pública. De esta manera, el sujeto activo procura imponerse al funcionario público, quebrantando su voluntad.

En efecto, cuando el sujeto activo obliga a practicar un determinado funcional trata de cumplir la finalidad que él no puede concretar por sí mismo por ser para ella necesaria la actividad del sujeto pasivo calificado, es decir, de la autoridad, funcionario o servidor público.

Cuando se obliga a un funcionario público a ejercer los actos funcionales de una competencia se está menoscabando el arbitrio legal de aquél para determinar el momento oportuno para realizarlos.

Para la configuración del tipo se exige que los actos que se obligan a practicar sean actos propios de las funciones.

Así, se excluye de la descripción legal la utilización de violencia o amenaza contra el funcionario público con distintas finalidades, o sea, cuando lo que se pretende de él es un hacer que nada tenga que ver con la función, por ejemplo, exigirle que pague un alquiler.

Es necesario señalar que el acto funcional que realiza el sujeto pasivo calificado debe ser uno que quede comprendido dentro de su competencia legal³⁵.

c) Estorbar.

Esta tercera modalidad del delito de atentado contra la autoridad se configura cuando el agente entorpece, dificulta, perturba, obstaculiza o estorba al funcionario o servidor público en el desarrollo de funciones públicas.

Verificar el motivo o leitmotiv que alienta al sujeto activo, así como la modalidad o forma del estorbo es irrelevante penalmente a efecto de la tipificación del delito. Tales aspectos solo resultaran fundamentales para el momento crucial de individualizar la pena a imponer al agente encontrado responsable.

Estorbar, en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenaza es poner obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los

³⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl, "Delitos Contra la Administración Pública", Editora Fecat, Lima, Edición 2002. Pag. 283 y 284.

sujetos especiales que se hallan ya en el ejercicio de sus funciones. De ahí que se argumente con razón que la acción de estorbar debe ser cometida durante el ejercicio de los actos de función (no antes ni después.)

Se trata de una modalidad de menor gravedad que las primeras, sin embargo, recibe el mismo trato punitivo de aquellas circunstancias que lesionan el principio de culpabilidad por el hecho y principio de proporcionalidad de las penas³⁶.

3.6. Tipicidad Subjetiva.

De la lectura del tipo penal se concluye que se trata de una conducta punible o título de dolo directo, es imposible imaginarse un dolo eventual, pues el sujeto activo persigue siempre una finalidad específica al ejercer la violencia o amenaza.

Esta circunstancia nos lleva a verificar también que aparte del dolo debe concurrir un elemento subjetivo adicional, que se constituye en la intervención del agente de querer imponer su voluntad en lugar de la voluntad del funcionario, servidor público o autoridad, para que ejecute algo contrario a sus funciones u omita hacerlo.

Es decir, únicamente resulta punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El agente, sabiendo que se trata de un funcionario y/o servidor público, emplea violencia y/o amenaza sobre aquél, impidiendo que este último realice un acto propio de sus funciones, lo obliga a realizar una acción privativa de su competencia funcional u obstaculizando el ejercicio de sus funciones.

³⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro, "Delitos Contra La Administración Pública", Editorial Grijley, Lima, 2011, pag.73.

Es necesario señalar que el sujeto activo debe saber que el funcionario a quien obliga, impide o estorba en el ejercicio de las funciones públicas se encuentra en el pleno ejercicio de sus atribuciones funcionales, y asimismo, en la esfera de su competencia. Los actos realizados por los sujetos pasivos inmediatos deben ser aquellos para los cuales la ley y la administración les ha conferido autoridad.

Si el sujeto activo utiliza violencia o amenaza, para que el funcionario público ejecute o deje de cumplir actos que no corresponden a la actividad funcional, su acción estará fuera del tipo descrito en el art. 365° y se amoldará a las previstas en los delitos contra la libertad personal.

Rojas Vargas, citado por Ramiro Salinas Siccha, enseña que el dolo supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo, y de que impide, obliga a practicar o estorba el ejercicio funcional, así como presupone voluntad de acción libremente decidida.

3.7. Consumación y Tentativa.

En los supuestos de impedir y obligar se consuman cuando el agente logra su finalidad, cual es impedir al funcionario o servidor público a ejercer sus funciones u obligar al funcionario o servidor público a practicar un determinado acto de sus funciones.

En el supuesto de estorbar en el ejercicio de sus funciones, el delito se consuma con el sólo estorbar; al ser un delito de mera actividad, no es necesario comprobar resultado alguno. Todas las modalidades para su consumación requieren el uso de la violencia o amenaza por parte del sujeto activo.

Es posible que la conducta se quede en grado de tentativa en los supuestos delictivos de impedir y obligar al ser estas modalidades de

resultado. Pero en el supuesto de estorbar, al constituir un delito de mera actividad, no es posible la tentativa.

3.8. Penalidad

Pena privativa de libertad 2 años. Penalidad mínima. Delito de baja criminalización.

3.9. Participación

Caben todas las formas de participación (complicidad, instigación) tanto de particulares como de sujetos públicos especiales.

3.10. Concurso de Delitos

- Con el delito de daños (art. 202°).
- Con el delito de lesiones (art. 122°).
- Con el delito de violencia y resistencia (art. 366°).

En el supuesto de que fracasase en obtener el resultado consumidor (tentativa de coacción pública).

3.11. Legislación Extranjera.

a) España (1870)

«C.P. de España (1879), art. 263: Cometén atentado:

1. Los que sin alzarse públicamente emplearen fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión o sedición (atentado impropio).
2. Los que acometieran a la autoridad o a sus agentes, o emplearen fuerza contra ellos, o los intimidaren gravemente o los hicieren resistencia

también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellos (atentado propio)».

b) Italia (1930)

<<C.P. de Italia (1930), Art. 336°:

Quien usa violencia o amenaza contra un oficial público o contra un encargado de un servicio público para constreñirlo a hacer un acto contrario a los propios deberes o a omitir un acto de oficio o del servicio, será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años.

La pena será de reclusión hasta de 3 años, si el hecho es cometido para constreñir a alguna de las personas mencionadas a cumplir un acto del propio oficio o servicio, o para influir sobre ella.

Art. 366°. Violencia y resistencia a funcionario público o persona que le presta asistencia.

“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 un requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

3.12. Consideraciones Generales.

El antecedente legal peruano más próximo e indirecto se halla en el artículo 322° del código de 1924: «El que resistiera o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia por demanda de éste en virtud de obligación legal, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días».

