

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA DEROGACIÓN DE  
LA AGRAVANTE DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE  
PROTECCIÓN EN EL DELITO DE RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA  
A LA AUTORIDAD REGULADO EN EL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO  
PENAL PERUANO**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**JACK BRAYAN ROMERO ORDOÑEZ**

Asesor:

**M. Cs. BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**

Cajamarca, Perú

2025

### CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:  
Jack Brayan Romero Ordoñez  
DNI: 73372027  
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.  
Programa de Maestría en Ciencias. Mención: Derecho Penal y Criminología.
2. Asesor: M.Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce
3. Grado académico o título profesional  
 Bachiller       Título profesional       Segunda especialidad  
 Maestro       Doctor
4. Tipo de Investigación:  
 Tesis       Trabajo de investigación       Trabajo de suficiencia profesional  
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:  
  
"Fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano"
6. Fecha de evaluación: 23/06/2025
7. Software antiplagio:       TURNITIN       URKUND (ORIGINAL) (\*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 4%
9. Código Documento: 3117: 469296400
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:  
 APROBADO       PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 25/06/2025

*Firma y/o Sello  
Emisor Constancia*



M. Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce  
DNI: 46165841

\* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by  
**JACK BRAYAN ROMERO ORDOÑEZ**  
Todos los derechos reservados



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 098-2018-SUNEDU/CD

**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**UNIDAD DE POSGRADO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

Siendo las 17:30 horas, del día 25 de abril de dos mil veinticinco, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN LA DEROGACIÓN DE LA AGRAVANTE DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EN EL DELITO DE RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD REGULADO EN EL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**, presentada por el Bachiller en Derecho, **JACK BRAYAN ROMERO ORDOÑEZ**.

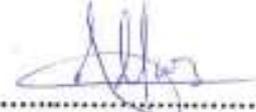
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR... con la calificación de BUENA (80)... la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bachiller en Derecho, **JACK BRAYAN ROMERO ORDOÑEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**M.Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce**  
Asesor

  
.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Alcides Mendoza Caba**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. David Alfredo Barreto Chiche**  
Jurado Evaluador

A Dios, por su fortaleza en los momentos difíciles; a mis padres, por ser el motivo  
para seguir adelante y cumplir mis metas.

## **AGRADECIMIENTO**

A los Docentes de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, por la formación académica y el apoyo impartido hacia mi persona; asimismo, por su conocimiento transmitido que sirvió para la presente investigación.

A mi asesor Bruce Eugenio Muñoz Oyarce por su tiempo y compromiso para el desarrollo de la presente tesis, a mis compañeros en la Maestría de la Universidad Nacional de Cajamarca, quienes, a pesar de las dificultades relacionadas al contexto del *Covid19*, supieron salir adelante y compartir su entusiasmo académico para lograr completar el programa de maestría y finalmente la presentación de tesis.

“La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza a la justicia en todas partes”

(Martin Luther King)

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
<i>EPÍGRAFE</i> .....	vii
LISTA DE ABREVIACIONES .....	xi
RESUMEN.....	xii
<i>ABSTRACT</i> .....	xiv
INTRODUCCIÓN.....	xvi
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1.1. Contextualización o problemática .....	1
1.1.2. Descripción del problema .....	9
1.1.3. Formulación del problema .....	10
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	10
1.3. OBJETIVOS.....	12
1.3.1. General.....	12
1.3.2. Específicos .....	12
1.4. DELIMITACIÓN .....	13
1.4.1. Espacial.....	13
1.4.2. Temporal .....	13
1.4.3. Temática.....	13
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS .....	14
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue .....	14
A.    Básica .....	14
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	14
A.    Descriptiva .....	14
B.    Explicativa-causal o correlacional.....	15
C.    Propositiva .....	15
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	16
A.    Cualitativa .....	16
1.6. HIPÓTESIS.....	17
1.7. MÉTODOS.....	17
1.7.1. Genéricos .....	17
A.    Deductivo .....	17
B.    Analítico .....	19
C.    Sintético .....	19
1.7.2. Propios del Derecho .....	20

A. Hermenéutica.....	20
a) Método de interpretación literal .....	20
b) Método de interpretación sistemática .....	21
c) Método de interpretación histórica.....	22
B. Dogmático jurídico.....	22
C. Argumentación jurídica.....	23
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	24
1.8.1. Técnica.....	24
A. Recopilación documental .....	24
1.8.2. Instrumento .....	25
A. Guía de recopilación documental .....	25
1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN .....	26
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	26
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	26
 CAPÍTULO II.....	 29
MARCO TEÓRICO .....	29
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO .....	29
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS.....	38
2.2.1. Bienes jurídicos tutelados frente al incumplimiento de una medida de protección.....	38
2.2.2. Principios del programa penal constitucional .....	50
2.2.3. La finalidad de las sanciones penales en un contexto de Estado Constitucional de Derecho.....	63
2.2.4. Decisiones político criminales dentro de un Estado social y democrático de Derecho.....	75
2.2.5. Delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, art. 122-B del Código Penal Peruano .....	86
2.2.6. Delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, art. 368 del Código Penal Peruano.....	92
2.2.7. Medidas de protección y sus características relevantes .....	97
 CAPÍTULO III.....	 104
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	104
3.1. Contrastación de hipótesis.....	108
3.1.1. Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud.....	108
3.1.2. Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena .....	116
3.1.3. Sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección .....	134

CAPÍTULO IV .....	143
PROPUESTA LEGISLATIVA DE DEROGACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL.....	143
4.1. PROYECTO DE LEY .....	143
CONCLUSIONES .....	150
RECOMENDACIONES.....	152
LISTA DE REFERENCIAS.....	153

## LISTA DE ABREVIACIONES

art. : artículo

C.P.P. : Constitución Política del Perú

C.P. : Código Penal

D.P. : Derecho Penal

RENATI: Registro Nacional de Trabajos de Investigación

## RESUMEN

Teniendo en cuenta la situación de violencia actual que atraviesa el país, en la cual se presentan reiteradas agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, los jueces a fin de evitar de manera reiterada dichos actos de violencia y lograr una mayor protección a estas víctimas, dictan diversas medidas de protección. Es decir, el juez competente emite diversas órdenes de protección a favor de las víctimas, como por ejemplo la prohibición del imputado de volver acercarse y agredir nuevamente a una mujer o integrante de grupo familiar; sin embargo, muchas veces estas medidas de protección se incumplen. Frente a este hecho ilícito, incumplimiento de medidas de protección, se aprecia por un lado que surge el tipo penal contemplado en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., que sanciona este hecho ilícito con una pena privativa de libertad de dos a tres años; y, por otro lado, surge el tipo penal contemplado en el último párrafo del art. 368 del C.P, sancionando el hecho ilícito con una pena privativa de libertad de cinco a ocho años; en ese sentido, se evidencia la existencia de dos tipos penales que sancionan de manera distinta un mismo hecho ilícito: incumplimiento de medidas de protección, presentándose así un problema epistemológico de una antinomia jurídica normativa.

Frente al surgimiento de estos dos tipos penales, se presenta el criterio de la existencia de un concurso aparente de delitos; y, por otro lado, el criterio de la existencia de un concurso ideal de delitos; sin embargo, el criterio adoptado para la presente tesis, considera que dichos concursos resultan ser insuficientes para resolver la antinomia jurídica advertida; en ese sentido, se postuló que el último párrafo del art. 368 del C.P., debe ser derogado, logrando así la aplicación única del numeral 6 del art. 122-B del C.P.; y, consecuentemente la solución de dicha

antinomia jurídica. En ese sentido, la formulación del problema se redacta de la siguiente manera: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, art. 368 del C.P.? Frente al cual se planteó la siguiente hipótesis: Los fundamentos jurídicos son: La irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

Dicha hipótesis a lo largo de la investigación ha sido contrastada, pues se ha logrado demostrar que existe una irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; asimismo, se demostró que el principio de proporcionalidad de la pena es vulnerado; y, finalmente que existe una sobre criminalización de la conducta del incumplimiento de una medida de protección, todo esto en el último párrafo del art.368 del C.P.

**Palabras Claves:** Incumplimiento de medida de protección, irrelevancia del bien jurídico, principio de proporcionalidad de la pena, sobre criminalización.

**ABSTRACT**

*Taking into account the current situation of violence in our country, in which there are repeated attacks against women or members of the family group, judges are responsible for issuing protection measures in order to protect these victims. That is, the judge issues various protection measures such as a prohibition of the investigated to approach and assault again a woman or member of a family group; however, these protective measures are often breached. Faced with this breach of protection measures, on the one hand, paragraph 6 of article 122-B of the C.P. arises, which punishes with a custodial sentence of two to three years; and, on the other hand, the last paragraph of article 368 of the C.P. arises, punishable by a penalty of five to eight years; that is, the existence of two criminal types that punish in a different way the same illicit act is evidenced, evidencing an antinomy.*

*Faced with the appearance of these two criminal types, the criterion of the existence of apparent competition arises; and, on the other hand, the criterion of the existence of an ideal contest of crimes; However, these criteria turn out to be insufficient to resolve the antinomy warned, so we consider that the last paragraph of article 368 of the C.P., should be repealed, thus achieving the sole application of numeral 6 of article 122-B of the C.P. In this sense, our formulation of the problem is what are the legal bases that support the repeal of the breach of a protection measure in the crime of resistance or disobedience to authority, art. 368 of the C.P. Against which we have raised the hypothesis consisting of: the legal bases are: The differentiation of the legal good protected in this crime (art. 368 of the C.P.), with respect to the protected in the crime of art. 122-B, the violation of the principle of proportionality of the penalty and the manifestation of an overcriminalizing tendency.*

*Hypothesis that throughout the investigation has been contrasted, since it has been possible to demonstrate that there is a differentiation of the protected legal good between art. 122-B and art. 368 of the C.P.; also, that the principle of proportionality of the penalty is violated and finally that there is a manifestation of an overcriminalizing tendency.*

**Keywords:** *Failure to comply with protection measures, differentiation of legal property, principle of proportionality of the penalty, overcriminalization.*

## INTRODUCCIÓN

Frente al incumplimiento de una medida de protección surgen dos delitos con diferentes sanciones, el primero de ellos contenido en el numeral 6 del art. 122-B del Código Penal Peruano, con una sanción a imponer de dos a tres años de pena privativa de libertad; el segundo, contenido en el último párrafo del art. 368 del Código Penal Peruano, con una sanción a imponer de cinco a ocho años de pena privativa de libertad.

Ante esta problemática, antinomia jurídica, el criterio adoptado, es que su solución solo es factible con la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P., para ello a lo largo de la presente tesis se han desarrollado diversos fundamentos jurídicos, los cuales son: irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

En el primer capítulo, se desarrollaron los aspectos metodológicos de la tesis; tal es el caso: planteamiento del problema consistente en la contextualización o problemática, la descripción del problema y la formulación del problema. Asimismo, se desarrolló la justificación de la investigación, los objetivos consistentes en general y específicos, la delimitación de la investigación, tipos y niveles de tesis, hipótesis, los métodos de investigación consistentes en genéricos y propios del Derecho. De igual modo, se desarrollaron las técnicas e instrumentos de investigación, unidad de análisis u observación, población y muestra; y, estado de la cuestión, aspectos que resultaron relevantes para la tesis.

Se desarrollaron los acápite del Capítulo II, respecto del Marco Teórico, los cuales son: Marco filosófico: Corriente del Neoconstitucionalismo y Garantismo; asimismo, los aspectos teóricos doctrinarios: Bienes jurídicos tutelados frente al incumplimiento de una medida de protección, principios del programa penal constitucional, la finalidad de las sanciones penales en un contexto de Estado Constitucional de Derecho, decisiones político criminales dentro de un Estado Social y democrático de Derecho, delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, art.122-B del C.P., delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, art.368 del C.P.; y, medidas de protección y sus características resaltantes.

También se desarrolló el Capítulo III, referente a la contrastación de hipótesis: La contrastación de hipótesis propiamente dicha, contando con los ítems: Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

En el Capítulo IV, se desarrolló la propuesta legislativa que implica una derogación al último párrafo del art. 368 del Código Penal Peruano, resumida en el proyecto de ley, para luego culminar con las conclusiones, recomendaciones y la lista de referencias.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

##### **1.1.1. Contextualización o problemática**

Se debe tener en cuenta que, a través de la Constitución Política del Perú (en adelante C.P.P.), se fundamentan los diversos derechos y principios referentes a la persona; partícipe de esta afirmación es Guastini (2001), quien indica que un derecho naturalmente se fundamenta de una norma; y, en consecuencia, la noción de derecho (sentido subjetivo), es el resultado de la unión de un elemento “objetivo” (norma) y del elemento subjetivo (pretensión). En ese sentido, cuando se hace referencia a la norma, esta se vincula con los derechos reconocidos en la misma C.P.P., ya que es un texto normativo con alto rango y amplia prioridad; por otro lado, el elemento subjetivo es el que permite reclamar el respeto y la no vulneración de los distintos derechos que se reconocen a la persona, derechos como la salud, la integridad física o psicológica, entre otros. Sin embargo, este reclamo referente al respeto de un derecho casi nunca es efectivizado, ya que siempre ha existido la tendencia a vulnerar derechos, más aún dentro del contexto de violencia familiar.

Dichos derechos pese a estar consagrados en la C.P.P., se vienen vulnerado no solo en un contexto de crisis sanitaria o política; sino también, dentro de un contexto de crisis de violencia familiar, pues

existen diversos hechos relacionados con agresiones físicas o psicológicas dirigidas no solo contra los integrantes del grupo familiar, sino también contra las mujeres, como evidencia de lo indicado se tiene que el Ministerio Público (2020) a través de su Observatorio de Criminalidad (encargado de sistematizar, analizar y difundir información sobre la criminalidad y la violencia), ha indicado que en el año 2020 en todo el Perú las denuncias por violencia contra la mujer o integrantes de grupo familiar fueron un total de 130 872 y en el año 2021 fueron 142 309. Por su parte, la Policía Nacional del Perú (2020) a través de su Sistema de Denuncias Policiales (encargado de registrar denuncias sobre violencia familiar y otros), han registrado, por ejemplo, denuncias por violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar desde en el año 2009, registrando 95 749; en el año 2014 fueron 135 864; en el año 2019 fueron 276 322; y, en el año 2020 fueron 238 704 denuncias.

De la evidencia recopilada, se aprecia que las agresiones físicas y/o psicológicas en contra de las mujeres o integrantes de grupo familiar no solo son constantes si no que además se incrementan a través del tiempo. Frente a este marco de violencia familiar, los Jueces en su afán de proteger a las víctimas y evitar una nueva vulneración a su integridad, vienen dictando diversas medidas de protección de conformidad con la Ley 30364, específicamente el artículo 22 (en adelante art.). Como evidencia del dictado de medidas de protección se

tiene que el Poder Judicial (2020) en el tercer trimestre del año 2020, esto es de julio a septiembre, ha recibido 77 891 solicitudes de medidas de protección de los treinta y seis distritos judiciales en todo el Perú, de las cuales se otorgaron 11 956; es decir, se otorgaron una cantidad considerable de medidas de protección respecto de las solicitadas. Un claro ejemplo del dictado de medidas de protección figura en el Expediente nro. 13913-2018, de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, donde se resalta la importancia del principio precautorio o de cautela, dictando medidas de protección en favor de la agraviada, pese a que el Juez de primera instancia denegó la solicitud, una de las medidas dictadas a destacar es el retiro del denunciado de la casa donde vivía la agraviada.

La Corte Superior de Justicia de la Libertad en su Expediente nro. 00091-2020, dictó medidas de protección a favor de la agraviada, prohibiendo a José, quien era testigo, publicar cualquier foto o video de la agraviada que pueda vulnerar su intimidad personal. Como se aprecia el dictado de medidas de protección son constantes; sin embargo, los agresores lejos de cumplir con estas medidas de protección, las resisten, desobedecen o contravienen; evidencia de ello, se presenta en el Expediente nro. 10241-2018-0-3004-JR-FT-04, donde al investigado por violencia familiar, Juan José Quintana García se le impuso como medida de protección la prohibición de acercarse a su ex pareja, ya sea a su domicilio o centro de estudios; y, además tenía que

abstenerse de realizar cualquier tipo de violencia como golpes, insultos, ofensas, coacción o amenazas. Sin embargo, el investigado incumplió dichas medidas de protección, acercándose a la agraviada mientras ella trabajaba junto a sus hijos en el mercado Pesquero de Villa María del Triunfo, con la finalidad de insultarla con palabras soeces, insistiendo en agredirla psicológicamente, para luego ser retirado del lugar por agentes de seguridad.

Se tiene, además, el caso de Elmer Lucano Llanos, quien por información del periodista Gordillo (2021), el pasado 18-07-2021 a horas 02:00 a.m., causó la muerte de su ex pareja Fiorela Díaz Díaz, propinándole varias puñaladas en diversas partes de su cuerpo, hecho ocurrido en la carretera Panamericana Norte 265, en el distrito de Guadalupe, Pacasmayo, La Libertad (tercer piso del domicilio de la occisa); el ataque se produjo en circunstancias, que se encontraba teniendo relaciones sexuales con su nueva pareja, Jorge Ernesto Colchado Malca, quien resultó gravemente herido por dicha arma blanca. En este caso, al margen del feminicidio ocasionado, se pone en evidencia el incumplimiento de las medidas de protección dictadas, pues, el investigado tenía restringido el acercamiento a la hoy occisa a consecuencia de diversas denuncias por violencia física y psicológica desde el año 2018. En este punto cabe precisar que, estos incumplimientos de medidas de protección se relacionan con las agresiones reiteradas que vulnera la salud de las víctimas; es decir, el

agresor incumple una medida de protección logrando agredir y vulnerar por segunda vez el bien jurídico de la salud (aspecto físico y/o psíquico). Descartando el mero acercamiento del agresor a la víctima o viceversa, pues considerar esta situación resultaría un hecho que se debe analizar de distinta manera.