Los enunciados normativos – constitutivos de tipos penales – importan la definición de conductas prohibidas o de mandatos cuyos destinatarios han de acatar su pena de ser sancionados punitivamente.

En tal sentido, la construcción de las figuras ha de ser lo más riguroso posible, en orden a cautelar los efectos comunicativos de mensaje normativo; la claridad, la precisión y simplicidad del lenguaje se alzan en propiedades indispensables de los hechos delictuosos de manera que el legislador no debe abusar de una excesiva tipificación cuando puede más bien regir una economía legislativa en el proceso de penalización.

Veamos, sin embargo que, el legislador en el marco del artículo 366° del C.P., ha propuesto la elaboración normativa de un tipo penal muy semejante al contenido en el artículo anterior (Violencia contra un funcionario público); resultando que los medios comisivos (violencia e intimidación) como el destinatario de aquellos (funcionarios públicos), son los mismos que los contemplados en el tenor literal del artículo 365°, bajo la distinción de que en el presente delito, la violencia pueda recaer, en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél.

3.13. Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico protegido de modo general es el normal funcionamiento y desarrollo de la recta administración pública. En tanto que el interés jurídico particular es el garantizar la libertad de acción pública del funcionamiento de los actos de coacción de terceros.

Se lesiona la libertad de determinación del funcionario público, pero el ataque se produce en la fase de ejecución de los actos funcionales, es decir, luego que hubo actividad funcional con un destinatario concreto y en el momento en que se está cumpliendo la orden del funcionario público.

En palabras de Núñez, Ricardo³⁷ “el delito de violencia y resistencia a la autoridad lesiona el orden de la administración pública, atacando el libre ejercicio de la actividad funcional.

3.14. Sujeto Activo y Pasivo

3.14.1. Sujeto Activo

Sujeto activo o autor del delito puede ser cualquier persona, no se exige alguna condición o cualidad especial del agente. Puede perfeccionar el delito hasta un funcionario público, no obstante, si ello se verifica la conducta se agrava tal como aparece dispuesto en el art. 367° del Código Penal.

3.14.2. Sujeto Pasivo.

Sujeto pasivo es el Estado, como titular de toda la actuación pública que toma lugar en los estamentos que se comprenden en el ámbito de la administración.

También identificamos sujeto pasivo de la acción, es decir, la persona sobre la cual recae la violencia y la amenaza; en principio será un funcionario y/o servidor Público, aunque por lo general lo será un funcionario con autoridad.

En resumen, el sujeto pasivo siempre será el Estado al constituirse el único titular del bien jurídico protegido en este delito: el funcionamiento y desarrollo de la correcta administración pública.

Asimismo, el funcionario público sería el sujeto pasivo específico o directo; por excepción, la titularidad específica del sujeto pasivo se

³⁷ NUÑEZ, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”, Tomo 7º, Ed. Lerner, 1974, pag. 397.

extiende al asistente que actúa en virtud de un deber legal o ante un requerimiento efectuado por el funcionario público³⁸.

Es decir, la afección del bien jurídico se lleva a cabo en la persona de sus representantes, esto es, los funcionarios públicos o las personas que les prestan asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquellos.

3.14.3. El que presta asistencia al funcionario público.

En palabras del maestro Fidel Rojas Vargas, el tipo amplía la calidad de sujeto pasivo a un tercero que no es funcionario público pero que, dada la importancia de su papel de apoyo, auxilio o presencia para el cumplimiento o aplicación del acto funcional, requiere se le brinde una tutela idéntica que al funcionario.

Dicho asistente puede ser un auxiliar dependiente del ámbito administrativo de influencia del funcionario (técnico, secigrista, auxiliar) u otro que pertenezca a la estructura estatal (por ejemplo, el soldado) o un particular que para tal efecto ha sido requerido.

El tipo legal establece dos requisitos para el otorgamiento de la tutela penal al «asistente»:

- a)** Que preste la ayuda en razón a un deber legal y;
- b)** que haya sido su participación requerida por el funcionario.

Deber legal de asistencia tienen los servidores públicos, vigilantes asimilados a la órbita del cargo o función y todos aquellos que por ley o reglamento asisten de modo usual al funcionario en la ejecución de los actos funcionales.

³⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro, op. cit., pag.82

El requerimiento implica la orden o solicitud intimatoria dirigida al personal de otro ente estatal (las fuerzas armadas, policiales).

En el caso del particular que asiste al funcionario, si éste es requerido en situaciones excepcionales le cabe también la tutela penal. Si el particular de acto propio interviene para colaborar con el funcionario, el tipo no lo considera sujeto pasivo, situación esta última que puede generar cuadros de injusticia normativa³⁹.

3.15. Modalidades Delictivas.

El acto debe estar comprendido dentro del marco de esfera competencial del funcionario público.

a) Intimidación o violencia.

La violencia debe de dirigirse al funcionario público o a quien ejerce labores de apoyo o de asistencia.

Es que, si la intimidación o violencia recae sobre la persona que le presta asistencia y/o apoyo al funcionario público con autoridad, su actuación debe obedecer a un “deber legal o ante el requerimiento de aquel”.

Cuando hablamos de un deber legal, hemos de referirnos a la normativa que en específico regula la actuación del asistente o de quien brinda el apoyo al funcionario público, es decir es la misma ley que se encarga de conferir tales labores al coadyuvante de la labor funcional.

Es que la conducta del agente debe de dirigirse a impedir o trabar la ejecución de un acto funcional.

³⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, “Delitos Contra la Administración pública”, 4ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pag. 989 y 990.

Cualquier tipo de violencia posteriori, cuando ya se ejecutó el acto administrativo, no se encuadra en el presente delito, configurando delitos comunes.

Cuando el agente despliega una violencia física o psicológica importante, con la finalidad de impedir y/o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, de un funcionario público o de alguien que le presta asistencia, sin necesidad de que dichos objetivos sean materializados.

Si es que la amenaza o la violencia vienen provistas de medios inocuos, que carecen de idoneidad suficiente para lograr el propósito contenido en el enunciado normativo propuesto en el art. 366 del C.P., estaremos ante un delito imposible.

3.16. Comportamientos Típicos.

a) Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones⁴⁰.

Esta modalidad consiste en hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la autoridad. Esta modalidad de coacción, el sujeto pasivo especial es de naturaleza activa y de resultado. No basta que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir.