Por otro lado, frente a este incumplimiento de medidas de protección, surgen dos tipos penales con la finalidad de sancionar dicha conducta, por un lado, se presenta el numeral 6 del art. 122-B, con una sanción penal de dos a tres años; y, por el otro se presenta el último párrafo del art. 368, con una sanción penal de cinco a ocho años, ambos presentes en el Código Penal (en adelante C.P.). Dichas normas en su afán de proteger a las víctimas, generan contradicciones entre sí, en referencia a la sanción penal a imponer, pues en ambos tipos penales es distinta, lo mismo sucede con la protección del bien jurídico.

El problema de investigación, entonces, se enfoca en el incumplimiento de las medidas de protección dictadas a favor de aquellas víctimas que sufren algún tipo de agresión, ya sea física o psicológica; frente a este incumplimiento de medidas de protección y teniendo dos tipos penales que sancionan este hecho, surge la interrogante: cuál tipo penal resulta adecuado resguardar y cuál tipo penal es necesario derogar; ya que se confrontan dos tipos penales que sancionan de manera diferente y contradictoria el mismo hecho.

Tomando en cuenta lo manifestado, se evidencia la existencia de un problema epistemológico de antinomia en el ordenamiento jurídico peruano, antinomia respecto a la sanción que ambos tipos penales imponen. Referente a dicha antinomia, en palabras de Ródenas (2001), es conocida como una inconsistencia en el sistema jurídico y se presenta cuando dos o más normas atribuyen a un mismo caso soluciones normativas diferentes o incompatibles entre si. De otro lado, Ferrajoli (2009), menciona de manera general que, existe una antinomia cuando hay contradicción entre normas; y, la esquematiza indicando que en un ordenamiento puede ocurrir que todas las manifestaciones de pensamientos estén permitidas por una norma constitucional y que, al mismo tiempo, algunas estén prohibidas como delitos de opinión por el C.P. Es decir, describe una contradicción entre dos normas de diferente rango, una de rango constitucional frente a otra norma de rango infra constitucional, esto implica la existencia de antinomias entre normas de diferentes rangos y otras de igual rango. Cabe precisar, que en la presente investigación, existe una contradicción entre normas de igual rango.

Respecto a la antinomia, también el autor Guastini (2001), manifiesta que, dado un supuesto de hecho al que se aplica un principio o norma X, hay siempre al menos otro principio o norma Y igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con X, incompatible en el sentido de que la aplicación de Y llevaría a resultados diversos de la

aplicación de X. De igual modo, el mismo autor Guastini (2001), también hace referencia a una antinomia denominada “en concreto”, que se presenta en un supuesto de hecho en concreto donde en el momento de la aplicación dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Asimismo, Rubio y Arce (2019) refieren que la antinomia es una patología del ordenamiento jurídico, y se soluciona eligiendo una de entre todas las normas incompatibles, de otro lado la denominan antinomia por contradicción. Es decir, la antinomia es considerada como una enfermedad que pone en riesgo la vida del ordenamiento jurídico, asimismo, es denominada antinomia por contradicción, pues las normas que surgen son contradictorias entre sí, pese a ser ambas del mismo origen, pues son leyes del ordenamiento jurídico peruano; y, del mismo ámbito, ya que son leyes pertenecientes al derecho penal, consignadas en la parte especial del C.P.

En la presente investigación, se aprecia que con la vigencia del numeral 6 del art. 122-B y el último párrafo del art. 368 del C.P., existen dos normas jurídicas que atribuyen soluciones diferentes de sanción a un mismo hecho ilícito: incumplimiento de una medida de protección, lo que ha criterio adoptado, resulta inconsistente. Cabe precisar que la investigación gira en torno a las agravantes de los delitos del art. 122-B y del art. 368 del C.P., establecidas en el numeral 6 y último párrafo, respectivamente; es decir, se analiza la similitud que existe entre estos

dos delitos, viniendo a ser el incumplimiento de una medida de protección (hecho ilícito), dejándose de lado el análisis respecto de los delitos en su tipo base.

Frente a dicha antinomia, se presenta el criterio de aplicación del concurso aparente de delitos, el cual pretende resolver dicho conflicto tipificando la conducta como la agravante establecida en el numeral 6 del art. 122-B del C.P.; imponiendo así una pena no menor de dos ni mayor de tres años, cuando las agresiones se ejerzan contraviniendo una medida de protección emitida por la autoridad competente. Partícipe de este criterio es la Corte Superior de Justicia de Cusco que, a través de un pleno jurisdiccional distrital en materia penal, de fecha 27-09-2019, con siete votos a favor adoptó la posición del concurso aparente entre ambas figuras, aplicando la ley más favorable. Este concurso aparente si bien es cierto brinda una alternativa de solución al conflicto; sin embargo, del criterio adoptado, esta es deficiente, pues requiere la vigencia de los dos tipos penales para su aplicación, lo que implica que la antinomia sigue presente. Asimismo, surge el criterio del concurso ideal de delitos, tomando como base el art. 48 del C.P. Adepto a este criterio es el profesor Peña (2019), quien manifiesta, que por el hecho de que ambos tipos penales protegen bienes jurídicos distintos, existiría un concurso ideal de delitos. Es decir, cuando varias disposiciones sancionan un mismo hecho, la sanción va hasta el máximo de la pena más grave, ocho años. Criterio que, de igual modo,

implicaría la vigencia de ambos tipos penales, persistiendo la antinomia y vulnerando así el principio de proporcionalidad de la pena aplicada al imputado.

Finalmente, como se aprecia de la evidencia recopilada, existen dos posibles criterios de solución, representados por el concurso aparente e ideal de delitos; sin embargo, estos criterios requieren que ambos tipos penales subsistan o estén vigentes; y, lejos de brindar un consenso frente a esta antinomia generan más incertidumbre sobre el tipo penal adecuado para aplicar y el tipo penal a derogar.

### **1.1.2. Descripción del problema**

El problema de investigación se encuentra inmerso en la existencia de dos tipos penales que sancionan el mismo hecho de incumplimiento de medidas de protección, dictadas en favor de las personas agraviadas, dentro de un contexto de violencia familiar. Medidas de protección que tienen como finalidad: salvaguardar la integridad de la víctima y evitar una agresión reiterada.

Es frente a este hecho de incumplimiento de medidas de protección, que surge el tipo penal regulado en el numeral 6 del art. 122-B; y, el tipo penal regulado en el último párrafo del art. 368, ambos del C.P., generándose así un problema epistemológico de una antinomia jurídica normativa. En ese sentido, surge las interrogantes: ¿cómo solucionar esta antinomia? ¿cuál tipo penal es el más idóneo salvaguardar? y

¿cuál tipo penal debería ser derogado?, tomando en cuenta para ello la finalidad de proteger el bien jurídico de la salud (aspecto físico y psíquico) y enervar el principio de proporcionalidad de la pena.

### **1.1.3. Formulación del problema**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Esta investigación se justifica porque amplía el conocimiento jurídico respecto de aquellos fundamentos jurídicos necesarios para poder derogar el último párrafo del art. 368 del C.P.; es decir, derogar la sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad impuesta a quienes desobedecen o resisten una medida de protección.

Asimismo, esta investigación se justifica en el mejoramiento de la administración de justicia, referente a juzgar aquellas personas que incumplen, desobedecen o contravienen una medida de protección dictada en favor de las víctimas; de manera que, el juzgador optará por la aplicación única del numeral 6 del art. 122-B del C.P., superando la antinomia advertida. Optando así por una justicia más simplificada y no contradictoria. Generando además una justicia acelerada en cuanto a trámite se refiere.

Esta investigación se justifica, también en, lograr aportar nuevos conceptos jurídicos a la doctrina. Estos conceptos están relacionados a los fundamentos jurídicos planteados para derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., como son: la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud y la sobre criminalización de la conducta ilícita del incumplimiento de medidas de protección del imputado; y, además ampliar los conceptos existentes sobre el principio de proporcionalidad de la pena.

De otro lado, se justifica porque, luego de desarrollados los fundamentos jurídicos planteados en la hipótesis, se elaboró una propuesta legislativa para derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., dejando vigente el numeral 6 del art. 122-B del C.P.

Finalmente, esta investigación se justifica por la realización de un análisis dogmático del art. 122-B y del art. 368 regulados en el C.P., análisis respecto de la agravante del incumplimiento de las medidas de protección dictadas en favor de las víctimas. Utilizando para ello, material de investigación teórico, doctrinario y dogmático, en forma física y virtual, logrando obtener un conocimiento optimizado y actual.

### 1.3. OBJETIVOS

#### 1.3.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano.

#### 1.3.2. Específicos

- a. Analizar la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud.
- b. Analizar el contenido del principio de proporcionalidad de la pena como límite al *Ius Puniendi*.
- c. Describir dogmáticamente la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección, dentro del Estado social y democrático de Derecho.
- d. Diseñar una propuesta legislativa para derogar la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, artículo 368 del Código Penal Peruano.

## **1.4. DELIMITACIÓN**

### **1.4.1. Espacial**

Esta investigación se delimitó al contexto nacional, dado que los tipos penales analizados, art. 122-B y art. 368, se encuentran en el C.P., vigente en todo el territorio del Perú.

### **1.4.2. Temporal**

La presente investigación está delimitada temporalmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 30862, Ley que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, modificando el art. 368 del C.P., publicada el 25 de octubre del 2018 hasta la actualidad.

### **1.4.3. Temática**

La investigación está específicamente relacionada con los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulada en el último párrafo del art. 368 del C.P.; el cual guarda conexión con el art. 122-B específicamente con el numeral 6.

## **1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS**

### **1.5.1. De acuerdo al fin que persigue**

#### **A. Básica**

De acuerdo al fin que persigue, esta investigación fue de tipo básica, la cual según González (2004), no persigue ninguna aplicación práctica, solo implica ampliar el conocimiento científico. Es decir, esta investigación tuvo como finalidad incrementar el conocimiento, pero un conocimiento jurídico ya existente, referente a establecer los fundamentos jurídicos para derogar la agravante del incumplimiento de medidas de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, regulado en el art. 368 del C.P.; dejando de lado los concursos aparente e ideal.

### **1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación**

#### **A. Descriptiva**

De acuerdo al diseño, esta investigación fue de tipo descriptiva, la cual según Yauli (2016), consiste en caracterizar un fenómeno, hecho, grupo o cosa, con la intención de establecer sus cualidades o acciones. En ese sentido, en la investigación se logró identificar y describir la existencia de un problema epistemológico de antinomia jurídica, relacionado con la agravante del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar frente a la

agravante del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, pues ambas agravantes surgen a partir de un mismo hecho: incumplimiento de medidas de protección; sin embargo, la sanción en dichos delitos es diferente.

## **B. Explicativa-causal o correlacional**

Esta investigación fue de tipo explicativa-causal o correlacional, la cual según Hernández (como se citó en Arakaki, Casado y Vega, 2017), refiere que tiene como finalidad entender y buscar las razones o causas que producen un suceso o un fenómeno. Es decir, en esta investigación, además de haber explicado las causas de la antinomia jurídica entre las agravantes de los dos tipos penales, art. 122-B y art. 368 del C.P.; también se explicó cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de una de ellos; es decir, derogar la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, art. 368 del C.P. Derogación que fue analizada mediante análisis sistemático con la agravante del numeral 6 del art. 122-B del C.P.

## **C. Propositiva**

Esta investigación fue de tipo propositiva, la cual según Ureta (2018), tiene como finalidad modificar teorías existentes o formular nuevas teorías. En ese sentido, mediante los fundamentos jurídicos expuestos, se formuló una nueva teoría a las ya existentes:

concurso aparente y concurso ideal de delitos. Es decir, la nueva teoría consiste en proponer la aplicación única del numeral 6 del art. 122-B del C.P.; teniendo como consecuencia, derogar la agravante del incumplimiento de medidas de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, último párrafo del art. 368 del C.P., para lo cual se formuló diversos fundamentos jurídicos.

### **1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

#### **A. Cualitativa**

De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan, esta investigación fue cualitativa, la cual, según Flecha, Crovetto y Badajoz (2015), refieren se utiliza para recoger datos sin medición numérica y se centra en un evento, hecho, situación o fenómeno jurídico en particular. Es decir, los datos a obtener van a ser definidos por su cualidad y no por su cantidad. En ese sentido, para la investigación se recogió y analizó datos cualitativos, como los argumentos en la doctrina y la normatividad, con la finalidad de obtener fundamentos jurídicos para derogar la agravante del incumplimiento de medidas de protección del último párrafo del art. 368 del C.P. Asimismo, la identificación, formulación del problema y su correspondiente hipótesis se sustentaron en datos cualitativos relacionados con la argumentación e interpretación jurídica.

## **1.6. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano, son:

- a) Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud.
- b) Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.
- c) Sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

## **1.7. MÉTODOS**

### **1.7.1. Genéricos**

#### **A. Deductivo**

En este trabajo de investigación se utilizó el método deductivo, el cual según Bastar (2012), si un fenómeno fue comprobado para un determinado grupo de personas, entonces se puede inferir que dicho fenómeno es aplicable a uno de esos individuos, lo que implica que todo pensamiento deductivo conduce de lo general a lo particular. Es decir, este método parte de una premisa general hacia una premisa particular. En esta investigación dicho método se utilizó partiendo de una premisa general; es decir, de aquellos tipos

penales que sancionan un incumplimiento de una medida de protección en un contexto de violencia familiar. En ese sentido, se partió de las estructuras normativas: agravante del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar (art. 122-B, numeral 6) y la agravante del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad (último párrafo del art. 368); en consecuencia, la premisa general es: todos aquellos tipos penales que sancionen un incumplimiento de medida de protección (art. 122-B, inciso 6; y, art. 368, último párrafo) con la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, con una sanción que vulnere el principio de proporcionalidad de la pena y una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección, deben ser derogados. Como premisa particular está: el art. 368, último párrafo, evidencia una irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; vulnera el principio de proporcionalidad de la pena; y, evidencia una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección. Consecuentemente, se deduce o se tiene como conclusión: el art. 368 del C.P., último párrafo, debe ser derogado, ya que existe una irrelevancia del jurídico de la correcta administración de justicia respecto del bien jurídico de la salud, vulnera el principio de proporcionalidad de la pena y existe una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

**B. Analítico**

En la investigación también se utilizó el método analítico, el cual, según Bastar (2012), consiste en descomponer el todo en sus partes con la finalidad de observar la naturaleza, causas y efectos del fenómeno. En esta investigación, dicho método se utilizó separando, en sus diferentes componentes, los delitos tipificados en el art. 122-B y 368 del C.P., enfocándose en componentes específicos tales como las agravantes referentes al incumplimiento de una medida de protección, los bienes jurídicos y la pena; con la finalidad de obtener las causas que conllevaron a generar la antinomia jurídica entre ambos tipos penales; y, finalmente llegar a explicar la parte esencial del problema, el cual está relacionado con la sanción y el bien jurídico.

**C. Sintético**

Se utilizó el método sintético, que según Ureta (2018), estudia la integridad o el todo, uniendo sus elementos separados del mismo. Teniendo en cuenta lo indicado, el método sintético se correlaciona con el método analítico; en ese sentido, posteriormente al estudio de los componentes por separados, se realizó un estudio de la integridad de aquellos elementos desarticulados. Dicho de otro modo, en esta investigación, el método sintético se utilizó: estudiando la integración (en conjunto) de los elementos

relacionados específicamente a la sanción penal y al bien jurídico en la agravante del incumplimiento de una medida de protección en los delitos recogidos por el art. 122-B y art. 368 del C.P. Esta integración fue realizada con la finalidad de identificar las causas de la antinomia jurídica generada por ambos tipos penales, que en síntesis sirvieron como fundamentos jurídicos para la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P.

### **1.7.2. Propios del Derecho**

#### **A. Hermenéutica**

##### **a) Método de interpretación literal**

En esta investigación se utilizó el método hermenéutico literal, en el cual según Bastar (2012), se trata de esclarecer de manera objetiva los significados de palabras, categorías o símbolos utilizados en el tema de investigación. De otro lado, afirma Zusman (2018) que con dicho método la norma debe ser entendida en el sentido que se evidencia con su sola lectura. En ese sentido, se realizó una interpretación literal de los dispositivos normativos vigentes, identificando sus dimensiones semánticas, significado y orden que se regula en el texto del art. 122-B y art. 368 en el C.P., de forma específica referente a la agravante de incumplimiento de medidas de protección.

**b) Método de interpretación sistemática**

Se utilizó el método hermenéutico sistemático, respecto a este método Yauli (2016), considera que el conocimiento jurídico tiene un orden, una relación de manera ordenada y coherente. Asimismo, Zusman (2018) refiere que con dicho método se recurre a una parte o a la totalidad de normas de un sistema legal para entender el significado de la ley. Se requiere entonces acudir a diversos cuerpos normativos con la finalidad de obtener un mejor entendimiento de una norma jurídica.

En la investigación, se analizó el tipo penal de resistencia o desobediencia a la autoridad, último párrafo del art. 368, del C.P.; y, luego de manera sistemática o relacional se analizó el delito de agresiones contra las mujeres o integrantes grupo familiar, numeral 6 del art. 122-B del C.P., todo ello específicamente en referencia al incumplimiento de medidas de protección. Asimismo, se realizó un análisis sistemático de estos delitos con el ordenamiento jurídico actual y vigente, obteniendo una conexión sistemática con el numeral 1 del art. 2 de la Constitución. (derecho a la integridad física y psicológica), de igual modo, se realizó un análisis sistemático con la Ley 30364 en vinculación estrecha con el art. 122-B del C.P; y, un análisis sistemático con normas de rango supra constitucional, como la convención *Belém Do Pará*.

### **c) Método de interpretación histórica**

En esta investigación, se utilizó el método hermenéutico histórico, método que según, Arakaki et al. (2017), al investigarse el pasado, es probable tener que trabajar con fuentes escritas, así como visuales y sonoras. Por ello se torna imprescindible conocer la evolución historia de la norma jurídica; es decir, principalmente de dónde provino, cual fue la discusión en torno a ella y cuáles fueron las causas para modificarla.

La evolución histórica de la norma se fundamenta en lo manifestado por Zusman (2018), quien refiere que este método supone revisar la evolución de la norma en el tiempo, a fin de determinar qué fue lo que el legislador quiso corregir, aclarar, evitar o consagrar con su expedición. En ese sentido, en esta investigación se realizó el estudio de la evolución histórico normativa del delito contenido en el art. 122-B y del delito contenido en el art. 368 del C.P., enfocándose en las agravantes del incumplimiento de medidas de protección.

### **B. Dogmático jurídico**

Se utilizó el método dogmático jurídico, el cual según, Flecha et al (2015), se basa en el análisis de las instituciones, normas y conceptos jurídicos. En ese sentido, en el marco del conjunto de leyes interrelacionadas e interconectadas de manera lógica

referentes al Derecho Penal (en adelante D.P.), se analizó la norma jurídico penal del art. 368 y 122-B del C.P., específicamente las agravantes respecto del incumplimiento de medidas de protección; conjuntamente con el análisis del principio de proporcionalidad de la pena y la sobre criminalización de una conducta de incumplimiento de una medida de protección, todo esto en el marco de un análisis dogmático jurídico penal. Para afianzar más este aspecto, Ferrajoli (2009) menciona también este método, indicando que su campo de investigación próximo son las normas jurídicas vigentes. Es decir, a través de este método, se realizó un análisis de las diferentes normas jurídicas vigentes en el ordenamiento jurídicos Peruano, siendo analizadas: El Código Penal, Constitución Política y Ley 30364. Además, fueron analizadas normas de rango supra Constitucional como: La Declaración de los Derechos Humanos y la Convención *Belém Do Pará*.

### **C. Argumentación jurídica**

De otro lado también se utilizó el método de la argumentación jurídica, que según Weston (2006), implica presentar un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión, convirtiéndose así en argumentos esenciales que apoyan una opinión con razón. Adicionalmente, estos argumentos se caracterizan por ser jurídicos, esto implica que tienen relación con el derecho. Es decir, argumentar implica formar ideas claras y

concisas que sirvan para convencer y poder apoyar una conclusión idónea, dicho de otro modo, implica dar razones o argumentos de naturaleza jurídica en favor de una conclusión o una idea. En ese sentido, en la investigación, se ha presentado una serie de argumentos jurídicos, considerados como fundamentos, los cuales están consignados en la hipótesis, para apoyar la conclusión de la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P. Siendo estos fundamentos jurídicos los siguientes: Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Técnica**

#### **A. Recopilación documental**

En esta investigación se utilizó la técnica de recopilación documental, que según Ñaupas (2018), sirve para recopilar información importante, de fuentes documentales como trabajos de investigación, tesis de maestría o doctorado, documentos públicos o privados, convenios, acuerdos, la Carta Magna, los códigos, las leyes, etc.; y, dicha información debe tener un alto grado de veracidad que contribuya a la verificación de la hipótesis. En ese

sentido, en la investigación se recopiló información relevante de la doctrina, la norma y jurisprudencia respecto del tipo penal contenido el art. 122-B y del tipo penal contenido en el art. 368 del C.P., específicamente de sus agravantes sobre el incumplimiento de medidas de protección. La información recopilada fue principalmente sobre los elementos constitutivos del tipo, el bien jurídico protegido y la sanción punitiva a imponer. Los pasos que se siguieron fueron, en un inicio buscar la información a través de medios virtuales y físicos, luego leer la información para finalmente, recopilar o extraer la parte pertinente que sirva como fundamento para la presente investigación; y, además contribuya a la verificación de la hipótesis.

### **1.8.2. Instrumento**

#### **A. Guía de recopilación documental**

Se utilizó la guía de recopilación documental especialmente en formato virtual, este instrumento está vinculado con las fichas y según Ñaupás (2018), es el más utilizado por los investigadores, existen diversidad de fichas que contribuyen a recopilar información, tal es el caso de la ficha de estudio que sirve para recopilar datos e información de libros, revistas y/o periódicos e igual forma existe la ficha recopilación documental, que tiene el mismo fin. Dicha guía documental sirvió para obtener información

resumida y relevante respecto del tipo penal contenido en el numeral 6 del art. 122-B y último párrafo del art. 368 del C.P. Es decir, se recopiló información relevante de aspectos objetivos y subjetivos de estos dos tipos penales, como: conducta ilícita, bien jurídico protegido, la pena, etc. Esta información se utilizó en el marco teórico y se quedó registrado en el procesador de Microsoft Word.

### **1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN**

Esta investigación no cuenta con unidad de análisis; sin embargo, sí cuenta con unidad de observación, siendo el último párrafo del art. 368 y el numeral 6 del art. 122-B del C.P.

### **1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA**

La presente investigación no cuenta con población ni muestra.

### **1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Luego de la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (en adelante RENATI), realizada el 11 de enero de dos mil veinticinco, se encontró la investigación elaborada por Becerra (2021), cuyo título es: Sanción del incumplimiento de medidas de protección como tipo penal de desobediencia y/o resistencia a la autoridad. En dicha investigación se tiene como conclusión: coexisten dos tipos penales sobre el incumplimiento de una medida de protección, por un lado, el numeral 6 del art. 122-B y por el otro el

último párrafo del 368 del C.P., frente a ello se han emitido diversos acuerdos plenarios sectoriales y normas de naturaleza administrativa que indican algunos alcances para determinar cuál es el tipo penal que se debe aplicar, no obstante, se habla de alternativas temporales y no definitivas. Tomando en cuenta dicha investigación, se corrobora la existencia de la antinomia jurídica entre estos dos tipos penales, la cual debe ser solucionada definitivamente y no de manera temporal.

De otro lado, de la búsqueda en RENATI, realizada el 11 de enero de dos mil veinticinco, se encontró la investigación elaborada por Pashanasi (2020), cuyo título es: Concurso aparente de normas jurídicas entre el artículo 368 último párrafo y el artículo 122 b inciso 6 del Código Penal Peruano, 2019. En dicha investigación se tiene como conclusión: se ha determinado la existencia de un concurso aparente de normas jurídicas entre los delitos de Resistencia o desobediencia a la autoridad con agravante contemplada en el art. 368 y agresiones contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar con agravante prevista en el art. 122 B numeral 6 del C.P. Es decir, esta investigación concluyó que existe un concurso aparente entre ambos delitos citados, conclusión que se tomó en cuenta para ser analizada y debatida, ya que no se concuerda con dicha conclusión.

De la búsqueda en RENATI, realizada el 11 de enero del dos mil veinticinco, se encontró la investigación elaborada por Calderón (2019), cuyo título es: La viabilidad de imputar por desobediencia a la autoridad frente al incumplimiento de las medidas de protección ante posible violencia familiar. De dicha

investigación, una de sus conclusiones establece que, respecto del principio de proporcionalidad y lesividad, la sanción penal en el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad no resulta proporcional, pues hace falta que la lesión sea suficientemente grave para que se justifique un incremento en la pena. Conclusión que fue tomada como base del análisis de los componentes hipotéticos planteados en la hipótesis de la presente investigación.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, no solo repercutió en las constituciones del continente europeo, sino también en las Constituciones Iberoamericanas, estas últimas tuvieron como característica principal un amplio reconocimiento de libertades y derechos; en este sentido, Hakansson (2008), manifiesta que se dio el surgimiento de nuevas constituciones luego de la segunda guerra mundial, y estas se caracterizaban por su sensibilidad, pues incorporaron un amplio catálogo de derechos y libertades a su estructura. Es decir, en aras de aumentar la protección a toda persona que había sufrido en carne propia la segunda guerra, se realizó la incorporación de distintos derechos y libertades a las nuevas constituciones, tanto en Iberoamérica como en Europa. Sin embargo, dicha incorporación, actualmente resulta poco útil, pues en su mayoría algunos de los derechos se ven vulnerados, entonces de nada sirve reconocer diversos derechos, si hoy en día no se respetan.

La influencia de esta Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene una clara manifestación en la C.P.P., pues además de reconocer una variedad de derechos y libertades, se ha convertido en el eje fundamental del Estado Constitucional de Derecho, caracterizándose principalmente por sus normas fundamentales; en ese sentido, Guastini (2001), refiere que la Constitución se sustenta en un conjunto de normas de carácter fundamental, que son

característica de cualquier ordenamiento jurídico. Es decir, estas normas fundamentales por un lado protegen diversos derechos y por el otro establecen diversos principios; derechos y principios que, al ser reconocidos en la Carta Magna, ya son de carácter fundamental y además son de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos y todos los miembros del Estado.

Respecto a los derechos fundamentales, según refiere Hakansson (2008), son de igual relevancia para la realización completa de la persona, bajo la premisa de los principios de fuerza normativa y unidad de la Constitución. Es decir, la Constitución, por el hecho de gozar de fuerza normativa referente a sus disposiciones y por contar con el principio de unidad, influyen en los derechos fundamentales y hacen comprender que sirven para la realización plena de la persona; estos derechos principalmente son la libertad, igualdad, dignidad y la vida, dotando a la persona de una conciencia moral. Estos derechos fundamentales no deberían ser desvinculados u olvidados por los operadores jurídicos, como jueces o legisladores; es decir, no deberían dejar de protegerlos o utilizarlos; por el contrario, deberían ser protegidos y tutelados, para lograr alcanzar su máxima expresión y efectiva jurisdicción posible, tanto nacional e internacional.

Referente a los derechos fundamentales y comentando los primeros artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el jurista Peces (1999), manifiesta que un derecho fundamental sin su dimensión jurídica carecería de eficacia y validez para organizar la convivencia; por otro lado, sin su dimensión política no serían capaces de arraigarse e imponerse en la convivencia social; y,

sin su dimensión moral, estos derechos carecerían de legitimidad. Como se aprecia, este autor, considera que un derecho fundamental cuenta con tres componentes: moral, político y jurídico; los cuales contribuyen a perfeccionar la vida en convivencia y además otorgar el respeto por los derechos fundamentales reconocidos en la constitución política y en la Declaración Universal. Sobre la relevancia que estas dimensiones comprenden, todas son necesarias, de amplia importancia y complementarias entre sí; sin embargo, la dimensión jurídica es la que llama poderosamente la atención, pues un derecho fundamental necesita ser eficaz y válido dentro de la convivencia en una sociedad. Cabe agregar que todas las dimensiones indicadas tienen un objetivo relacionado con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Es importante indicar que la C.P.P., establece la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado, afirmación que se vincula con la protección de los derechos fundamentales de la persona; es decir, para cumplir el fin supremo de la sociedad y del Estado es necesario realizar una protección idónea de los derechos fundamentales y una adecuada optimización de los principios establecidos en la estructura de la C.P.P. En ese sentido, dentro del cúmulo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se encuentra el derecho a la integridad moral, psíquica y física de la persona; derechos que se consideran indispensables proteger para cumplir con el fin supremo antes indicado; por otro lado, también se recoge diversos principios, como el

principio de proporcionalidad, el cual por su importancia se irradia a todo el derecho penal, llegando incluso a convertirse en el principio de proporcionalidad de la pena.

Desde un rango infra constitucional, con el afán de velar por la protección del derecho fundamental a una adecuada integridad física y psicológica de una persona; en el D.P., surge el tipo penal contemplado en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., el cual sanciona de dos a tres años con pena privativa de libertad a quien cause lesiones contraviniendo una medida de protección; sin embargo, por otro lado y de un modo contradictorio, surge el tipo penal contemplado en el último párrafo del art. 368 del C.P., el cual sanciona con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, a quién desobedece o resiste una medida de protección. Es decir, con el afán de salvaguardar o proteger la integridad física y psicológica de las mujeres o integrantes de grupo familiar, frente al incumplimiento de una medida de protección, surgen dos tipos penales con sanciones diferentes, este hecho, a criterio adoptado, genera una antinomia en el ordenamiento jurídico.

Frente a este problema de antinomia normativa, se consideró pertinente realizar un análisis desde la perspectiva de la corriente filosófica del Neoconstitucionalismo, pues sirve como fundamento para la presente investigación. En ese sentido, para iniciar se debe tener en cuenta que según Alexy (2009), esta corriente tiene como fundamento la Constitución y se caracteriza por ser: rango máximo, máxima fuerza jurídica, máxima importancia y la máxima indeterminación. Cuatro características que

presentan a la Constitución como tal, superior a las demás leyes en un ordenamiento jurídico. El autor Díaz (2021), manifiesta que el Neoconstitucionalismo surge en los últimos años del siglo veinte y primeros años del siglo veintiuno, dicha corriente tubo a Robert Alexy como uno de sus autores más destacados. Del mismo modo, Díaz (2021), manifiesta que esta corriente lusfilosófica trata de una constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es decir, el ordenamiento jurídico resulta siendo empapado por normas constitucionales, normas que son parte de las constituciones rígidas existentes; sumado a ello, también se recalca la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, lo que implica que toda ley de rango infra constitucional debe ser evaluada a fin de estar de acorde con los preceptos constitucionales. Evidenciándose así, que la relevancia de la norma jurídica queda reemplazada por la relevación de su constitucionalización. En otras palabras, queda en un primer plano el hecho de que las normas jurídicas deben estar de acorde con los preceptos constitucionales.

Respecto a la indicación anterior, también Díaz (2021), resalta una de las tantas características de la corriente lusfilosófica del Neoconstitucionalismo: interpretación de las leyes conforme a la constitución. Esta característica se vincula a que el Neoconstitucionalismo tiene la formula de principios versus reglas, entendido en el sentido de que el ordenamiento jurídico no solo está constituido por reglas sino también por principios, ambos bajo los preceptos de la constitución. Es decir, además de tener en cuenta la aplicación de las

normas, en el ordenamiento jurídico, también se debe tener en cuenta la aplicación de principios emergentes de la constitución. Sumado a lo indicado, los operadores jurídicos, en especial los jueces, además de aplicar la norma de acorde con la constitución, deben aplicar los principios, para lograr así una mejor interpretación y argumentación jurídica de carácter constitucional. Por otro lado, el jurista Aguilera (2010), citando a Luis Prieto Sanchís, resalta algunos rasgos de la corriente neoconstitucionalista, como, por ejemplo, optar más por los principios que por las reglas; y, la existencia de una marcada omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas. De las características mencionadas, cabe resaltar que ambos aspectos confirman la importancia de la Constitución, logrando estar presente en todos los ámbitos del Derecho; y además, de poder aplicar principios en remplazo de las reglas.

Entonces, la presente investigación, se sustenta en la corriente filosófica del Neoconstitucionalismo, porque su base y fundamento es la Constitución Política del Perú, logrando así interpretar, analizar y derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., obteniéndose una argumentación coherente y constitucional de acorde con los preceptos de dicha corriente filosófica. Es decir, a través de la corriente del Neoconstitucionalismo se interpretó el último párrafo del art. 368 del C.P., esto es de acorde con los preceptos o principios constitucionales, logrando obtener argumentos sólidos y suficientes para la derogación de dicho párrafo; argumentos tales como la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones y la relevancia constitucional del bien jurídico de la salud. Se debe recalcar que, la corriente filosófica

del neoconstitucionalismo implica la interpretación de cualquier situación jurídica de acorde con los principios de la Constitución, en ese sentido, en la investigación se utilizó dicha corriente para interpretar el último párrafo del art.368 del C.P., interpretación de acorde con el principio de proporcionalidad referente a la sanción, logrando argumentos coherentes para la derogación de dicho último párrafo.

Con el objetivo de lograr una mayor fundamentación de la presente investigación, cabe indicar que la corriente filosófica del Garantismo también sirve para dicho fin; en ese sentido, el máximo representante de esta corriente es Ferrajoli (1995), quien manifiesta que el Garantismo se fundamenta en ser un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva. Es decir, el Garantismo contiene un criterio lógico y razonable a fin de defender los derechos del ciudadano frente al poder sancionador del Estado; además, el respeto por esta corriente implica un sentido de justicia, pues se protegen los derechos del más débil o de la víctima; y, además, la corriente del Garantismo, sirve como filtro para volver justa la intervención punitiva, ese *Ius puniendi* del Estado, cabe indicar que se pretende poner límites a la actuación de dicho poder del Estado.