Se exige que realmente el sujeto activo, con el desarrollo de su conducta, busque impedir, obstaculizar, o imposibilitar que el funcionario realice sus funciones respectivas.

⁴⁰ Ejecutoria superior de 9 de enero de 1998 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. N°7024-97: diligencia de lanzamiento que es impedida por diversos sujetos que profiriendo frases hirientes y golpeando a policías logran la suspensión de dicha medida

En la figura que analizamos el sujeto activo busca evitar el ejercicio legítimo de la función pública, para esto se vale de medios violentos (vis absoluta o vis relativa). Como ya hemos señalado la violencia debe ser idónea para coactar la libertad del funcionario público. Trababar, es impedir o estorbar la ejecución de una actividad.

En este caso el sujeto activo puede obstaculizar el ejercicio de la actividad funcional, cuando ésta ya se está realizando, así como el evitar que ésta empiece. Como señala Fontan Balestra, la ejecución del acto funcional significa entorpecerlo o dificultarlo.

Es lugar común en la doctrina peruana que lo actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente debe ser en el momento mismo en que la autoridad está realizando o ejecutando actos propios de su función. Caso contrario, si en un caso concreto se llega a verificar que los actos de impedir se realizaron momentos antes que el funcionario o servidor público ejecute actos propios de sus funciones, el hecho se subsumirá en el delito de atentado contra la autoridad previsto y sancionado en el artículo 365° del Código Penal.

Impedir es imposibilitar la ejecución de algo. La acción delictiva puede desarrollarse a lo largo del acto de ejecución⁴¹.

Para que se lleve a cabo esta conducta es totalmente necesario que exista una resolución adoptada por el funcionario y que el acto de ejecución se haya ya iniciado materialmente para que el sujeto activo trate de impedir su cumplimiento, sobre todo en la modalidad delictiva que hace uso de la violencia.

⁴¹ SOLER, "Derecho penal argentino. Parte Especial", Tomo V, Buenos Aires, Argentina, pag. 100.

La sola amenaza o violencia no consuma el delito, tiene que probarse su orientación o direccionamiento⁴².

Es necesario tener en cuenta que el acto funcional no debe ser abusivo, pues en un Estado democrático de derecho como es el nuestro no debe dejar de reconocerse el derecho de resistir frente a las arbitrariedades de los funcionarios o servidores públicos.

En este punto **CARRARA** opina que, “el derecho a la defensa privada está prohibido a los individuos en la sociedad civil fuera de los casos de una necesidad actual: cuando la defensa pública, por resultar impotente para tutelar el derecho, no cumple su función, resurge con fundamento la potestad de la defensa privada. Cuando un hombre cualquiera ataca injustamente mi derecho, yo no tengo la obligación de soportar su despojo, y la sociedad que en esa flagrancia no está en condiciones de defenderme, debe tolerar que yo me defienda mediante mis propias fuerzas privadas. Vosotros no podéis negarme, contra el funcionario público que quiere despojarme de mi derecho de libertad y de propiedad para satisfacer una pasión culpable o una venganza criminal, el derecho de resistencia que me reconocisteis contra el intento vandálico que pretendió someterme a su poder para ejecutar un secuestro”⁴³.

b) Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.

Intimidación o violencia la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones públicas.

⁴² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano”, Palestra, 1ª edición, 2001; 2ª edición, Lima 2003, pag. 157.

⁴³ CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo VI, Editorial Temis, Bogota, 1961, pag. 2762.

Como señala Fontan Balestra trabar la ejecución del acto funcional significa entorpecerlo o dificultarlo⁴⁴. No existe aquí el propósito de impedir la ejecución, se trata en muchos casos de ganar tiempo, de diferir para más adelante lo que es ya inminente.

El acto de trabar implica, no sólo el buscar su no feliz terminación sino también la posibilidad, como sostiene Carlos CREUS, de que el acto se realice como lo desea el sujeto activo⁴⁵.

Para que se realice el delito es necesario que la resistencia importe siempre una oposición activa al desarrollo del acto funcional por parte del agente⁴⁶.

3.17. Tipo subjetivo.

Es un delito doloso. El agente actúa con la finalidad de impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de la función; para ello utiliza la 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 aquel.

3.18. Consumación y tentativa.

El delito en sus dos modalidades se perfecciona cuando el agente despliega la violencia o intimidación con la finalidad de impedir o trabar el acto funcional que el sujeto pasivo viene efectuando.

Es decir, el delito se consuma con el despliegue de los medios violentos contra el funcionario público o los otros posibles sujetos pasivos mediatos,

⁴⁴ FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pag.161.

⁴⁵ CREUS, Carlos, "Derecho penal. Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 1990. T. 2, pag. 226

⁴⁶ MAGGIORE, Giuseppe, "Derecho Penal. Parte Especial" Vol. II, Bogotá, Editorial Temis, 1972, pag.247.

con la finalidad de impedir o trabar el acto funcional. A efectos de la consumación no es necesario que el agente logre su objetivo de impedir o trabar el acto funcional. Si ello se verifica, estaremos ante un delito agotado.

No le falta razón al profesor Rojas Vargas cuando argumenta que el delito en sus dos variantes (impedir y trabar) es un delito de simple actividad, no es de resultado, y se consuma con la realización de la intimidación y violencia orientadas o en vínculo causal hacia las finalidades típicas de impedir o trabar.

No siendo exigible que el sujeto activo obtenga su propósito, esto es, que se produzca el real impedimento o la traba del acto funcional. Basta verificar que la conducta del agente estuvo dirigida a lograr las finalidades que encierran los verbos rectores de impedir o trabar.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que en este delito no es posible la tentativa, pues estamos ante un delito de mera o simple actividad. Antes del ejercicio de la violencia o del conocimiento de la amenaza solamente existen actos preparatorios; y después del despliegue de estas conductas ya hay delito consumado.

3.19. Participación

Caben todas las formas de participación, complicidad, instigación de particulares como de sujetos públicos.

3.20. Penalidad

Tiene una sanción más elevada que el tipo 365, pues la pena oscila entre 1 a 3 años de privación de la libertad.

3.21. Legislación Extranjera

a) Italia (1930)

«C.P. de Italia (1930), art. 337: Quien usa violencia o amenaza para oponerse a un oficial público o a un encargado de un servicio público, mientras cumple un acto de oficio o servicio, o a quienes siendo requeridos, le presten asistencia, será castigado con reclusión de seis meses a cinco años».

b) Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 384:

1. Quien empleare violencia o amenaza grave contra funcionario, o miembros de las fuerzas armadas o de las fuerzas militarizadas, para oponerse a que practique o continúe practicando acto legítimo propio de sus funciones o para constreñirlo a que practique o continúe practicando acto relativo de sus funciones, pero contrario a sus deberes, será penado con prisión de hasta 2 años y multa de hasta 100 días.
2. Si la violencia o amenaza grave produjere el efecto querido la pena se elevará hasta 2 años y la multa hasta 150 días».

c) Argentina

En la legislación pena argentina, el art. 238 de la Ley 21.338 establece:

“Será reprimido con prisión de dos meses a tres años, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia en virtud de un deber legal o a requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones”.

CAPITULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016/CJ-116.

En el presente capítulo, se enfoca a desarrollar dos principios constitucionales que contempla el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CJ-116, el cual debe tener en cuenta el juzgador a la hora de determinar judicialmente la pena según el grado de responsabilidad penal de un sujeto que ha cometido el ilícito penal y que por lo tanto se ha demostrado en el transcurso de la audiencia de juicio oral. Por consiguiente, lo anteriormente señalado servirá para la propuesta legislativa que quiero dar a conocer, a fin de brindar una mejor interpretación desde estos dos principios constitucionales, los cuales son de Proporcionalidad y Pena Justa, para una mejor solución en cada caso concreto cuando se presente supuestos dentro del delito de violencia y resistencia a la autoridad, en su forma agravada, tal como lo estipula el art. 367° del CP y así proponer un proyecto de ley, a fin de modificar el literal c) del segundo párrafo del mencionado artículo.

4.1. El Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es totalmente relevante desde el momento que sabemos que no existen derechos absolutos, sino que todo derecho se enfrenta o es susceptible de ser limitado, en consecuencia, interesa saber ¿cómo? y ¿de qué manera? Se pueden limitar derechos, así el principio de proporcionalidad trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar derechos, expandiendo tanto como sea posible su esfera de protección, así como bien señala Gustavo (1995)⁴⁷.

⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, "Ley, Derechos, Justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pg. 93 y siguientes.

Los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.

En pocas palabras el principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder Público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial, así para un mayor esclarecimiento Bardo (1998)⁴⁸, “en el área del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos, ocupando un rol importante en la fundamentación de las decisiones tanto de los tribunales internos, como de los tribunales internacionales de derechos humanos”, complementando esta conceptualización Markus (2015)⁴⁹ nos dice que *“La generalizada aceptación que hoy en día goza en la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en una doble vertiente, es decir, como criterio de actuación y como parámetro de control. De manera que «todos los poderes públicos, sea cual sea su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad y, a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva”.*

⁴⁸ BARDO, Fassbender, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», en Cuadernos de Derecho Público, N.º 5, (1998): 52 y ss.; Javier Barnés, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en Cuadernos de Derecho Público, N.º 5 (1998): 15-49

⁴⁹ MARKUS GONZÁLEZ, Beilfus, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, 2da. Ed, Navarra: Aranzadi-Thomson S.A., (2015), pag.79.

Según Francisco (2009)⁵⁰, “dentro del campo específico de los derechos fundamentales el tema no es pacífico y puede afirmarse que, mientras algunos autores opinan que ponderación y proporcionalidad son nociones sinónimas”, mientras que Jiménez (1999)⁵¹ nos dice que *“otros indican que se trata de ideas contrapuestas, bajo el entendido de que la ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control en relación con el grado de restricción de los derechos, aun cuando ambos conceptos puedan estar relacionados”*.

Ésta finalidad del principio de proporcionalidad como herramienta argumental consistirá en verificar en la motivación de la sentencia que argumentos y criterios interpretativos centrales pueden constituirse en un marco legalmente válido para la aplicación de la pena, al estar provisto de un grado de racionalidad controlable y aceptable judicial y socialmente , de lo contrario como señala Javier (1999)⁵², *“el principio de proporcionalidad, y fundamentalmente su aplicación a los casos concretos, no sería más que una «composición salomónica.»*

En todo caso resulta totalmente necesario, que el principio de proporcionalidad se relacione con una noción de racionalidad lógico – operacional a través de las cuales los órganos jurisdiccionales desarrollen una actividad de control exigiéndole que su fundamentación ha de estar

⁵⁰ VELASCO CABALLERO, Francisco, «Método de la ponderación y sistema competencial» en, Ponderación y Derecho Administrativo, ed. Por Luis Ortega y Susana de la Sierra (coords), Barcelona: Marcial Pons, 2009), pag.155 y ss.

⁵¹ ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo...», 33- 34. Igualmente, Blanca Rodríguez Ruiz, «El caso ‘Valenzuela Contreras’ y nuestro sistema de derechos fundamentales» en Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 56, (1999): 233 y ss

⁵² JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Derechos fundamentales. Concepto y garantía”, Editorial Trotta, Madrid, (1999), pag.73.

provistas de ideas claras en relación con la pena, por tanto y consecuentemente logrará ser un mecanismo o una fuente de legitimidad de tarea jurisdiccional.

4.2. Estructura del Principio de Proporcionalidad

Necesidad, se materializa en el principio de *mínima intervención* del Derecho Penal, en cuanto su formulación legal de carácter fragmentario y subsidiario. La **Proporcionalidad**, en sentido estricto, exige equilibrar la respuesta aflictiva del Estado ya no con relación a la gravedad del injusto cometido, sino al sentenciado y su contexto de vulnerabilidad.⁵³

4.2.1. Idoneidad

Ante un marco punitivo concreto que vincula al juez y la inminente efectividad de la imposición de una determinada cuantía de pena privativa de libertad, el juez deberá considerar el efecto desocializador que supone el sufrimiento de la privación de la libertad y, atender al programa resocializador de la Constitución; empero, dado su carácter contrafáctico, corresponderá **idóneamente** la imposición de una pena privativa de libertad propendiendo a alcanzar el umbral mínimo del marco punitivo, *con las razones que el caso provea*, pues será la más idónea para no producir un mayor efecto desocializador.

En ese sentido, **CIANCIARDO**⁵⁴, refiere que este sub principio de adecuación presenta tres problemas: **a)** determinar con precisión la finalidad que se procura alcanzar mediante la imposición de la pena

⁵³ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. "Individualización judicial de la pena", Colex, Madrid, 1997, pág. 181.