Igualmente, el Garantismo, tiene por consigna defender los derechos del ciudadano, garantizar dichos derechos en un Estado democrático, esta afirmación se sustenta en lo manifestado por Ferrajoli (1995), quien indica que el Garantismo nació en nombre de la defensa del Estado de derecho y del ordenamiento democrático. Es decir, el Garantismo implica que todo Estado

este sujeto a la ley y se respete la misma; asimismo, que el ordenamiento jurídico sea aplicado democráticamente al pueblo. De otro lado, Ferrajoli (1995) manifiesta que el Garantismo es una forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos. Es decir, protege los derechos fundamentales del ciudadano, derechos como, por ejemplo, a la integridad física y psicológica.

La corriente del Garantismo, también sirve para fundamentar la presente investigación, pues al analizar el último párrafo del art. 368 del C.P., se evidencia que la sanción a imponer, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad, no es garantista del derecho fundamental a la libertad de un ciudadano, por el contrario esta sanción vulnera de manera desproporcional dicho derecho; pues, en comparación con la sanción del numeral 6 del art.122-B del C.P., la sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad, resulta ser de cuantía menor y menos lesiva, lo que implica una mayor garantía del derecho a la libertad de una persona, resultando dicho numeral 6 garantista del derecho a la libertad. Por otro lado, con el último párrafo del art.368, no se garantiza el derecho a una sanción proporcional del imputado; por el contrario, esta proporcionalidad se ve vulnerada, pues se sanciona el incumplimiento de medidas de protección con cinco a ocho años de pena privativa de libertad, caso contrario sucede con el numeral 6 del art.122-B, donde se sanciona el mismo hecho con una pena de dos a tres años, evidenciándose así que se salvaguarda o garantiza una sanción proporcional del imputado, pues dicha sanción es menor y menos severa. Por ende, la corriente filosófica del Garantismo también sirve para fundamentar la investigación, ya que brinda

argumentos para derogar el último párrafo del art.368 del C.P., mediante esta corriente se evidencia que la sanción, ante un incumplimiento de medidas de protección, con una pena de cinco a ocho años, no garantiza la protección del derecho fundamental a la libertad del imputado; y, además no garantiza la proporcionalidad de dicha sanción, ya que dicha sanción a imponer es de mayor cuantía en comparación con la sanción del numeral 6 del art.122-B del C.P.

Desde una perspectiva del derecho comparado, el jurista Carbonell (2006), mencionando a Ferrajoli, manifiesta que en el Garantismo se habla de un derecho penal garantista, cuyo carácter es ser mínimo; es decir, un derecho penal garantista mínimo, expresándose una minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delitos y qué penas deben imponerse a quienes la realicen. Es decir, el Estado usa su capacidad de sanción en forma minimizada, logrando así determinar las conductas delictivas y sus sanciones de forma mínima, dejando de lado un carácter sancionador severo. Además, al ser un derecho penal mínimo, busca poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Cabe agregar además que, en el Garantismo de Ferrajoli, según Carbonell (2006), se opta por no aumentar los castigos y además por no aumentar el número de delitos. Tomando en cuenta la afirmación anterior, al analizar el último párrafo del art. 368 del C.P., se aprecia que este va en contra de la corriente del Garantismo, pues el castigo se ha incrementado, en referencia a la sanción, ya que de una sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad se ha incrementado a

una de cinco a ocho años. Cabe indicar, que al realizar el análisis comparativo con el numeral 6 del art.122-B, se aprecia que dicho numeral va de acorde con los fundamentos de la corriente del Garantismo, pues es garantista del derecho a la libertad de un imputado, no se vulnera o restringe en demasía; además, garantiza la proporcionalidad de la sanción ante el incumplimiento de una medida de protección; y, finalmente se debe precisar que la sanción no se incrementa.

## **2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS**

### **2.2.1. Bienes jurídicos tutelados frente al incumplimiento de una medida de protección**

En este apartado, es necesario comenzar considerando la interrogante: cuál es el fundamento de un bien jurídico, en ese sentido, Aguila y Calderón (2011), refieren que estos son presupuestos indispensables y valiosos, que se fundamentan en la realización personal y la vida en común, tal es el caso del derecho a la vida o el derecho a la salud. Esto implica que, los valiosos presupuestos están presentes de forma individual (derecho a la vida) o de forma agrupada (derecho a un ambiente saludable). De otro lado, el autor Mir (2003), desde una perspectiva diferente manifiesta que los bienes jurídicos están fundamentados en aquellas condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Es decir, el fundamento de un bien jurídico está basado en una perspectiva de utilidad social, dicho de

otro modo, un bien jurídico se fundamenta en ser útil para la sociedad; de otro lado, al referirse a las condiciones necesarias se habla de concretas posibilidades de participación del individuo en la sociedad, ya sea a través de la comunicación o interacción social, un claro ejemplo que se manifiesta es vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de la libertad particular por parte de los demás individuos.

También, se debe agregar que existe un concepto metodológico de bien jurídico, el cual según Roxin (1997), en su libro fundamentos, estructura de la teoría del delito, refiere que el bien jurídico es considerado como una abreviatura de la idea de fin y con ello la *ratio legis* del Derecho Penal, ya no solo una forma sintética de pensamiento respecto del sentido y fin de las concretas normas del Derecho Penal. Es decir, mediante el concepto metodológico del bien jurídico, se hace referencia a la finalidad que tienen las normas del Derecho penal, siendo esta finalidad los bienes jurídicos; en consecuencia, para este concepto metodológico el fin de una norma del Derecho Penal es un bien jurídico. De otro lado, se detalla que un bien jurídico viene a constituir la *ratio legis* del Derecho penal; es decir, la razón por la que ha de comprenderse que el Derecho Penal ha sido dado, consecuentemente el Derecho Penal se da por los bienes jurídicos.

No obstante, según el autor Mir (2003), un bien jurídico es una creación del derecho, que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección. Es decir, dicho autor considera al derecho como creador de

bienes jurídicos; y, con ayuda del legislador se eligen aquellos objetos que deben ser protegidos por el derecho. De otro lado, Roxin (1997) ofrece un concepto de bien jurídico derivado desde una perspectiva Constitucional, manifestando que estos son finalidades o circunstancias dadas, útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global. Este concepto implica que los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, cabe agregar además que, el legislador encuentra su restricción en los principios de la Constitución; es decir, no puede legislar dejando de lado la Carta Magna.

Además, los bienes jurídicos se vinculan con la dignidad de la persona; respecto de dicha dignidad, Simons (2017), refiere que se fundamenta en la persona como única, original, insustituible e irrepetible; agregando que es un valor intrínseco que no depende de algún factor externo. Es decir, los bienes jurídicos, considerados presupuestos indispensables, al igual que la dignidad forman parte de la persona, y como tal la complementan, fundamentando así su existencia entre la dignidad conjuntamente con la persona. De la misma manera, haciendo referencia a la dignidad de la persona, Chávez y Postigo (2012), afirman que el Tribunal Constitucional reconoce a la dignidad humana como fundamento esencial de los derechos humanos; así mismo, dichos autores hacen referencia a una dignidad ontológica, la cual se fundamenta en la libertad de la persona, que reside de manera intrínseca en su dimensión espiritual o inmaterial. Es decir, la persona

no solo debe ser entendida como una unidad material, sino también debe ser entendida como una unidad espiritual, unidad que se vincula con el carácter psicológico de la persona.

Agregan, Chávez y Postigo (2012) que, de este aspecto espiritual, se constituyen los derechos como, por ejemplo: la vida, la libertad o la salud. En consecuencia, todo derecho fundamental parte de la dignidad de la persona y forma parte de la misma, pues lo contrario implicaría referirse a los antivalores de una persona, contraviniendo su dignidad misma; no se tiene que olvidar el aspecto espiritual, pues este resulta importante para constituir los derechos fundamentales como el caso del derecho a la libertad. Asimismo, Pérez (2007) haciendo alusión a Kant, refiere que la dignidad es una cualidad considerada como un absoluto valor interior, que comparten todas las personas. Es decir, es un absoluto valor interno que confiere igualdad a todos como personas, surge así el derecho a ser tratados como iguales, el derecho a la igualdad. Además, cabe indicar que la dignidad es una propiedad o característica común entre las personas y sirve justamente para eso, para expresar el sentido de igualdad entre todos los seres humanos, por lo que toda persona merece igual respeto en cuanto poseedor de dignidad.

En esa misma línea, Pérez (2007), también refiere que el respeto de los demás hacia una persona no es algo que se deba ganar, sino algo que es debido. Es decir, por el simple hecho de ser seres humanos el

respecto debe ser una obligación, esto involucra que, el respeto por la dignidad, es no intervenir en la vida de los demás. De otro lado, el autor Becchi (2012), también refiriéndose a la dignidad, la considera como un derecho a la unicidad; es decir, el derecho a no ser la copia de otro individuo, por este motivo es que toma a la clonación reproductiva como una violación a la dignidad humana, pues se vulnera la singularidad del destino de una persona y por ende el derecho a ser único. De otro lado, el mismo autor Becchi (2012), considera a la dignidad como un don que cada ser humano tiene, independientemente de todos los elementos empíricos que caracterizan sus diversas condiciones de vida.

Tomando en cuenta lo indicado, la dignidad le pertenece al hombre desde el momento de su concepción hasta incluso más allá de su muerte, por lo que es considerada como un valor incluso superior a la misma vida, pues un claro ejemplo se presenta cuando una persona con una enfermedad terminal solicita la interrupción de su tratamiento para aceptar la muerte que es inminente; es decir, por dignidad humana elige su muerte antes que la vida. Además, Landa (2017), se refiere a la dignidad como un valor supremo de la constitución que, además de ser un fundamento para los diferentes derechos humanos de las personas, también orienta y delimita los fines que el Estado debe cumplir. Es decir, se afirma el valor supremo que la dignidad posee, siendo parte fundamental de la Constitución; y, que además otorga al Estado un deber de ponerse al servicio y defensa de las personas,

conjuntamente con el velar por su bienestar y desarrollo. Cabe agregar que según Landa (2017), la dignidad se ve lesionada cuando la persona es instrumentalizada; y, además cuando otros derechos fundamentales son también lesionados (dignidad como derecho relacional). Es decir, por un lado, la dignidad se ve lesionada, cuando una persona es utilizada para lograr fines ajenos a su voluntad como, por ejemplo, trabajar más de ocho horas diarias para incrementar los ingresos de la empresa en la que labora, esto a costo de su salud y tiempo. Del mismo modo, el autor considera a la dignidad como un derecho relacional, pues si otros derechos son vulnerados, la dignidad también se verá vulnerada; es decir, hay una conexión en la vulneración de dichos derechos con la dignidad. Acotando a la afirmación anterior, desde la perspectiva del D.P., según el expediente nro.05143-2011-PA/TC (de fecha 08-09-2015), los valores y bienes jurídicos que se protegen, están relacionados directamente con los atributos particulares que cada delito preserva. Es decir, se hace referencia a que, en el D.P., cada delito protege un determinado bien jurídico, por ejemplo, el delito de hurto implícitamente protege el bien jurídico de la propiedad.

Es necesario indicar también que, la protección de estos presupuestos valiosos o bienes jurídicos; como la vida, la libertad o la salud, sirven de fundamento para la convivencia humana en la sociedad; sociedad que, según Simons (2017), viene a ser una forma de organización y expresión que permite hacer valer a los ciudadanos, frente al Estado,

cuya estructura contiene un conjunto de libertades, como la libertad de reunión, conciencia, desplazamiento, expresión, etc. Es decir, la sociedad en la que se deben tutelar aquellos bienes jurídicos como la vida, está conformada por seres humanos capaces de hacer valer también su libertad, más aún de hacer valer sus derechos relevantes, como por ejemplo el derecho a la salud. Esto implica que, en una sociedad, las personas se basan en sus propios derechos fundamentales para otorgarle una estructura y además fundamentarla, pues una sociedad sin derechos fundamentales estaría destinada a su extinción.

También se debe considerar la funcionalidad del bien jurídico, se presenta la teoría del bien jurídico, la cual según, Hassemer y Muñoz (1989), dichos presupuestos valiosos o bienes jurídicos sirven de función inherente al Derecho Penal, función que permite la clasificación de delitos, límites del consentimiento o legítima defensa; y, además sirven como función crítica, resultandos determinantes como criterios para el merecimiento de pena. Es decir, los bienes jurídicos no solo resultan ser fundamentos para la protección del D.P.; sino que, además sirven como fundamento para la clasificación de los delitos; en ese sentido, cabe destacar las funciones de clasificación de delitos y la función crítica, pues respecto de esta última, es la que sustenta el criterio de merecimiento de pena, ya que de acuerdo al bien jurídico vulnerado se impondrá una pena de mayor o menor gravedad.

En base a su función de clasificación de delitos, enfocándola en la investigación, sirve para diferenciar de manera detallada cuáles son los bienes jurídicos y cuál es su relevancia de tutela ante un incumplimiento de medidas de protección, esto tanto en el delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, así como también en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, ambos tipificados en el C.P. De otro lado, cabe indicar que según Roxin (1997), la concepción de un bien jurídico no es estática, pues está abierto a progresos del conocimiento científico y cambios sociales. Esto implica que, con el pasar de los años un bien jurídico puede sufrir cambios en su concepto o contenido, algunos dejarán de ser relevantes para el derecho penal y otros se convertirán en centro de protección, se podría dar el caso de las exhibiciones obscenas que en algún tiempo a futuro las sociedades modernas las podrían permitir y su realización ya no vulneraría el bien jurídico de la libertad, específicamente las ofensas contra el pudor u otro de similar categoría.

Estos bienes jurídicos o derechos fundamentales, son tutelados por diferentes dispositivos normativos como, por ejemplo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, de otro lado se encuentra la C.P.P., asimismo el C.P., dispositivos normativos que contemplan una amplia variedad de bienes jurídicos en su estructura. En ese sentido, respecto del bien jurídico relacionado con el artículo

122-B del C.P., a grandes rasgos Salinas (2018), manifiesta que se trata de la salud personal. Tomando en cuenta dicho bien jurídico, este guarda estrecho vínculo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente con su art. 25, el cual establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar; es decir, para lograr un adecuado nivel de vida se debe tener en cuenta la realización de una salud y un bienestar adecuado; en consecuencia, esto hace ver que el bien jurídico de la salud también se encuentra reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, por su relevancia, fue irradiada hacia el art. 122-B del C.P. Misma situación ocurre con la Constitución, pues el bien jurídico que tutela el art. 122-B del C.P., está reconocido como derecho fundamental en la estructura de dicha Constitución, específicamente en el numeral 1) del art. 2, referente a los derechos fundamentales de toda persona, estableciéndose que toda persona tiene el derecho fundamental a su integridad moral, psíquica y física.

Referente a los aspectos doctrinarios, considerando el acuerdo plenario 09-2019/CIJ-116 (10-09-2021), el bien jurídico tutelado en el art. 122-B es considerado de carácter pluriofensivo, pues en un primer supuesto de violencia de género (violencia contra la mujer) se tutela la integridad física y la salud de la mujer; y, en un segundo supuesto de violencia contra un integrante de grupo familiar (es decir, violencia de un integrante del grupo familiar hacia otro, que no sea mujer) se tutela el

bien jurídico de integridad física, psíquica y la salud. Dicho bien jurídico, respecto al primer supuesto, guarda conexión con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, reconocido también por la Convención *Belém do Pará*, Ley y reglamento; de igual modo, guarda conexión con el derecho a una igualdad material y libre desarrollo de la personalidad de la mujer (art. 9 de la Ley 30364). Todo este contexto hace evidenciar que existe un interés público gravemente comprometido, el cual se encuentra detrás de una efectiva sanción a los causantes de la vulneración de este bien jurídico. Asimismo, el autor Castillo (2019), tomando en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional nro.2333-2024, en un proceso de Habeas Corpus, indica que se ha ordenado conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano; y, en general, la salud del cuerpo. Es decir, el bien jurídico de la salud, es tan relevante que el propio Tribunal ha ordenado su no vulneración, lo que implica su protección en diversos ámbitos en el derecho.

Respecto del bien jurídico tutelado en el art. 122-B del C.P., Salinas (2018), manifiesta que el interés social relevante protegido es el derecho a la salud de las personas, haciendo referencia a un aspecto físico y psíquico. Por lo que, tomando en cuenta lo anteriormente indicado, dicho bien jurídico tiene una trascendencia y relevancia nacional e internacional en cuanto a su protección, pues diversos

cuerpos normativos rescatan y protegen su importancia, tal es el caso de La Ley 30364 y la Convención *Belém do Pará* (Capítulo II, art. 4); asimismo, existe un enérgico interés público para dicha protección, pues resulta de interés social y nacional la protección de la integridad física y psicológica de la mujer e integrante de grupo familiar.

Cabe indicar, los alcances respecto del bien jurídico protegido en el art. 368 del C.P., este se vincula con la estructura inmersa de los delitos contra la administración pública. En ese sentido, Saldarriaga (2017), refiere que dicho bien jurídico se fundamenta en dos esferas, la primera de naturaleza general correspondiente al ejercicio correcto y legítimo de las funciones y servicios públicos; y la segunda, referida al amplio conjunto de principios, deberes y prohibiciones específicas que deben cumplir los funcionarios. Es decir, dicho bien jurídico se fundamenta en una correcta administración de justicia a favor de las personas que acuden a buscar una solución de sus conflictos con el único objetivo de obtener justicia, es la correcta administración que se ve vulnerada por el incumplimiento de una medida de protección, pues se desobedeció o no se acató la orden emitida por un juez.