⁵⁴ CIANCIARDO, Juan. "El principio de razonabilidad", Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 62.

privativa de libertad; **b)** si la adecuación que se exige debe ser ex ante o a posteriori del dictado de la sentencia; y **c)** si el juicio de idoneidad tiene carácter técnico o se reduce a una evaluación de mera posibilidad que tiene la norma cuestionada de alcanzar su objetivo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha considerado: *“El sub principio de idoneidad exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; y, de otro lado, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo. Es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”.* **(Exp. N.º 003-2005-AI/TC, 09/08/2006, fj.69,)**

4.2.2. Necesidad

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la más idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles; comparación en la cual se analiza la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y al menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental. La necesidad debe de realizarse en función de la medida más favorable posible jurídicamente para el derecho intervenido: la libertad individual.

Tal como sostiene **PRADO SALDARRIAGA**⁵⁵, la intervención en los derechos fundamentales, a través de la imposición de pena debe ser

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Aplicación de la pena. Academia de la Magistratura, Lima, 200, pág. 61

por no existir otros medios alternativos del poder punitivo. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si en el sistema de penas del CP. encontramos otras Medidas Alternativas a la Pena Privativa de Libertad, también denominadas sustitutivos penales o subrogados penales, que constituyen un variado conjunto de procedimiento y mecanismos normativos, que tiene como función eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad, de corta o mediana duración.

En definitiva, se trata de la necesidad de la medida adoptada y supone una concreción del principio de intervención mínima, que consiste en comprobar “la posibilidad de utilizar medidas alternativas menos gravosas, pero de la misma eficacia que la analizada. Este sub principio constituye un filtro de contención que se expresa en que el poder punitivo solo intervenga cuando no concurra ninguna otra alternativa; en definitiva, es un sub principio político criminal limitador del poder punitivo estatal. Este principio está integrado por tres postulados: el respeto al carácter *fragmentario* del Derecho Penal.

4.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El Tribunal Constitucional, respecto de este tercer subprincipio ha señalado que: “El subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal”. **(Exp. N.º 0003-2005-AI/TC, 09/08/2006, fj. 69).**

Hay que tener en cuenta que, en la realidad, se presentan casos concretos, en los que se hace imperioso vencer la mera legalidad del marco punitivo. En efecto, aplicando el test de proporcionalidad podría justificarse, conforme al caso concreto, la individualización de la pena en una cuantía inferior al marco concreto, y aún su no imposición; siempre y cuando las razones en contra de imponer la pena se configuren en razones inderrotables en el juicio de ponderación.

4.2. Principio de Pena Justa.

Como bien se sabe el derecho penal es el creador del poder penal del Estado, un poder que aún sometido a ciertos límites, modernamente representa la más poderosa autorización coactiva contra los individuos que posee la organización política. En pocas palabras la característica formal del Derecho consiste en que puede ser impuesto de modo inexorable a todos los sujetos, a cualquier precio, con, sin o en contra de la voluntad de estos, venciendo en tal caso su resistencia por medio de la fuerza. La pena es una manifestación de la impositividad inexorable del derecho.

Hasta el día de hoy la idea del castigo difícilmente puede dejar de advertir las ideas de venganza y aflicción, siguiendo una idea arcaica de que ante un mal como es el delito, se debe responder con otro mal, que es la pena; sin embargo, cabe precisar que en el derecho penal ante todo debe regir un sentido de justicia, Zaffaroni (2005)⁵⁶ señala que *“Háyase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público”* que posteriormente

⁵⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2005, “Derecho Penal Parte General”, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar, pg. 73.

lograría encaminarse hacia una humanización de las penas, es decir una pena justa en la cual la dignidad del ser humano se vea reforzadamente protegida.

Un ejemplo claro es lo señalado por Bramont Arias (2000)⁵⁷ que señala que la pena es un “**mal**” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad” olvidándose de la pena en sentido de venganza como lo señalado en palabras de Echeandía (1996)⁵⁸, que no dice que “la pena se puede definir como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible”, lo que no quiere decir que el sentenciado tenga que ser objeto de imposición de penas severas y arbitrarias por parte de quien imparte “justicia”, de ser así el condenado sería un “objeto” pasible de ilegalidades y ya no “persona” investida de derechos, en consecuencia la pena tendría una finalidad como la promulgada por Kant (1962)⁵⁹, el cual señalaba “la ley penal es el imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el contexto de justicia absoluta”.

Por lo anteriormente expuesto en el derecho Penal existe el principio de la pena justa dirigido primordialmente a no desconocer que es deber del Estado proteger también al sentenciado, que si bien es cierto le suprime derechos como el derecho inherente a la libertad no quiere decir que

⁵⁷ BRAMONT, Arias Torres, Luis Miguel, “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier, “Derecho Penal. Parte General”, Edit. San Marcos, Lima, 1998, p. 101.

⁵⁸ REYES ECHEANDÍA, Alfonso, “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pg.45.

⁵⁹ KANT, Enmanuel, “principios metafísicos del Derecho, Editorial Cajica, México, 1962, pag.185. Reyes Echeandía, Derecho Penal, Op.cit.,248.

desconoce y o suprime sus demás derechos; uno de ello es que el órgano jurisdiccional le imponga una pena, pero una pena en proporción al delito cometido, en las circunstancias de hechos probados en un debido proceso, a esto sumado lo establecido por el artículo. VIII del T.P. del Código Pena, la cual establece que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho [...], y más aún cuando la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora tal y como lo señala el artículo IX del T.P. del citado Cuerpo Normativo en concordancia con el artículo II del T.P. del Código de Ejecución Penal, la cual tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad; en pocas palabras la justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél, de modo que apartarse de dichas finalidades o desconocerlas infringiríamos el sistema judicial y por lo tanto desconoceríamos derechos protegidos constitucionalmente, imponerle una pena injusta al condenado seria marcarlo de por vida, simplemente por el hecho de haber errado lo que hace todo ser humano pero en este caso sin darle la oportunidad de corregirse, de darle el mensaje a la sociedad que Estado ampara a todos los ciudadanos sin excepción y consecuentemente cambiaría el concepto que hoy se tiene de un sistema judicial en el Perú.

4.3. Fundamentos de la propuesta legislativa

Luego de haber desarrollado a través de la doctrina y jurisprudencia, los dos principios constitucionales que señaló el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CJ-116, se expondrán los siguientes fundamentos para coadyuvar a mejores soluciones proporcionales y cumpliendo una pena justa al imponérsele al sujeto que ha cometido los supuestos de los art. 365° y 366° junto con su agravante contenido en el art. 367°, segundo párrafo, numeral 3 del Código Penal.