Por el contrario, Pariano (2017), manifiesta que el correcto funcionamiento de la Administración Pública en beneficio de los ciudadanos, es el bien jurídico tutelado por este tipo penal. Es decir, el hecho de que este delito esté inmerso en el capítulo de delitos contra la administración, contribuye a una clara diferenciación de su bien jurídico,

siendo en consecuencia la correcta administración de justicia. De otro lado, Rojas (2007), desde una perspectiva más amplia, manifiesta que el bien jurídico protegido es la eficacia de los mandatos que emanan de un funcionario público. Es decir, el bien jurídico está constituido por la protección de mandatos eficaces de autoridad, emitidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, dicho de otra manera, se salvaguarda la eficacia de un mandato judicial. Es necesario indicar que según Roxin (1997), existe una diferencia entre el bien jurídico y el objeto de la acción, pues en un caso de falsedad de documentos, el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado. En ese sentido, cabe resaltar esta diferencia a fin de evitar confusiones en el análisis de los diferentes bienes jurídicos involucrados en la investigación, de otro lado, hay casos en los que el bien jurídico y el objeto de la acción suelen ser el mismo, como por ejemplo en los delitos de homicidio, el bien jurídico y el objeto de la acción resulta ser la vida humana. Del criterio adoptado, el bien jurídico en el delito contemplado en el art. 122-B resulta ser la salud y el objeto de la acción las agresiones contra la integridad de una persona, por otro lado, en el delito contemplado en el art. 368, el bien jurídico está dado por la correcta administración de justicia y el objeto de la acción está constituido por el incumplimiento de una orden (medida de protección) impartida por un juez.

### **2.2.2. Principios del programa penal constitucional**

El programa penal Constitucional, se fundamenta en la aplicación de la norma penal teniendo como sustento la C.P.P.; en ese sentido, Sota (2013), manifiesta que, en dicho programa penal la Carta Magna ya no solo integra un límite al poder sancionador penal del Estado, *Ius Puniendi* Estatal, si no que ahora comprende su fundamento mismo. Es decir, la interpretación y la aplicación del *Ius Puniendi* Estatal del D.P., debe ir de acorde con los postulados y principios de la C.P.P., caso contrario no existiría armonía con dicha norma fundamental, evidenciándose una marcada contradicción constitucional.

Dicho programa, está integrado por diversos principios y su fundamento se basa en la optimización de los mismos, a diferencia de las reglas que exigen cumplimiento pleno; en ese sentido, Grández (2016), manifiesta que, los principios en cuanto mandatos de optimización aceptan grados de cumplimiento, estos dependen de posibilidades fácticas y jurídicas, esta optimización es exigida mediante ponderación. Es decir, para la optimización de principios, se presenta un mecanismo jurídico de argumentación llamado test de ponderación, el cual junto con sus tres sub criterios permitirán establecer una jerarquía entre principios confrontados; logrando así, optimizar uno de ellos en menoscabo del otro. Referente a los principios que fundamentan el programa penal constitucional, según Sota (2013), dentro de los diversos principios que existen, se encuentran el principio de razonabilidad, principio de

proporcionalidad, principio – derecho de dignidad humana, principio de pluralidad de instancia, principio de solidaridad y el principio de presunción de inocencia. De la afirmación de Sota, es necesario indicar que los principios mencionados son de mucha relevancia, pues estos surgen de la Constitución; y, sirven como fundamento para la misma, asimismo su relevancia contribuye a fundamentar el programa penal constitucional. Además, de estos principios, cabe mencionar que existe el principio de legalidad el cual no es ajeno al programa penal constitucional, pues tiene la misma relevancia que los mencionados anteriormente.

Del abanico de los principios mencionados, los pertinentes y la vez relevantes para la presente investigación son el principio de proporcionalidad, específicamente relacionado a la proporcionalidad de las sanciones; y, el principio de legalidad referente a la seguridad jurídica. Respecto al primero de ellos, Terrones (2019), manifiesta que, el principio de proporcionalidad de la sanción fundamenta su aplicación en una pena proporcional a la gravedad del hecho, tanto por la jerarquía respecto del bien jurídico vulnerado como por la intensidad del ataque al mismo bien jurídico. Es decir, para que una sanción penal resulte proporcional, esta debe ser equivalente al hecho ilícito cometido, tomando en cuenta su intensidad y la vulneración producida al bien jurídico. Este principio de proporcionalidad de la sanción, está vinculado con lo establecido en el art. octavo del título preliminar del C.P., ya que

la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho, excepto por reincidencia o habitualidad.

Se debe diferenciar el principio de proporcionalidad de las sanciones y el principio rector de proporcionalidad. En esa línea, el autor Sota (2013) respecto del segundo, manifiesta que en el principio rector de proporcionalidad del derecho penal, el legislador se encuentra en la necesidad de limitar el derecho fundamental a la libertad personal sólo para alcanzar una mayor protección de otro bien jurídico de relevancia constitucional. Es decir, en el principio rector de proporcionalidad, al existir una confrontación de dos derechos fundamentales, uno de ellos será limitado o restringido y en consecuencia el otro derecho fundamental será enervado u optimizado. En la presente investigación, se analizó la restricción del derecho fundamental de la libertad personal en salvaguarda del derecho fundamental a la integridad personal o salud de las mujeres e integrantes del grupo familiar (numeral 6 del art.122-B del C.P.). También, se analizó la restricción del derecho fundamental de la libertad personal, en salvaguarda de un segundo derecho, la correcta administración de justicia (último párrafo del art.368 del C.P.).

El principio rector de proporcionalidad, al estar contemplado en el último párrafo del art. 200 de la C.P.P., fundamenta su aplicación en el contexto de la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción; cabe indicar que, por su relevancia, este

principio no solo se puede utilizar para el análisis de un acto restrictivo de un derecho en dicho contexto, sino que también, se puede aplicar en otros ámbitos del derecho, sirviendo así para analizar cualquier acto restrictivo de un derecho inherente a la persona.

En el D.P., por ejemplo, dicho principio rector de proporcionalidad se manifiesta a través de las sanciones o penas que se pretenden imponer a una persona para vulnerar su libertad, es por eso que se habla de una proporcionalidad de las sanciones o penas, esta afirmación guarda conexión con la manifestación de Castillo (2004), quien indica que el *Ius Puniendi* del Estado, establece sanciones a conductas previamente determinadas como delictivas, por ello en el ámbito penal se suele hablar del principio de proporcionalidad de las penas. En ese sentido, esta proporcionalidad de la pena actúa en diferentes ámbitos de su determinación, ya sea en la determinación legal de la pena, la determinación judicial de la pena o la determinación administrativa - penitenciaria de la pena, tal como indica Castillo (2004), la eficacia del principio de proporcionalidad de las penas abarca tres ámbitos; las penas en modo abstracto y general que el legislador prevé para los diferentes tipos penales (determinación legal de las penas), la aplicación de una pena frente a una determinada conducta, que el juez realiza en cada caso en concreto (determinación judicial de la pena); y, la ejecución de la pena relacionada con los beneficios penitenciarios (determinación administrativa de la pena).

Tres aspectos de la determinación de la pena de mucha relevancia en cuanto proporcionalidad de la pena o proporcionalidad de las sanciones se tratan, resaltando el primer aspecto relacionado a la determinación legal de la pena, pues guarda conexidad con la presente investigación, pues se analiza una pena de manera abstracta y general en referencia a una conducta delictiva establecida. Cabe tener en cuenta también que el Tribunal Constitución en su sentencia nro.10-2002, en un proceso de acción de inconstitucionalidad, manifiesta que la aplicación del principio de proporcionalidad se puede aplicar en el ámbito de la determinación legal, la determinación judicial o, en la determinación administrativa – penitenciaria de la pena.

Esta investigación se enfoca en la determinación legal de la pena, esta se analizó respecto del último párrafo del art. 368 del C.P. Es decir, se analizó si es proporcional la pena de cinco a ocho años cuando se incumpla una medida de protección; corroborándose, a través del test de ponderación, si efectivamente esta sanción a imponer cumple con ser idónea, necesaria y equilibrada, tres juicios que se establecen en dicho mecanismo de ponderación. En ese sentido, el máximo representante del principio de proporcionalidad, Alexy (2011), manifiesta que este principio de proporcionalidad tiene tres sub principios que expresan en conjunto la idea de optimización, siendo: el sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se aprecia que son tres aspectos a cumplir, relacionados al test

de ponderación, a fin de que dicho principio de proporcionalidad sea optimizado.

En referencia al test de ponderación, dentro del aspecto de la determinación legal de una pena, Castillo (2004), manifiesta que, una intervención del *Ius Puniendi* en la esfera jurídica de los derechos, como la libertad, es proporcional cuando cumple con ser idónea, necesaria y equilibrada (proporcionalidad en sentido estricto). Es decir, el ejercicio del poder sancionar del Estado es proporcional solo si se cumple con los tres aspectos del test de ponderación antes indicados: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por otro lado, según Barak (2017), los derechos fundamentales además de ser absolutos, también pueden ser relativos, lo que implica que, su no realización se puede justificar; y, el criterio con el cual se mide la realización de estos es la proporcionalidad (test de ponderación). Entonces, el test de ponderación, toma un papel importante con respecto a la restricción o realización de un derecho fundamental respecto del otro. Es decir, la restricción de un derecho fundamental, como por ejemplo el derecho a la libertad, puede ser justificado mediante la herramienta jurídica del test de ponderación, de igual modo este test puede justificar la realización u optimización de dicho derecho fundamental. También, el test de ponderación planteado por Castillo (2004), hace referencia a que la proporcionalidad (refiriéndose al test de ponderación) además de ser un principio recogido por la C.P.P., es considerado como un instrumento

de optimización de principios o derechos, que cuenta con tres componentes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Es necesario indicar además que, una pena resulta proporcional si guarda estrecha conexión con la justicia. En ese sentido, Aguila y Calderón (2011), manifiestan que constituye un acto de indudable injusticia sancionar un hecho con una pena más grave, pese a que el poder social estima que debería sancionarse con una pena menos grave, asimismo, indica que la ley benigna se fundamenta en desaparecer la criminalidad del hecho y mejorar la situación del condenado. En referencia a lo indicado, es pertinente manifestar que se aprecia un criterio subjetivo emergente de la sociedad, pues actualmente la sociedad no se detiene a realizar un análisis sobre la proporcionalidad de la pena, al contrario, si la pena es más intensa se llega a la conclusión que es una pena justa.

Desde una perspectiva del derecho comparado, el autor Mezger (1968), manifiesta que puede dictar una pena justa solamente aquel que sabe cómo será cumplida la pena, qué efectos producirá y cómo actúa en la realidad, en otras palabras, conoce el contenido de la pena. Es decir, solo la persona que conoce el verdadero poder sancionador de una pena, podría imponer una; claramente se hace referencia al juez penal, pues este es considerado como la persona idónea para dictar sanciones penales, ya que su papel implica conocer cuáles son los requisitos,

características y consecuencias de imponer una sanción penal. Es por ello que, se torna evidente realizar un análisis adecuado de la pena, tomando en cuenta bases objetivas, como la conducta del imputado, la respectiva proporcionalidad de la pena que se aplicará sobre esa conducta y adicionalmente la jerarquía del bien jurídico vulnerado.

Del mismo modo, según Sandel (2011), citando a Kant, manifiesta que la justicia va en conjunto con una Constitución justa cuyo fundamento es armonizar la libertad de cada individuo con la de los demás, descartando así la concepción de utilitarismo de justicia en favor de una teoría de justicia basada en un contrato social. Es decir, se descarta una Constitución basada en la concepción particular de felicidad, pues de ser el caso, la sociedad tendría que imponer sobre los demás su concepción particular de felicidad, no respetando así el derecho a la libertad de los demás, referente a lograr sus propios fines. Esta concepción particular de felicidad guarda vinculación con lo manifestado por Pérez (2007) quien, citando a Kant, refiere que existe una concepción de felicidad individualista y alcanzarla requiere que este solo, pero con una oportuna protección. Es decir, cada persona de manera individual estaría rodeada por un anillo, en sentido figurado, de derechos que sirvan de protección frente a los demás.

Respecto del mencionado principio de proporcionalidad, cabe diferenciar los conceptos: principio rector de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad de las sanciones y el test de ponderación

(llamado también test de proporcionalidad). En ese sentido, teniendo en cuenta todo lo manifestado anteriormente, sobre el principio rector de proporcionalidad, este hace referencia a derechos restringidos o suspendidos, respecto de los cuales se examina la proporcionalidad de un acto restrictivo (último párrafo del art. 200 la C.P.P.). Es decir, implica una evaluación de la proporcionalidad del acto restrictivo frente a un derecho fundamental; en ese sentido, de forma comparativa, en esta investigación se evaluó el acto restrictivo (sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad) frente al derecho fundamental de la libertad personal, buscando respuesta a si esta sanción es proporcional o no para restringir dicho derecho fundamental de la libertad. De otro lado, Castillo (2019) manifiesta que en la Sentencia del Tribunal Constitucional nro.010-2022, en un proceso de acción de inconstitucionalidad, se estableció que se debe satisfacer el principio de proporcionalidad en cualquier ámbito del derecho, como principio general del derecho, positivizado en el último párrafo del art. 200 la C.P.P. Es decir, existe un realce de este principio de proporcionalidad, en el sentido de que es el propio tribunal quien establece su aplicación en cualquier ámbito del derecho.

Cabe recalcar, respecto del principio de proporcionalidad de las sanciones, que este implica que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, salvo reincidencia o habitualidad (art. VIII del Título Preliminar del C.P.). Es decir, se refiere a una sanción que

sea proporcional con la magnitud del hecho ilícito cometido. Afirmación que guarda conexidad con la manifestación de Castillo (2019) quien indica que el Tribunal Constitucional en su sentencia nro.10-2022, hace referencia a que, en el momento de establecer las penas, estas deben obedecer a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena a imponer. En ese sentido, en la investigación este principio contribuye a evaluar la proporcionalidad de la sanción de cinco a ocho años de la pena privativa de libertad (contemplada en el último párrafo del art.368 del C.P.) respecto del hecho ilícito: incumplimiento de una medida de protección. Es necesario indicar, respecto del test de ponderación o llamado también test de proporcionalidad, que el criterio adoptado consiste en una manifestación del principio rector de proporcionalidad; y, sirve para evaluar la proporcionalidad de una sanción a través de tres criterios, en ese sentido Castillo (2004) manifiesta que, si una sanción cumple con ser idónea, necesaria y equilibrada, dicha sanción resulta ser proporcional.

Resulta necesario hablar del principio de legalidad, pues guarda conexidad con el principio de proporcionalidad de las sanciones. En ese sentido, el principio de legalidad se encuentra consagrado en la C.P.P., específicamente en literal d), inciso 24, del artículo 2, donde se establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; en consecuencia, ninguna persona será condenada ni procesada por una omisión o acto que al tiempo de llevarse a cabo no

este previamente establecido en la ley, de forma inequívoca y expresa, como infracción punible; asimismo ninguna persona puede ser sancionada con pena no establecida en ley. Es decir, todo delito, falta o infracción debe estar previamente recogida en algún dispositivo legal, para así lograr posteriormente su aplicación a cualquier conducta considera como tal. Asimismo, cabe indicar que el principio de legalidad se encuentra en diversos ámbitos del derecho, ello se debe a que sirve como un instrumento de protección a las personas frente alguna arbitrariedad; y, además es considerado como un límite al poder sancionador del Estado.

Este principio de legalidad, además de proteger a la persona frente a cualquier arbitrariedad, también crea un entorno de certeza y seguridad jurídica para su libertad. En ese sentido, Cairo (2013), manifiesta que el principio de legalidad viene a ser un instrumento que sirve para establecer un ámbito de certeza, libertad y sobre todo de seguridad jurídica, ámbito en el cual la libertad civil de los ciudadanos se puede desarrollar por sí misma, sin intervenciones imprevistas. Es decir, a través del principio de legalidad la persona adquiere seguridad respecto de sus derechos, ya que se fortalece la confianza en los operadores de justicia, quienes resolverán cualquier conflicto guiándose de leyes ya establecidas, evitándose así cualquier improvisación respecto de la aplicación de alguna ley. La aplicación del poder estatal, en este caso del *Ius Puniendi*, será ejercido estrictamente de conformidad con las

reglas, procedimientos y fines que fijan las leyes, lográndose una represión necesaria a dicho poder sancionador. De otro lado, el autor Guastini (2001), respecto del principio de legalidad, refiere que todo acto del Estado tiene que estar conforme a ley, sobre todo aquellos actos que puedan incidir sobre los derechos subjetivos del ciudadano limitándolos o extinguiéndolos, en estos casos dicho principio adquiere una función garantista. Es decir, según dicho autor, el principio de legalidad implica que los actos que realice el Estado sobre los derechos subjetivos del individuo, como el derecho a la libertad, a la propiedad, entre otros, deben estar conforme a ley, a fin de garantizar y proteger dichos derechos que se vean limitados o extintos.

El principio de legalidad se rige dentro del llamado principio de constitucionalidad, ya que se debe tener en cuenta que la C.P.P., se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. Esta afirmación está vinculada con la manifestación de Cairo (2013), quien considera a la ley como una medida peculiar de todas las cosas en el campo del Derecho, la que ha cedido el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de medición. Es decir, el principio de legalidad se encuentra representado por la ley, cuya función: mantener unidas y en paz las sociedades, le compete a la C.P.P., entonces la Constitución servirá como objeto de medidas de las cosas; en consecuencia, la ley pasa a ser parte del marco constitucional. Es necesario indicar, además que el principio de legalidad se fundamenta en la creencia de que los

gobernantes ejercen su gobierno basándose en la ley y lo que ella prescribe. En ese sentido, Barco (2013), manifiesta que la finalidad del principio de legalidad es afirmar la seguridad jurídica, de modo que tanto el gobernante como el gobernado, sabrán a qué abstenerse, pues conocen con anticipación qué es lo que tienen que hacer u omitir. Es decir, la seguridad jurídica implica que, ante una determinada conducta, las personas comunes y las autoridades, saben cuál es la ley que se aplicará o cuál es la ley que se dejará de aplicar, evitando así aplicaciones arbitrarias o contrarias a ley o a derecho. De otro lado el principio de legalidad, tiene como fundamento otros principios, según Barco (2013), uno de estos principios es el de certeza, el cual implica la imposición de un orden racional, donde las normas deben ser claras a fin de ser aplicadas a las personas por sus determinados actos ilícitos.

Se debe tener en cuenta a Barco (2013), quien manifiesta que además del principio de certeza como fundamento, toma en cuenta los principios de razonabilidad, igualdad, equidad e irretroactividad de las normas; precisando que el principio de certeza impone un orden racional, con el objetivo de que las leyes o normas sean completas, precisas y claras; cuya finalidad, es que la persona pueda saber en un grado razonable las consecuencias que se deriven de su conducta a la luz del ordenamiento jurídico. Es decir, el principio de legalidad tiene como pilar fundamental al principio de certeza de las normas jurídicas, ya que resulta imperativo saber cuáles son aquellas normas del ordenamiento

jurídico, que se aplicarán a una determinada conducta. Adicionalmente a lo indicado, un fundamento de orden político, referente al principio de legalidad, se encuentra en la protección de las personas frente a la incertidumbre y la arbitrariedad, esto implica el fundamento de la garantía de la seguridad jurídica, frente a cualquier abuso del poder del Estado, el *Ius Puniendi* del Estado. Pues como manifiesta Álvarez (2013), se trata de evitar sorpresas al momento de calificar un hecho punible y de prohibir la aplicación retroactiva de delitos y penas.

### **2.2.3. La finalidad de las sanciones penales en un contexto de Estado Constitucional de Derecho**

En el Estado Constitucional de Derecho, las normas que existen en el ordenamiento jurídico fundamentan su validez en la subordinación a la Constitución; es decir, una norma de rango infra constitucional es válida solo si está de acorde con los principios y derechos que pregonan la C.P.P. Dicha afirmación, guarda conexión con la manifestación de Witker (2016), quien indica que, un Estado Constitucional de Derecho surge bajo la proposición evidente de Constitución rígida, supra ordenada jerárquicamente a las leyes como normas de reconocimiento de validez. Es decir, el autor resalta la característica de subordinación de la ley a los principios constitucionales; y, además establece que los derechos constitucionales tienen prohibiciones y límites. En consecuencia, al hablar de límites y prohibiciones de los derechos constitucionales, se deja en evidencia que, en la Constitución, los

principios y los derechos no son absolutos. Asimismo, el Estado Constitucional de Derecho, además de fundamentarse en leyes subordinadas a principios constitucionales, también se fundamenta en los derechos que reconoce y protege respecto de los individuos en sociedad; tal es el caso, de los derechos reconocidos como primera y segunda generación hasta llegar a los derechos de tercera generación, dichas generaciones de derechos siempre tendrán como premisa principal el denominado derecho a la calidad de vida.

La afirmación anterior, se basa en lo manifestado por Aguilera (2010), quien indica que el Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, reconoce derechos más novedosos, como el derecho a la paz, derechos a los consumidores o derecho a la calidad de vida. Es decir, estos derechos de tercera generación, surgen en base a los de primera y segunda generación; de igual modo, como parte del derecho a la calidad de vida de una persona, se encuentra el derecho a gozar de una perfecta integridad personal, ya sea física o psicológica. Asimismo, Landa (2017), refiere que este derecho de la integridad personal se fundamenta en la conservación de una indemnidad somática, psíquica y espiritual; como valor, está relacionado con el derecho a la vida. En consecuencia, el Derecho fundamental a la integridad personal, guarda una amplia relevancia en cuanto a su contenido, ya que es reconocido efectivamente por la C.P.P. Estos derechos fundamentales, según Barak (2017), cuentan con un supuesto

de hecho cuya finalidad es precisar tanto su contenido como sus límites; respecto del contenido, determina su alcance negativo (lo que debe ser hecho para no vulnerarlo); y, además su alcance positivo (lo que debe ser hecho para protegerlo); respecto de sus límites, se hace referencia a los fundamentos para separar un derecho fundamental de otro. Es decir, existen dos aspectos relevantes dentro de un derecho fundamental, aspectos bajo la denominación de supuesto de hecho de un derecho fundamental; en primer lugar, respecto del alcance negativo, implica una no vulneración del derecho fundamental, dándose a través de sanciones, una especie de persuasión a las personas de no vulnerar dicho derecho fundamental; respecto del alcance positivo, la protección implicaría fortalecer los cuerpos normativos estableciendo enunciados que tutelen dichos derechos fundamentales, enunciados como por ejemplo los establecidos en la C.P.P., o en el C.P. Respecto de los límites, cabe traer a colación la afirmación, un derecho termina donde comienza el derecho de otro; es decir, se puede hacer uso del derecho a la libertad sin vulnerar el derecho a la libertad de la otras personas.

Estos derechos fundamentales, en específico el derecho a la vida, no solo son protegido por la Carta Magna, sino también son tutelados por normas infra constitucionales; tal es el caso de las normas del Derecho Penal, cuerpo normativo donde se sanciona aquellas conductas tendientes a vulnerar derechos fundamentales. Así pues, referente a la

sanción penal, se puede decir que tiene como fundamento asegurar la convivencia pacífica de la sociedad, esta afirmación se basada en la manifestación de Terrones (2019), quien establece que la sanción penal es el medio de mayor severidad que utiliza el Estado y se sustenta en asegurar la convivencia en la sociedad, siendo aplicada a los que delinquen. En otras palabras, para que exista una adecuada convivencia social se requiere de la imposición de una sanción penal contra aquellos individuos que no respetan dicha convivencia; en consecuencia, se torna imprescindible corregir a través de una sanción a las personas que delinquen vulnerando una convivencia estable.

De igual modo, Mezger (1968), desde una perspectiva del derecho comparado con Argentina, manifiesta que la pena se fundamenta como un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. Es decir, en el derecho argentino también se hace referencia a la comunidad social o sociedad, pues si no existe la pena en dicha sociedad, entonces esta no llegaría a conservarse, ya que sus integrantes realizarían distintos hechos ilícitos sin ser sancionados, y la consecuencia final sería el desmoronamiento del ordenamiento jurídico. Se debe considerar al jurista argentino Welzel (1956) quien, respecto del fundamento de la pena, manifiesta que este radica en ser indispensable para mantener el orden de la comunidad. Es decir, a diferencia del Mezger, este autor se centra en el orden de una comunidad, ya no solo es necesario conservarla, sino que además se

torna indispensable conservarla de manera ordenada, es por ello que la pena resulta ser indispensable para dicho orden.

Por su parte, Baratta (2004), manifiesta que la pena tiene como fin la defensa social y constituye un contra estímulo frente al impulso criminoso, dicho contra estímulo no debe ser superado. Es decir que, la sociedad debe ser defendida a como dé lugar de aquel impulso criminoso manifestado por los delincuentes o criminales, siendo más precisos estos individuos deben ser controlados o reprimidos; para esta represión, el arma adecuada es la sanción penal, dicha sanción no debe ser superada; es decir, la conducta criminal debe ceder ante la sanción penal y no expandirse. Cabe indicar que la sanción penal, tiene una teoría psicoanalítica, que según Baratta (2004), hace referencia a un mecanismo sociopsicológico a través del cual el imponer una pena significa contrabalancear la presión de los impulsos reprimidos. Es decir, la pena sirve como un instrumento de represión de aquellos impulsos criminales que el delincuente presenta; dicho de otro modo, si un delincuente es puesto en libertad o no es sancionado, posiblemente dichos impulsos reprimidos serán fortalecidos o liberados, efecto que recaería de manera perjudicial en la sociedad.

También, Günther (2004), manifiesta que mediante la pena se afirma que el comportamiento defraudador no pertenece, ni pertenecerá a aquella configuración social (comportamientos considerados válidos en la sociedad), así la sociedad rechaza la pretensión de no abandonar la

expectativa defraudada, ratificando su identidad. Es decir, la pena se fundamenta en ratificar la identidad de la sociedad mediante el rechazo de un comportamiento defraudador, incluyendo toda intención de aceptar dicho comportamiento, justificación que va de la mano con la ratificación de la existencia normativa. De otro lado, Mezger (1968) manifiesta que, la sanción tiene su fundamento en una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. Es decir, se considera a la pena como una restricción de bienes jurídicos, para la presente investigación una restricción del bien jurídico a la libertad personal, pues es el que se restringe ante una pena privativa de libertad, asimismo, la pena viene a ser una retribución o una respuesta al hecho punible cometido por el autor.

Para entender cuál es la finalidad de la pena o sanción penal es necesario preguntarse ¿Por qué se debe castigar?, en ese sentido, según Cofré (1999), la respuesta a dicha pregunta se encuentra en conexión con las doctrinas retribucionistas y utilitaristas de la pena; la primera, se fundamenta en retribuir con castigo la ofensa cometida, con la finalidad de borrar dicha ofensa, esta doctrina es representada por Kant y Hegel. En otras palabras, se aplica una sanción penal como forma de retribución ante un hecho delictivo, todo con la finalidad de borrar la ofensa cometida. Asimismo, se torna necesario resaltar la importancia de sus representantes, siendo Kant y Hegel los más

resaltantes, en ese sentido, Cofré (1999), indica que, según Kant se vuelve una obligación castigar a quién cometió un delito por existir un imperativo moral absoluto que así lo decreta; del mismo modo, según Hegel, lo que importa es eliminar el delito, ya que representa una lesión al derecho. Como se aprecia, el primero de ellos justifica la sanción penal desde un aspecto ético; y el segundo, justifica dicha sanción desde un aspecto del Derecho. Respecto a la doctrina retribucionista, en palabras de Mezger (1968), se evidencia un carácter de infligir un mal que la pena tiene como tal. Es decir, la pena pretende alcanzar al responsable del hecho y darle a conocer el mal que ha realizado, mediante el mal que se le inflige con dicha pena.

En contraposición al retribucionismo se presenta la doctrina del utilitarismo, que según Cofré (1999), considera que la pena es un mal y es pernicioso; siendo admitida por principio de utilidad solo si promete evitar un mal mayor. Es decir, se deja de lado el concepto culpa – ofensa del retribucionismo; dirigiendo la justificación de la aplicación de la pena a las consecuencias relevantes de prevención que esta cause. Esta segunda doctrina, tiene como representante a Bentham, quien según Cofré (1999), sostiene que aumentar la felicidad viene a ser la finalidad del derecho. En consecuencia, para aumentar dicha felicidad se debe de aplicar la pena, con la finalidad de evitar un mal mayor, vale decir, evitar o prevenir conductas delictivas a futuro. Entonces, respecto de la interrogante inicial, esta se puede responder desde un aspecto

teleológico y ontológico, en ese sentido, Cofré (1999), manifiesta que a la interrogante ¿Por qué se debe castigar?, se puede dar respuesta dividiéndola desde un aspecto teleológico ¿Para qué se debe castigar?, y desde un aspecto ontológico ¿Por qué se debe castigar?, siendo la respuesta a la primera la doctrina del utilitarismo (para que no se vuelva a repetir); y, la doctrina del retribucionismo, a la segunda interrogante (por que se cometió un delito). Es consecuencia, a pesar de la discrepancia entre ambas doctrinas, estas ayudan a justificar la imposición de una pena desde diferentes puntos de vista, manifestando un amplio sentido de justificación de la misma.

Estas doctrinas mencionadas sirvieron de base para posteriores teorías, pues cabe indicar que la aplicación de la pena viene siendo sustentada en las teorías denominadas como: absoluta, relativa y mixta. Respecto de la teoría absoluta, el jurista Mir (2003), manifiesta que la pena no tiene su fundamento en servir a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es el fundamento en sí, no puede instrumentalizarse en favor de fines preventivos. Es decir, para la teoría absolutista el fundamento de la pena se base en el castigo mismo del individuo, dejando de lado la teoría de que el castigo sirva para influenciar en la sociedad y lograr prevenir delitos. Asimismo, dicho autor Mir (2003), refiere también que esta teoría absoluta de la pena desarrolla un límite de garantía para el ciudadano; es decir, no se puede castigar al ciudadano más allá de la gravedad del delito cometido, ni por

consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se opone a que el individuo sea utilizado con fines preventivos.

El jurista Welzel (1956), manifiesta que dicha teoría se fundamenta en una retribución justa, mediante la cual se garantiza la realidad y el agotamiento del contenido de la pena. Es decir, según la teoría absoluta de la pena, esta se justifica en una retribución justa, lo que implica que se impone una pena por considerarla como un intercambio justo frente al hecho ilícito cometido, dejando de lado otras consecuencias, como por ejemplo el efecto intimidatorio de dicha pena. El mismo autor Welzel (1956), ya en referencia a la teoría relativa, indica que la pena es una medida tendiente a impedir el delito, considerando al hecho punible solo como presupuesto y no como fundamento. Es decir, la pena se fundamenta en cuanto impide la comisión del delito, de otro lado le resta valor al hecho ilícito considerándolo como presupuesto y no como fundamento de la pena. En ese sentido, dichas teorías dentro de un modelo de Estado social y democrático de derecho donde prima la C.P.P.; fueron sustento de la pena, a esto se le suma su función de ser resocializadora, rehabilitadora y educativa.

La pena se encuentra inmersa en los contornos de una prevención especial y general; de modo que, la teoría acorde con un modelo de Estado social y democrático es la teoría relativa, teoría que según Chang (2013), se fundamenta en la prevención de nuevas conductas delictivas, ya sea influyendo en el condenado (prevención específica) o

en la sociedad (prevención general); asimismo, bajo esta teoría, el penado debe ser capaz de reinsertarse a la sociedad (reeducarse) y de vivir en ella sin cometer otros delitos. En otras palabras, esta teoría también denominada preventiva, tiene dos fundamentos; el primero es intimidar al condenado y el segundo intimidar a la sociedad, ambas para evitar que se cometan nuevos hechos delictivos a futuro.

Es necesario indicar además que, el autor Mezger (1968), manifiesta que la finalidad de la pena se fundamenta en una prevención del delito, prevención que actúa sobre la colectividad (prevención general) o que actúa sobre el individuo (prevención especial). Es decir, el autor detalla que la única finalidad resaltante de la pena viene a ser aquella consistente en prevenir, pues influye sobre la sociedad y sobre el individuo para prevenir a futuro realizar hechos ilícitos. Referente a la prevención especial, el autor Plascencia (2004), manifiesta que dicha prevención se presenta por intimidación cuando se intimida al autor de un delito mediante la ejecución de la pena; se presenta, también por educación porque a través de la ejecución de la pena se prepara al autor del delito a la vida futura en sociedad; y, se presenta por aseguramiento ya que en atención a la ejecución de la pena, la sociedad se garantiza que no volverá a ser atacada en sus bienes jurídicos. Es decir, el autor antes mencionado, canaliza la prevención especial de la pena a través de tres vertientes, la primera de ella es por intimidación al autor (por ejecución de la pena), la segunda por educación (se prepara al autor a

la vida en sociedad); y, por aseguramiento (la sociedad no volverá a ser atacada en sus bienes jurídicos), estas vertientes son derivadas de la prevención especial y ayudan a entender la misma con mejor exactitud.

El autor Welzel (1956), manifiesta que la finalidad principal de la pena consiste en la influencia psicológica inhibitoria del delito sobre la generalidad. Es decir, dicho autor considera como fundamento principal el carácter inhibitorio de la pena sobre la sociedad, esto se relaciona con la prevención general, lo que implica causar un miedo sobre la sociedad al imponer diversas penas a fin de evitar futuros hechos delictivos. Respecto a la teoría de la prevención general, Silvestroni (2004), manifiesta que se estructura en dos vertientes; la primera, es la prevención general negativa (coacción psicológica, el castigo aplicado al autor asusta a los miembros de la sociedad); la segunda, prevención general positiva (reestablecer la vigencia de la norma que el delito desautorizó). En ese sentido, respecto a la coacción psicológica, se considera que va contra el precepto de Kant, el cual no se puede utilizar a la persona como medio sino como fin; el segundo, se refiere a la negación de negación de la ley; es decir, cuando alguien comete un delito este niega la vigencia de la norma, entonces, al imponerse una sanción, se niega la negación de la norma, lo que reestablece la vigencia normativa. Del mismo modo, el autor Plascencia (2004), manifiesta que la pena resulta justificable por un fin de prevención penal. Es decir, dicho autor es preciso y hace referencia al fin preventivo

de manera general de la sanción, pues sustenta la pena en una finalidad de prevención respecto de la comisión de hechos delictivos.