Por otro lado, no comparto lo que señala el mencionado Acuerdo Plenario Extraordinario, toda vez que en el fundamento 20, al precisar “*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 ejercita contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violaciones 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 de la agravante específica 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 solo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad.*”

En efecto, desde una perspectiva constitucional, es una respuesta saludable al caso Buscaglia, más aún, hace prevalecer el principio de proporcionalidad y el principio recto de pena justa, sin embargo, ¿Qué pasa con los elementos de tipo de los artículos 365 y 366° con su agravante en el 367°, segundo párrafo, numeral 3 de nuestro Código Penal? ¿Acaso tiene facultades legislativas los jueces supremos cambiar o modificar frente a un ilícito penal, cambiar los elementos del tipo y

acomodarlo en otro, solamente porque en otro tipo penal, sí se refleja la cuantía de la “violencia”? Recordemos, que el elemento “violencia”, se encuentra tanto en los tipos penales del 365° y 366° (delitos de violencia y resistencia contra la autoridad), como también se contempla en los delitos de lesiones leves y graves, claro está que estos últimos, si hay una cuantificación cuando el autor ejerce “violencia”, en el sentido que hay criterios y pautas que distinguen una de otra, es decir cuantos días de incapacidad médico legal y asistencia facultativa requiere el agraviado, no obstante, la solución asumida por los jueces supremos, no es la correcta, porque no tienen la facultad legislativa para hacerlo.

No obstante, también es cierto, que los jueces supremos en el fundamento 24, proponen 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 prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad”.

Ahora cabe preguntarnos ¿A qué se refiere si los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad?, Acaso, la solución es que, la violencia ejercida contra la autoridad policial no sobrepase la cuantía de días de incapacidad médico legal y atención de facultativa del delito de lesiones leves o lesiones graves. Es una propuesta razonable, sin embargo, a criterio personal, se olvidó de modificar el numeral 3 del segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal.

4.4. El Concurso Ideal como propuesta de solución para derogar el numeral 3, segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal Peruano.

Al amparo del artículo 48° del Código Penal, a través del cual estipula el Concurso Ideal que prescribe lo siguiente: *“Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprima hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”*.

Por tanto, si nos remitimos al caso Buscaglia, sobre los mismos hechos, y la violencia ejercida contra la autoridad policial, el cual se configura como **circunstancia agravante específica** tanto en los delitos de lesiones leves (art. 121°), lesiones graves (art. 122°) y en las formas agravadas del art. 367° del CP. Por consiguiente, dicha circunstancia agravante específica contemplada en los tres artículos antes mencionados, resulta inadecuado, pues acarrea tener una doble valoración de la misma, es decir, por ejemplo, si un sujeto comete el delito de “Violencia contra un funcionario público”, contenido en el art. 365° del CP, siendo el sujeto pasivo un policía, se encuadraría perfectamente en la circunstancia agravante del art. 367° del CP, que estipula una serie de formas agravadas en los casos de los arts. 365° y 366°. Sin embargo, dicha violencia ejercida contra el policía, ha sido tan severa que causo la mutilación de una parte del dedo de su mano derecho del referido funcionario, la pregunta que nos viene en la mente es ¿Qué delito se encuadraría el supuesto de hecho anteriormente mencionado?, La solución es primero modificar la circunstancia agravante específica que contempla el art. 367°, numeral 3, segundo párrafo, cuando menciona que ***“La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando: 3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía”***. Posteriormente, encuadrarlo en un Concurso Ideal de delito, es decir, el autor que agredió con violencia exagerada contra la autoridad policial, se encuadraría perfectamente en el delito de lesiones graves, art. 121° segundo párrafo, a través del cual prescribe *la pena será*

no menor de seis ni mayor doce años, , y el delito de violencia contra un funcionario público que prescribe la pena será no mayor de dos años de pena privativa de libertad, es decir, si se trataría de configurarse un **Concurso Ideal de delitos**, fácilmente el juez tiene la facultad, más no la obligación, de aumentar una cuarta parte del máximo legal de la pena fijada para el delito más grave, es decir, será a criterio del juzgador, que esa conducta desplegada por el autor cuando mutiló el miembro del dedo de la mano izquierda del efectivo policial, aumento o puede quedarse en la máximo legal fijada por el delito más grave.

Es una postura razonable que propongo, de acorde al principio de mandato de determinación, elemento que proviene del principio de legalidad, es decir, las leyes, normas, deben estar claras, precisas, a fin de coadyuvar al juzgador a tomar decisiones más justas en cada concreto.

CONCLUSIONES

1. Que las diferencias entre el delito de “Violencia contra un funcionario público” y el delito “Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones”, es que el primero de ellos, la violencia o amenaza se ejerce contra el funcionario a fin de impedir, obligar y estorbar, el **ejercicio de las funciones del mismo**, muy por el contrario, se configura el segundo delito, cuando se ejerce violencia e intimidación para trabar e impedir **la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio**.
2. Que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta que la sanción punitiva a imponerse al autor que ha cometido un ilícito penal debe encuadrarse en el respeto de los principios constitucionales como el de proporcionalidad cumpliendo el test respectivo del mismo y el principio rector de pena justa, a fin de evitar arbitrariedades en las decisiones judiciales.
3. Que el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CJ-116, desarrolla y asuma la posición de dos principios constitucionales como son: Proporcionalidad y Pena Justa, brindando una respuesta saludable, a fin de determinar judicialmente la pena concreta que se debería configurarse en el delito de violencia y resistencia a la autoridad.