Respecto a la sanción penal, existen diferentes clases de sanciones establecidas en el D.P.; sin embargo, la más coercitiva es la pena privativa de libertad, con un margen mínimo de dos días y con un margen máximo de treinta y cinco años, si es temporal. Desde el enfoque de esta investigación, respecto de las sanciones con carácter penal, son dos las que se presentan ante el hecho de un incumplimiento de medidas de protección, hecho que trae como consecuencia vulnerar la integridad física o psicológica de la víctima; en ese sentido, en primer lugar respecto de dicha sanción, surge la agravante contemplada en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., cuya sanción es de dos a tres años de pena privativa de libertad; y, en segundo lugar, respecto del último párrafo del art. 368 del C.P., surge la sanción es de cinco a ocho años de pena privativa de libertad. En otras palabras, se evidencia que las sanciones van de manera desigual o contrarias frente a la comisión de un mismo hecho, generando una confusión jurídica; y, además la tutela de los bienes jurídicos resulta ser diferente; siendo el primer bien jurídico tutelado, la integridad física y psicológica de las mujeres o integrantes de grupo familiar; y, el segundo bien jurídico el correcto funcionamiento de la administración de justicia; aspectos que claramente fundamentan la antinomia entre ambas normas. Solo una de las sanciones indicadas, vendría a ser la más adecuada para cumplir

con el fin preventivo de la pena, fin contemplado y sustentado por el Estado Constitucional de Derecho; cabe indicar que dicho fin preventivo sustenta el principio del régimen penitenciario, cuyo objeto es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (numeral 22, art. 139 de la C.P.P.). Por otro lado, es necesario indicar que, en el C.P., en su art. noveno, respecto de los fines de la pena y medidas de seguridad, se establece que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora.

#### **2.2.4. Decisiones político criminales dentro de un Estado social y democrático de Derecho**

Para iniciar se debe hacer referencia al fundamento de la criminología, que según Silvestroni (2004) es una disciplina que, a diferencia de otras, tiene un objetivo u objeto específico, el cual es ocuparse del crimen o conductas desviadas y de cómo estas son castigadas. Es decir, para dicho autor la criminología resulta ser una disciplina, mas no una ciencia, disciplina que está conformada por un objetivo u objeto, el cual consiste en ocuparse del crimen o de las conductas desviadas, con la finalidad posterior de castigarlas. Por otro lado, para la jurista Prado (2020), la criminología viene a ser también una disciplina, encargada de estudiar la etiología del crimen. Es decir, estudiar sus causas, lo que implica que la criminología se encarga de estudiar al infractor, a la víctima, el hecho criminal y el control social, todo esto con la finalidad de brindar información válida del hecho criminal.

Resulta necesario tener en cuenta el fundamento de una criminología crítica, trasladando a un segundo plano a la denominada criminología ontológica relacionada a individuos y sus comportamientos, en ese sentido, Baratta (2004), manifiesta que la criminología crítica se fundamenta en una criminalidad como estatus de determinados individuos, estatus considerado como bien jurídico negativo, distribuido según jerarquía de intereses, fijada en el sistema socioeconómico y la desigualdad social entre los individuos. Es decir, se precisa que la criminología crítica se fundamenta en una criminalidad como bien jurídico negativo otorgado a individuos de bajos recursos, quienes son más propensos a cometer ilícitos, esta criminología descarta la ontológica; sin embargo, tiene como base la misma.

El autor Alberto (1996) refiere que, la criminología crítica implica que solo delinquen aquellos sujetos marginados que, por las circunstancias sociopolíticas, se ven determinados a ello. Es decir, las circunstancias, como es el caso de la familia, movimientos sociales o las fuentes de poder social, definen a los delincuentes, que por lo general son aquellas personas marginadas de la sociedad, como podrían ser, por ejemplo, aquellas personas que han quedado huérfanas o personas de bajos recursos. De otro lado, respecto de la criminalidad, a diferencia de la clase dominante, es la clase subalterna la cual viene luchando directamente contra aquellos comportamientos delictivos, esta afirmación, está vinculada con la manifestación de Baratta (2004) quien

indica que, en el fenómeno de la criminalidad, la clase subalterna además de luchar contra los comportamientos socialmente negativos, también lucha para superar las condiciones propias del sistema socioeconómico capitalista. En otras palabras, la criminalidad ataca a la clase económicamente inferior por dos frentes; siendo el primero, los comportamientos delictivos y el segundo la economía en su aspecto más precario; estos dos factores contribuyen a incrementar los índices de criminalidad.

Si bien es cierto, la criminalidad incide con mayor rigurosidad sobre la clase proletaria; es cierto también que, basándose en la criminología liberal, se ha demostrado que no es la única clase afectada. Así, Baratta (2004) manifiesta que, la criminología liberal y sus investigaciones sobre la cifra negra, respecto de la criminalidad de cuello blanco y criminalidad política, demuestran que el comportamiento criminal se distribuye en todos los grupos sociales, por ejemplo, en la clase dominante. Dicho de otro modo, la criminalidad no tiene puntos ciegos, ataca en todos lados y no diferencia clase social alguna; en consecuencia, se torna necesario plantear decisiones político criminales diferentes a las ya establecidas, para lograr así la disminución de aquellas conductas criminales persistentes, siempre rescatando la premisa de la ineficiencia de aumentar la cuantía respecto de las sanciones penales; es decir, sobrecriminaliza las penas. Respecto a la cifra negra antes indicada, Hassemer y Muñoz (1989), manifiestan que la ignorancia por la

criminalidad real, no permite aplicar o elaborar sanciones normativas adecuadas, pues la cifra oscura se encuentra presente de manera proporcional entre los miembros de las diferentes clases sociales. Es decir, la cifra gris u oscura no permite evidenciar cuán real es la criminalidad en la sociedad, pues no se cuenta con los datos reales y necesarios para su identificación, lo que dificulta crear sanciones de acorde con la realidad social delictiva; sin embargo, no se debe dejar de lado el hecho de que dicha cifra oscura se encuentra inmersa en todas las clases sociales, ya que asumir que no hay criminalidad en algunas clases sociales conllevaría a consecuencias complejas, como por ejemplo, despenalizar delitos que se consideran innecesarios, generando así impunidad.

En otras palabras, no se debe dejar de sancionar conductas delictivas ocasionales, por el hecho de no saber su real índice de comisión. Para culminar, en referencia a la criminología, un fundamento final está dado por el autor Silvestroni (2004) manifestando que, la criminología se fundamenta en un conjunto de decisiones políticas sobre la sociedad, las relaciones de poder, los conflictos humanos y el sistema penal en particular. Es decir, la criminología es un conjunto de opiniones o decisiones políticas que se ejerce frente a la sociedad, frente al poder, a los conflictos y al sistema penal; y, estas decisiones político criminales implican razones o fundamentos que sirven para doblegar la criminalidad. Dicho de otra manera, la criminología implica doblegar la

criminalidad encontrada en el ámbito de la sociedad, el poder y el sistema penal. Con respecto a las decisiones político criminales del Estado Peruano, se puede también conceptualizar como aquella actividad de construir o modificar los delitos y sus penas por parte del mismo Estado, a fin de realizar un control y una prevención de la criminalidad. Es decir, el Estado controla la criminalidad a través de su política de creación o modificación de delitos y sus penas, ello con la finalidad de realizar un control o prevención de dicha criminalidad. Estas afirmaciones se sustentan en la manifestación de Prado (2017) quien indica que, la política criminal consiste en la formulación de diversas decisiones por parte del gobierno, las cuales inciden en la reducción, expansión o modificación de los delitos y sus penas. En otras palabras, existen decisiones político criminales que el Estado toma a fin de controlar la inseguridad ciudadana y frenar la delincuencia, modificando en esencia los delitos y sus respectivas penas.

Según la jurista Prado (2020), la política criminal es un saber científico aplicado, que se fundamenta en promover estrategias sistemáticas y eficaces para el control de los delitos, con la intervención estatal. Es decir, primero se valora la información obtenida del hecho criminal y de acuerdo a eso luego se formulan estrategias y acciones orientadas a prevenir, controlar y reducir la criminalidad, siempre con la intervención del Estado. De otro lado, Roxin (2000), manifiesta que la política criminal, se fundamenta en hacer posible la convivencia social de forma

pacífica; y, además se constituye como fuente del D.P. En otras palabras, la política criminal y sus formas de resolver conflictos guardan estrecha conexión con los institutos del D.P., relacionado a su vez con la convivencia social pacífica, pues al haber una adecuada política criminal habrá una adecuada convivencia social.

Las decisiones político criminales, básicamente deben estar dirigidas a mitigar el mal mayor; es decir, deben estar enfocadas a la clase subalterna, la cual es la más afectada por la criminalidad, logrando así un efecto en cadena hacia las demás clases sociales, obteniendo como consecuencia disminuir la criminalidad en todos los niveles. Esta afirmación está vinculada con la indicación de Baratta (2004), pues plantea estrategias referentes a una política criminal de las clases subalternas; y, establece al D.P., como una alternativa inadecuada, optando en cambio por estrategias basadas en una política criminal alternativa. Es decir, esta política criminal alternativa no va enfocada en sancionar las conductas delictivas con una sanción rigurosa, vulnerando la libertad a una persona, si no por el contrario, se enfoca en otros aspectos relevantes como el desarrollo de la igualdad o despenalización de las conductas, lo que implica no ser tan riguroso penalmente con el imputado, pues al fin y al cabo es un ser humano que cometió un error.

En referencia a lo indicado, Baratta (2004), manifiesta que una política criminal alternativa se fundamenta en reformas institucionales y

sociales, logrando así el desarrollo de la igualdad, la democracia, formas de vida comunitaria, civil y más humana; de igual modo, esta política criminal alternativa se fundamenta en la sustitución de sanciones penales por formas de control menos graves, a fin de aligerar la coacción punitiva y lograr una igualdad entre las clases sociales. En consecuencia, esta política criminal alternativa va de acorde con los fundamentos del cultivo de valores, la educación civil como la moral; es decir, va dirigida a encontrar una solución a la criminalidad ya no en la sanción penal si no en aspectos más trascendental como los aspectos personales.

Existe la perspectiva de la política criminal etiológica, esta va dirigida tanto a las conductas delictivas como a las conductas desviadas; en ese sentido, Hassemer y Muñoz (1989) manifiestan que, la criminología etiológica o tradicional, fundamenta su estudio en ambas conductas, delictiva y desviada. Respecto a dicha afirmación, un ejemplo de la primera conducta es el hecho de comercializar droga y un ejemplo de la segunda es el hecho de ser drogadicto; es decir, la conducta delictiva viene a ser el fundamento de una futura sanción, pues dichas conductas son pasibles de ser sancionadas penalmente, lo que no ocurre con las conductas desviadas. Por otro lado, Hassemer y Muñoz (1989) manifiestan que, las instancias definitorias de las conductas desviadas incumben a todos, como agentes de control social informal; pero, la definición de la conducta criminal o delictiva, está a cargo de las

agencias de control social formal, como la policía o el ministerio público. En otras palabras, las conductas desviadas son controladas por los individuos de la sociedad, por el hecho de ser menos graves e irrelevantes para imponerse una sanción penal; lo contrario, sucede con las conductas delictivas o criminales, pues requieren de instituciones especializadas, de acorde a su competencia y conforme a derecho, pues el grado de relevancia para el D.P., es mayor.

Teniendo en cuenta la anterior indicación, es de considerar que, la respuesta a cómo eliminar aquellas conductas delictiva no se encuentra en incrementar las penas tomando como base el D.P. Ya que el incremento de penas es una característica propio de una decisión político criminal de sobre criminalización dirigida por el Estado; esta afirmación se sustenta en lo manifestado por Espinoza (2018) quien refiere que, en la sobre criminalización el Estado por voluntad propia y basándose en el D.P., emplea una política criminal de crear excesivamente nuevos tipos penales, aumentar las penas y elevar a rango de delitos a las conductas que se constituyen como infracciones administrativas o sanciones pecuniarias. Es decir, la sobre criminalización se manifiesta a través de tres criterios: creación de nuevos delitos, aumentar penas y elevación a delitos las conductas menos gravosas en el D.P., de estos criterios indicados, se debe considerar por su relevancia, el aumentar las penas, pues va de acorde con las categorías de la presente investigación. Esta decisión política

criminal de sobre criminalización, que emplea el Estado, tiene como fundamento el D.P.; y, es un claro ejemplo del fortalecimiento y aplicación del *Ius Puniendi* del Estado.

Sumando a las afirmaciones anteriores, Zavaleta (2014), refiere que la sobre criminalización implica exceder los marcos punitivos de la norma jurídica, cuya consecuencia es incrementar desmesuradamente las penas en los delitos ya establecidos o incluir nuevos tipos penales. Dicho de otro modo, al hablar de sobre criminalización se hace referencia al desborde o exceso del marco punitivo relacionado al delito, pues se incrementan las penas con el afán de prevenir la comisión de futuras nuevas conductas delictivas. Por su parte, referente a la sobre criminalización, Prado (2017), indica que es parte de una decisión político criminal de Estado y consiste en intensificar la penalidad o sanción respecto de un hecho ilícito o delito ya criminalizado. Es decir, esta decisión político criminal intensifica el efecto represivo que recae sobre un hecho punible y se procura hacer más intensa la sanción sobre quienes realizaron este hecho punible.

El autor Montenegro (2003) respecto de la sobre criminalización manifiesta que se trata de un endurecimiento de las penas para normas ya existentes. Es decir, implica el fortalecimiento de penas a delitos ya existentes. Por su parte, el catedrático Díez (2006), haciendo referencia a la sobre criminalización y fundamentando el derecho penal del enemigo, habla sobre proseguir con una anticipación de punición a

fases alejadas de la comisión de un delito como, por ejemplo, sancionar el mero hecho de pertenecer a una organización criminal, aplicando una pena similar a la intervención posterior más próxima a la conducta lesiva. Dicho argumento guarda una conexión con la decisión político criminal de sobre criminalización, pues conjuntamente con el derecho penal del enemigo, ya no solo se sancionaría la comisión de un hecho delictivo sino también se sancionaría hechos anteriores o posteriores al mismo, fortaleciendo así el poder sancionar de un Estado sobrecriminalizador de penas.

El equipo de juristas denominado Lex (2021) manifiesta que esta decisión político criminal lo que hace es potenciar el efecto represivo recaído sobre el hecho punible. Es decir, procura hacer más severa la sanción; por otro lado, existen modalidades como por ejemplo ampliar los plazos de prescripción o aumentar las escalas de las penas. Un ejemplo de esta política criminal de sobre criminalización, es el decreto legislativo 1204 que incrementó la pena del delito de pandillaje pernicioso previsto en el art.148 A del C.P., en su párrafo segundo consignando una pena no menor de veinte años.

Estas decisiones político criminales, además de estar comprendidas por la sobre criminalización, también la constituyen la decisión político criminal de criminalización y descriminalización. En ese sentido, el profesor Prado Saldarriaga define de manera concreta dichas decisiones político criminales. Por un lado, se encuentra la

criminalización, que según Prado (2017), consiste en convertir una conducta social lícita y tolerada a un rango de delito, logrando penalizar su realización. Es decir, en un principio existe una conducta socialmente aceptable y posteriormente dicho comportamiento se convierte en una conducta nociva e ilícita para la sociedad, esto implica que la conducta será sancionada con alguna pena posiblemente severa. Un claro ejemplo de criminalización, es el caso de la incorporación al C.P., del delito de minería ilegal con el art. 307, decreto legislativo 1102.

Otro claro ejemplo de esta decisión política de criminalización la brinda Lex (2021), el cual hace referencia a la Ley 30407 que incorpora el delito de abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres, el pasado 8 de enero de 2016. De otro lado, el profesor Montenegro (2003), manifiesta que la criminalización implica un proceso mediante el cual se introducen normas penales nuevas con la intención de promover su aplicación. Es decir, implica un proceso de creación de normas penales que se introducen al ordenamiento jurídico a fin de darles una efectiva aplicación y posterior sanción, apreciándose así una similitud con el ordenamiento jurídico peruano.

Respecto de la decisión político criminal de descriminalización, se realiza una despenalización de una conducta ilícita. Esta afirmación está sustentada en lo manifestado por Prado (2017), quien refiere que se suprime la condición de delito a una conducta y esta regresa a ser tolerada socialmente, convirtiéndose en un comportamiento lícito. En

otras palabras, se reduce el catálogo de los delitos en la parte especial del C.P., restando así el carácter delictivo a una conducta. Un ejemplo de dicha decisión de descriminalización está en la Ley 27975 que descriminalizó el delito de desacato del art. 374 del C.P.

Tomando en cuenta las decisiones político criminales antes indicadas, es necesario relacionarlas y analizarlas con el último párrafo del art. 368 del C.P., a fin de determinar si la sanción regulada en dicho artículo, frente a la conducta delictiva del incumplimiento de una medida de protección, manifiesta alguna de estas decisiones político criminales. Cabe agregar que, el último párrafo del tipo penal mencionado en líneas precedentes, evidencia una característica resaltante y a la vez conflictiva: la sanción penal que impone, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad. Dicha sanción surge a causa de las constantes desobediencias de aquellos agresores frente a las medidas de protección emitidas por los jueces; asimismo, surge para fortalecer la lucha contra la violencia familiar, por lo que debe ser objeto de análisis.