RECOMENDACIONES

1. Que el Consejo Nacional de la Magistratura, organice periódicamente capacitaciones a Jueces y Fiscales, a fin de coadyuvar en sus decisiones judiciales, y así evitar incorrectas interpretaciones.
2. Que los jueces supremos al reunirse en un pleno, a fin de, unificar criterios jurídicos deben ser conscientes y responsables al tomar decisiones. Para tal efecto, se recomienda reunirse en otra oportunidad, para avocar el tema jurídico de los elementos del tipo de los artículos 365° y 366° del Código Penal.
3. Que el proyecto de ley que propongo en este presente trabajo de investigación se tome en cuenta a fin de coadyuvar en el mundo jurídico del Derecho Penal, más aún, si la libertad de un sujeto está por encima de cualquier sanción grave y draconiana.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABANTO VASQUEZ, Manuel, “Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”. Grijley, Lima, 2014, pág. 408.
- 2) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano”, Palestra, 1ª edición, 2001; 2ª edición, Lima 2003, pag. 157.
- 3) ANCELES FRISANCHO, “Estudios de Derecho Pena. Parte Especial”, Tomo. VII, Ed. Ius Nostrum, Lima, 1998, pag. 3155.
- 4) ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo...», 33- 34. Igualmente, Blanca Rodríguez Ruiz, «El caso ‘Valenzuela Contreras’ y nuestro sistema de derechos fundamentales» en Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 56, (1999): 233 y ss
- 5) BARDO, Fassbender, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», en Cuadernos de Derecho Público, N.º 5, (1998): 52 y ss.; Javier Barnés, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en Cuadernos de Derecho Público, N.º 5 (1998): 15-49
- 6) BRAMONT, Arias Torres, Luis Miguel, “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier, “Derecho Penal. Parte General”, Edit. San Marcos, Lima, 1998, p. 101.
- 7) CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo VI, Editorial Temis, Bogotá, 1961, pag. 2762.

- 8) CEREZO MIR, Puig, "Problemas fundamentales del Derecho Penal", Madrid, 1982, pag. 213.
- 9) CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. "Individualización judicial de la pena", Colex, Madrid, 1997, pág. 181.
- 10) CIANCIARDO, Juan. "El principio de razonabilidad", Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 62.
- 11) CREUS, Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial", Buenos Aires, Argentina, 1981, pag.10.
- 12) CREUS, Carlos, "Derecho penal. Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 1990. T. 2, pag. 226
- 13) FERRERIA DELGADO, Francisco, "Delitos contra la Administración Pública", Bogotá, 1985, pag. 188.
- 14) FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pag.161.
- 15) FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal, T. VII, Parte Especial", Buenos Aires, pag.153 y 154.
- 16) FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl, "Delitos Contra la Administración Pública", Editora Fecat, Lima, Edición 2002. Pag. 283 y 284.
- 17) GOMEZ MENDEZ Y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos. Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000, 2° ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004

18) GRISPIGNI, Filippo, “I delitti contra la pubblica amministrazioni”, Editorial Ricerchi, Roma, 1953, pag.253.

19) JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Derechos fundamentales. Concepto y garantía”, Editorial Trotta, Madrid, (1999), pag.73.

20) KANT, Enmanuel, “principios metafísicos del Derecho, Editorial Cajica, México, 1962, pag.185. Reyes Echeandía, Derecho Penal, Op.cit.,248.

21) MAGGIORE, Giuseppe, “Derecho Penal. Parte Especial” Vol. II, Bogotá, Editorial Temis, 1972, pag.247.

22) MARKUS GONZÁLEZ, Beilfus, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, 2da. Ed, Navarra: Aranzadi-Thomson S.A., (2015), pag.79.

23) MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte especial, 13º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.922.

24) MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pag.760.

25) NUÑEZ, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”, Tomo 7º, Ed. Lerner, 1974, pag. 397.

26) PARIONA PASTRANA, Raúl. “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”; en Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima enero 2011, pp. 69-83, encontrada en la pág. 73

- 27) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "Derecho Penal Parte Especial". Editorial Moreno S.A., Tomo V, Lima, octubre 2010, pág. 114
- 28) PORTOCARRERO HIDALCO, Juan, "Delitos contra la administración pública", Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, p. 43
- 29) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Aplicación de la pena. Academia de la Magistratura, Lima, 200, pág. 61
- 30) REYES ECHEANDÍA, Alfonso, "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogota, 1996, pg.45.
- 31) REYNA ALFARO, Luis. "El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales", en Delitos contra la administración pública. (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013, p. 73 y ss.
- 32) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, "Derecho penal español. Parte especial", Dykinson Madrid, 1994, p. 841.
- 33) ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos contra el patrimonio", Volumen I, Lima, Grijley 2000 pag. 365.
- 34) ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos contra la Administración Pública", Lima, 1ª ed., 1999, pag. 509,514; 2ª ed., 2001, pag.543, 548; 3ª ed.,2002, pag.715.
- 35) ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos Contra la Administración publica", 4ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pag. 989 y 990.
- 36) ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, trad. Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, pág. 310

37) SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos Contra La Administración Pública”, Editorial Grijley, Lima, 2011, pag.73.

38) SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos Contra la Administración Pública”, Lima, 2014, p.83.

39) SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos Contra la Administración Pública”, 4° edición, Grijley, Lima, 2016, pág. 45.

40) SALINAS SICCHA, Ramiro. “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en Delitos contra la administración Pública (Franciso Heydegger, coordinador) Idemsa, 2013, pág. 368.

41) SANCHEZ VERA, “Delitos de Infracción del deber”, Bogotá 2003, pág. 283.

42) SOLER, “Derecho penal argentino. Parte Especial”, Tomo V, Buenos Aires, Argentina, pag. 100.

43) SUAREZ GONZALES, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal, Grijley, Lima, 2001, p.161.

44) TOZZINI, C.A, “Los delito de atentado y resistencia contra la autoridad”, RDPC, La Ley, 1969, N°1, pag.63.

45) VELASCO CABALLERO, Francisco, «Método de la ponderación y sistema competencial» en, Ponderación y Derecho Administrativo, ed. Por Luis Ortega y Susana de la Sierra (coords), Barcelona: Marcial Pons, 2009), pag.155 y ss.

46) VIADA Y VILASECA, Salvador, “Código penal reformado de 1870”, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890, T. LT, pag. 303.

47) ZAFFARONI, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2005, "Derecho Penal Parte General", Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar, pg. 73.

48) ZAGREBELSKY, Gustavo, "Ley, Derechos, Justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pg. 93 y siguientes.

LINKOGRAFIA

1) URQUIZO OLAECHEA, José, “Principio de Determinación de la Ley Penal”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 1. Obtenido mediante un artículo del mencionado autor en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf>, visitado el 07.11.2017.

Véase en la página web:
<http://cursos.aiu.edu/administracion/pdf%20leccion%202/tema%202.pdf>,
visitado el 01/02/2018

ANEXOS

Anexo 1:

1. PROYECTO DE LEY N°.....

Proyecto de ley que deroga el numeral 3, del segundo párrafo del artículo 367° del Código Penal para garantizar una medida cautelar excepcional y justa.

- 2. El Grupo Parlamentario de, a iniciativa del Congresista Lissette Valeria Karol Bejarano Ojeda, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa consagrado en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:**

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL NUMERAL 3° DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL

3. Exposición de Motivos

➤ Antecedentes:

Hoy en día los ciudadanos peruanos desarrollan su vida en un ambiente de inseguridad ciudadana e inseguridad jurídica, pues basta con observar los noticieros, revistas y periódicos para darnos cuenta de esta triste realidad. En cuanto a la inseguridad jurídica es propiciada por una mala aplicación de la política criminal que ejecutan los operadores de la argumentación jurídica, ya que existe hoy en día una incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte de abogados, fiscales y jueces; un ejemplo de esta situación fue el caso de Viviana Buscaglia Zapler (diciembre, 2015), hecho que la dejó marcada por haber agredido a un

oficial policial y más aún cuando se le sumo el influjo de los medios de comunicación (criminología mediática), que posteriormente la conllevó a recibir una gracia presidencial (el indulto) por parte del ex presidente Ollanta Humala en base a que era la primera vez que cometió un delito en donde el bien jurídico es de mínima lesividad y la pena que se le impuso era desproporcional en comparación con otros delitos que vulneran bienes jurídicos de mayor valor, conllevado a penas menores.

➤ **La Identificación del Problema:**

Que la identificación lo encontramos en el recordado Acuerdo Plenario Extraordinario, toda vez que en el fundamento 20, al precisar *“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 violaciones 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 de la agravante específica 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 solo se produjeron*

lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad.

En efecto, desde una perspectiva constitucional, es una respuesta saludable al caso Buscaglia, más aún, hace prevalecer el principio de proporcionalidad y el principio recto de pena justa, sin embargo, ¿Qué pasa con los elementos de tipo de los artículos 365° y 366° con su agravante en el 367°, segundo párrafo, numeral 3 de nuestro Código Penal? **¿Acaso tiene facultades legislativas los Jueces Supremos cambiar o modificar frente a un ilícito penal, cambiar los elementos del tipo y acomodarlo en otro, solamente porque en otro tipo penal, sí se refleja la cuantía de la “violencia”?** Recordemos, que el elemento “violencia”, se encuentra tanto en los tipos penales del 365° y 366° (delitos de violencia y resistencia contra la autoridad), como también se contempla en los delitos de lesiones leves y graves, claro está que estos últimos, si hay una cuantificación cuando el autor ejerce “violencia”, en el sentido que hay criterios y pautas que distinguen una de otra, es decir cuantos días de incapacidad médico legal y asistencia facultativa requiere el agraviado, no obstante, la solución asumida por los jueces supremos, no es la correcta, porque no tienen la facultad legislativa para hacerlo.

➤ **Propuesta de Solución**

Para que los supuestos del delito de violencia y resistencia contra la autoridad contemplado en los arts. 365° y 366° del Código Penal, en concordancia con sus formas agravadas, precisamente cuando contempla la circunstancia agravante específica del numeral 3 del segundo párrafo del art. 367° del mismo código adjetivo, cumpla con los principios constitucionales proporcionalidad y pena justa, a fin de evitar arbitrariedades, ante ello es imprescindible una propuesta legislativa.

➤ **Justificación de la propuesta:**

La presente propuesta legislativa surge del debate de un determinado caso que se plasmó y llegó a unificar criterios jurisprudenciales vinculantes a través de un Acuerdo Plenario Extraordinario a fin de respetar el principio de proporcionalidad y pena justa

El propósito es brindar una perspectiva política criminal de futuro obedeciendo a una relevancia social y jurídica, toda vez que, en la actualidad tiene una significativa importancia dentro de las políticas y estrategias que se puede adoptar en la que se busca vincular el Estado con la Ciudadanía, toda vez que, la población a través de una participación activa y responsable debe tener conocimiento claro y preciso de la norma, y su sanción punitiva, respecto al delito de secuestro, a fin de no caer en medidas interpretaciones y reclamos excesivos; asimismo para seguir con el lineamiento que planteo, su justificación económica tiene como objeto determinar que exigencias económicas puede adoptar el Estado con respecto al delito de Secuestro, a fin de que el legislador, se preocupe más en determinar criterios valorativos responsables en diferentes supuestos agravados que tiene el mencionado tipo penal, y no en perder la legitimidad por reclamos de la ciudadanía, o de inseguridad ciudadana.

4. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa de Ley no es contraria a lo que dispone la Constitución Política del Perú en su art. 2, inc. 24, literal e), a través del cual se regula a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; y el art. 1, de la misma Carta Magna.

5. Análisis Costo Beneficio

El presente Proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al horario nacional; por el contrario, la presente modificación normativa generará una mayor seguridad en el tráfico jurídico.

6. Fórmula Legal

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL NUMERAL 3 DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 367° DEL CÓDIGO PENAL

El siguiente artículo debe quedar redactado de la siguiente manera precisando que solo hare la derogación en el segundo párrafo del mencionado artículo:

Art. 367°.- Formas agravadas

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

1. El hecho no se comete a mano armada
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.
3. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
4. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

El numeral derogado es el siguiente:

3.- El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 2. Reglamentación

El ministerio de Justicia reglamentará el procedimiento para la aplicación de la presente ley dentro de los treinta días de publicada en el diario oficial El Peruano.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.º 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°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se realizó 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 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°. 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 SALTARRIAGA, 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°. 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 SALTARRIAGA, RODRÍGUEZ TINEO Y PARIONA PASTRANA quienes expresan el parecer del Pleno

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La Situación Problemática

99

6° Las sucesivas reformas introducidas en el artículo 367° 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



365° y 366° del citado cuerpo legal, se han caracterizado por expresar una clara tendencia hacia la sobrecriminalización. La cual se ha manifestado a través del incremento reiterado 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 3° del **segundo párrafo del artículo 367°** 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°. Internamente la actual redacción del artículo 367° 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°. 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 resienten 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°. 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°. 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°. 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°. 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. 28 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 Maúrtua 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, de la 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 tendrían tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368° (*"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 desobedezca 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 afrentas 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 importante precisar que el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como de la 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 de sus respectivas circunstancias agravantes específicas por la condición funcional o policial del sujeto pasivo:

- Homicidio Calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 108° A).
- Sicariato (Artículo 108° 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 aquella 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 judice* 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 de la agravante específica 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 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. 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, entonces, 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 dirigidas 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 imponer 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.

105

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 la Salas Penales Supremas estiman pertinente 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 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