#### **2.2.5. Delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, art. 122-B del Código Penal Peruano**

En este ítem, se desarrollaron aspectos relevantes del delito de agresiones contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, referente a sus componentes típicos objetivos y subjetivos; de los cuales se resalta la conducta típica, que según Rodas (2021), se basa

en causar sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer por su condición de tal o a cualquier integrante del grupo familiar, para lo cual se tomó en cuenta que, en el caso de integrante del grupo familiar, debe estar presente el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. En el caso de agresiones contra la mujer, la relación debe ser de dominio, control, ejercicio de poder, sometimiento o subordinación (según Ley 30364). Por otro lado, esta conducta típica tiene que haber causado una lesión que exige menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa; o de igual modo, que haya causado alguna afectación cognitiva, conductual o psicológica, con la peculiaridad de no calificar como daño psíquico. Es decir, existen parámetros específicos para la configuración de este delito, rescatando el principio de legalidad, debiendo ser tomados en cuenta por los operadores de justicia, ya que de no cumplir con lo requerido la conducta sería atípica.

Sobre los tipos de violencia que se pueden ejercer contra las mujeres o los integrantes del grupo familiar, según el art. 8 de la Ley 30364, son física, psicológica, sexual y económica. La primera implica un daño a la integridad corporal o salud; la segunda implica una humillación, insulto, aislamiento, etc.; la tercera implica actos de naturaleza sexual sin consentimiento o bajo coacción; y, la cuarta implica un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de los sujetos de protección. Adicionalmente, mediante el Decreto Supremo N°002-2025-MIMP, se

incluyeron dos nuevos tipos de violencia: la violencia facilitada por las tecnologías digitales y la violencia o acoso a través del proceso judicial. La primera de ellas implica una violencia apoyada por el uso de los medios tecnológicos, ya sea de información o de comunicación, como por ejemplo el uso del *WhatsApp*. La segunda, implica un uso indebido de las herramientas del sistema judicial, para afectar de forma emocional o económica a los sujetos de protección. Se evidencia que, con la inclusión de estos dos nuevos tipos de violencia, la protección a estos sujetos pasivos aumenta; es decir, existe una mayor protección, pero actualizada a la época, ya que se incluye mecanismos novedosos como la tecnología digital y un nuevo uso de los procesos judiciales para agredir emocionalmente a la mujer o integrante del grupo familiar.

Desde una perspectiva general, Cerna (2022), manifiesta que el análisis de este tipo penal se asemeja a los demás delitos de lesiones, diferenciándose por el contexto y por temas cuantitativos, ya que anteriormente era considerado como falta. Esto implica que, si al delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar se le suprime los contextos, entonces se convertiría solo en una falta contra la persona, pues no se requiere superar los diez días de asistencia o descanso, por ejemplo. Estas conductas de agresiones, van dirigidas contra las mujeres o los integrantes del grupo familiar; en ese sentido, es necesario detallar quiénes se encuentra dentro de dichas etiquetas nominales o son sujetos pasivos. Según Rodas (2021), al referirse a las

mujeres, en ellas están inmersas todas aquellas durante todo su ciclo de vida; por otro lado, los integrantes del grupo familiar están referidos a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros, madrastras; o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguineidad, adopción o por afinidad; asimismo se refieren a parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguineidad o adopción y segundo grado de afinidad; o a quienes habiten en el mismo lugar siempre que no medie relación contractual o laboral al momento de producirse los hechos. En consecuencia, los sujetos que se encuentren en esta extensa lista y hayan sido agredidos, serán víctimas del delito contemplado en el art. 122-B del C.P. Dichas agresiones vulneran el bien jurídico de la salud, en ese sentido Peña (2019) refiere que, es la salud la que se vulnera, específicamente en los aspectos: corporales y/o psíquicos.

Se debe considerar a Cabrera (2017) quien refiere que, el agente pasivo de este delito puede ser cualquier integrante del grupo familiar, referente al agente delictual, no descarta la posibilidad de que una mujer pueda ser autora del delito. Es decir, se puede dar el caso que una madre agrede a su hija por razones deleznable o injustificables, resultando ser autora del delito de agresiones contra integrantes del grupo familiar. Incluso se puede dar el caso que la madre no permita al padre ver a sus hijos, pese a que ambos padres tenían la custodia, configurándose una afectación psicológica, afirmación recogida de la

Sala Permanente, en la Casación 515-2022, Lima, Corte Suprema de Justicia de la República.

El autor Cabrera (2017) de igual modo manifiesta que se debe tener en cuenta los contextos en los cuales se desarrolla este delito, siendo los contextos del art.108-b del C.P.: violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. Dichos contextos resultan ser de mucha relevancia pues sirven como presupuestos de tipicidad para la configuración del delito en análisis, no está demás indicar que estos contextos son del delito de feminicidio y han sido recogidos por el legislador para el art.122-B del C.P. En este punto cabe indicar que el contexto de violencia debe estar presente a fin de que se configure dicho delito, caso contrario se estaría hablando del delito de lesiones, afirmación sustentada en la Resolución nro.06, emitida por el Juzgado Unipersonal de Huarmey, en el Exp.nro.00382-2019-74-2503-JR-PE-01. Teniendo en cuenta el Recurso de nulidad nro.1891-2019-Lima, fundamento 5, se hace referencia a que el delito contemplado en el art.122-b fue incorporado al ordenamiento jurídico, en cumplimiento de tratados internacionales. Resaltando así la relevancia que este tipo penal tiene y su firme convicción por encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico a fin de

proteger la integridad de las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Se debe tener en cuenta también los antecedentes jurídicos que dieron origen al delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. En ese sentido, este delito inicialmente fue incorporado al C.P., a través del art. 12 de la Ley nro. 29282 (Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley de protección frente a la violencia familiar, Ley nro. 26260; y, el Código Penal, de fecha 27-11-2008); sin embargo, fue derogado a través de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley nro. 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, de fecha 23-11-2015). Posteriormente, como una segunda fórmula delictual, nuevamente se incorpora al C.P., esto por intermedio del Decreto Legislativo nro. 1323 (Decreto que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, de fecha 06-01-2017), fórmula que es modificada a través del art. 1 de la Ley nro. 30819 (Ley que modifica el C.P., y el Código de los niños y adolescentes, de fecha 13-07-2018), y rige hasta la actualidad. De los antecedentes normativos indicados, se aprecia la relevancia que este tipo penal representa para el legislador y para la sociedad; ya que, a pesar de ser derogada en un inicio, nuevamente en el 2018 se incorpora al C.P., a fin de evitar impunidad para aquellos agentes que lesionan por reiterada vez a las mujeres o integrantes del grupo familiar con el incumplimiento de una medida de protección.

### **2.2.6. Delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, art. 368 del Código Penal Peruano**

Siguiendo con la temática, respecto al delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, el hecho ilícito se concretiza a través de las conductas de desobediencia o de resistencia, respecto a dichas conductas, por medio de la doctrina, el jurista Saldarriaga (2017), refiere que se reprime una conducta de comisión (resistencia) y otra de omisión (desobediencia), la primera cuando el agente realiza una conducta activa y de rechazo contra una orden que formula el funcionario público; y, la segunda cuando se realiza una actitud pasiva con la cual se omite el cumplimiento de una orden emitida por un funcionario. Sea cual fuere la conducta ilícita, esta es sancionada con una pena de cinco a ocho años, mucho mayor de la contemplada en el numeral 6 del art. 122-B del C.P. (sanción de dos a tres años).

Cabe recalcar que, al realizar dichas conductas ilícitas, se vulnera el bien jurídico de la correcta administración pública o correcta administración de justicia; esta afirmación se sustentada en Pariano (2017) quien manifiesta que, se protege la libre formación de voluntad estatal de las autoridades (funcionarios y servidores públicos), en el ejercicio legítimo de sus funciones. Es decir, específicamente se protege el ámbito de la correcta administración de justicia, que se constituye por la orden emitida perteneciente al juez, orden que se ve incumplida. De otro lado Rojas (2007) afirma que, este bien jurídico

tiene dos ámbitos, uno objetivo y otro subjetivo, el primero está dado por un conjunto de actividades desarrolladas por los agentes públicos; y, el segundo implica niveles y jerarquías. De estos dos aspectos, tiene mayor relevancia el aspecto objetivo; es decir, estas actividades están previstas legalmente y son desarrolladas tanto por funcionarios y/o servidores públicos, a fin de realizar los fines del Estado.

Cualquier persona puede cometer este delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, según lo manifestado por Abanto (2001) quien indica que, el sujeto activo de este delito es cualquier persona, siempre que sea destinatario de la orden y que esté obligada legalmente a cumplirla. Cabe preguntar qué sucede en casos de homonimia, pues la orden podría ser legítima pero la persona quien deba cumplirla sería la equivocada por tener los nombres y apellidos iguales a la que se pretende ordenar. En este mismo sentido, Rojas (2007) manifiesta que el sujeto activo puede ser otro funcionario público o incluso un servidor público. Esto implica que, además de cualquier persona, el sujeto activo puede ser un sujeto con características particulares, como lo es un funcionario o servidor público, contra quienes van dirigidas las órdenes y los cuales están obligados a cumplirlas. Y respecto del sujeto pasivo Rojas (2007) manifiesta que vendría a ser el Estado. Dicho Estado se constituye por el territorio, la población y el gobierno del Perú. Adicionalmente; y, del criterio adoptado, el juez que emite la orden, también puede ser considerado como sujeto pasivo, pero resulta

necesario que cumpla con algunos requisitos propios de un funcionario público, que en palabras de García (2022), para un concepto jurídico – penal de funcionario público, se requiere de dos elementos constitutivos: un título habilitante y el ejercicio de la función pública. Del mismo autor, cuando hace referencia al título habilitante, alude al acto lícito que incorpora al sujeto a la administración pública; y, cuando se refiere al ejercicio de la función pública, se trata efectivamente de ejercer funciones públicas, propias y supeditadas al título habilitante. Esto implica que, si el juez que, emite los mandatos, no cumple con estos dos elementos, no será considerado funcionario público ni mucho menos como sujeto pasivo del tipo penal en análisis.

El mandato judicial u orden debe cumplir una serie de requisitos para ser considerada como tal, por ejemplo, dicha orden debe ser concreta y directa, esta afirmación se fundamenta en lo manifestado por Prado (2017) quien manifiesta que, el mandato debe ser directo, concreto y expreso. Esto implica que en ambas conductas delictivas (resistencia o desobediencia) el mandato debe ser detallado, para que el sujeto activo entienda y posteriormente acepte cumplir con dicho mandato. Afirmación que se vincula con lo manifestado por Abanto (2001) quien refiere que, la orden impartida por el funcionario público, debe ser concreta, directa, legal, con la existencia de una *conminación* previa; y, debe ser notificada a su destinatario. Es decir, dicha orden no puede ser vaga o genérica, pues de serlo provocaría una confusión en su

cumplimiento, además dicha orden debe ser dada por un funcionario en virtud de sus atribuciones, lo que implica que el juez que dicte las medidas de protección debe estar facultado para ello; es decir, las medidas de protección deberán ser dictadas por un juez mixto o civil, por otro lado, al referirse que debe existir una *conminación* previa, se refiere a la existencia de una advertencia anterior y esta debe estar en una resolución, respecto a esta advertencia casi siempre se suele evidenciar la *conminación*: bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. Sin embargo, a criterio adoptado dicha advertencia resulta equivocada, pues debería de estar dirigida a la agravante del numeral 6 del art.122-B del C.P. Adicionalmente, se debe tener en cuenta a Rojas (2007), quien toma como causales de atipicidad a las órdenes que son genéricas, difusas o vagas; así como, la desobediencia de las normas. Cabe resaltar, por ende, la relevancia de una orden, debiendo ser esta precisa y detallada.

Esta orden debe ser notificada al destinatario de manera directa y dejando constancia de dicho acto, a fin de poner de su conocimiento la orden que deberá cumplir, no son válidas las notificaciones fictas; es decir, la presunción de que el sujeto activo a sido notificado válidamente. Esta afirmación se vincula con la manifestación de Rojas (2007) quien indica que, la orden debe estar notificada a su destinatario, pues la omisión de este requisito no permite la configuración del delito. Cabe indicar que, este tipo penal es netamente doloso, afirmación

basada en la manifestación de Abanto (2001) quien refiere que, el tipo subjetivo de este delito exige dolo. Es decir, el conocimiento de la orden y la voluntad de resistirla o desobedecerla. En la misma línea, Prado (2017) también refiere que la desobediencia debe ser dolosa, de no cumplirse con este requisito, se afectaría la relevancia de dicha conducta. Esto implicaría que, una confusión respecto al mandato u orden impartida, podría acarrear una culpabilidad del tipo penal en análisis. En necesario indicar también que, Rojas (2007) hace mención a una causa de atipicidad legal, siendo esta la resistencia a una orden de la detención propia de una persona. Esto implica que, dicha orden de detención es de naturaleza coactiva y por lo tanto no se brinda la posibilidad de cumplirla o no. En este delito, las ordenes que emiten el juez tienen la característica de ser susceptibles de resistencia; es decir, son mandatos que el imputado elige cumplirlas o por el contrario desobedecerlas. Dicha atipicidad legal, se evidencia también, de la sola lectura del tipo base del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad.

Respecto a los antecedentes históricos de este delito, inicialmente a través de la Ley nro.29439 (Ley que modifica e incorpora artículos al código penal y modifica los códigos procesales penales, referidos a la conducción en estado de ebriedad o drogadicción, de fecha 19-11-2009), se incorporó en su estructura un segundo párrafo consistente en el análisis de sangre u otros fluidos a fin de determinar su porcentaje de

alcohol u otra droga. Posteriormente, mediante Ley nro.30862 (Ley que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, de fecha 24-10-2018), se incorpora un tercer y último párrafo relacionado con el incumplimiento de medidas de protección en un proceso de violencia familiar contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, imponiendo una sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad. Dicho texto incorporado, tuvo la finalidad de fortalecer diversas normas contra la violencia familiar; sin embargo, a criterio adoptado, dicho hecho lesivo ya se encontraba regulado con anterioridad en el art. 122-B del C.P.

#### **2.2.7. Medidas de protección y sus características relevantes**

Es necesario acotar que, el incumplimiento de las medidas de protección, son el común denominador del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar y del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, por lo que resulta relevante precisar que dichas medidas de protección son decisiones dadas para el cuidado y protección de las mujeres o integrantes de grupo familiar, tal como lo precisa Sillio (2020) quien indica que, estas decisiones las ejerce el Estado a través de un juez y así se logra hacer efectivo el cuidado y protección de las víctimas por hechos de violencia. Es decir, existe un poder sancionador del Estado, manifestado a través de ordenes, que prohíben al agresor una conducta reiterada de agresión física,

psicológica y/o sexual contra la víctima, dicho poder de prohibición resulta, a criterio adoptado, ser una manifestación debilitada del *ius puniendi* del Estado, pues se trata de medidas de protección y no de sanciones penales.

Las medidas de protección buscan cautelar la integridad de la víctima, afirmación relacionada a la manifestación de Silio (2020) quien indica que, estas medidas de protección tienen un carácter de tutela de urgencia o tutela preventiva y busca proteger la integridad de la víctima; además, solo es necesario la denuncia. Es decir, para el dictado de las medidas de protección solo se requiere alegar violencia, denunciar un hecho de violencia, sin prueba adicional que la sustente, bastará entonces que una presunta víctima de violencia denuncie el hecho para que el juez competente dicte medidas de protección, de acuerdo al caso en concreto; sin embargo, esto podría conllevar a un exceso del poder sancionador aligerado del Estado, ya que en algunos casos se dictarían medidas de protección absurdas, causando algún daño psicológico tanto a los agraviados o imputados; asimismo, se podría dar el caso en el cual la agraviada denuncie hechos de violencia inexistentes solo con la finalidad de obtener medidas de protección de alejamiento de su pareja, causando daño a sus hijos. Respecto al objeto de las medidas de protección, la jurista Silio (2020) manifiesta que, se busca neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia y permitir a la víctima el normal desarrollo de su vida. Es decir, la finalidad principal de estas

medidas de protección, es priorizar que la integridad física, psicológica y sexual de las víctimas sean aseguradas, pues posteriormente se iniciará un proceso penal con el denunciado; y, se pretende lograr esta seguridad para que la víctima siga con un nivel adecuado de vida, disminuyendo así los efectos nocivos de la violencia sufrida con anterioridad.

Cabe preguntarse, qué sucede si el incumplimiento de las medidas de protección son con el consentimiento de la agraviada o la víctima, según la Casación nro.1898-2021-Huaura, no se configura el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad; sin embargo, a criterio adoptado, esta regla solo se aplicaría a las medidas de protección que prohíben el acercamiento del agresor a la víctima, ya que de tratarse de una medida de protección de no agresión, resultaría absurdo cumplir dicha regla; es decir, el caso donde la agraviada le permita al imputado que la agreda nuevamente, incumpliendo así la medida de protección, pues ninguna persona daría su consentimiento para poder ser nuevamente agredida física, psicológica o sexualmente. En este punto es necesario precisar que, esta conducta de incumplimiento de medidas de protección debe tener la relevancia necesaria para ser considerada como un hecho ilícito, afirmación vinculada a lo manifestado por Prado (2017), quien refiere que la desobediencia necesita alcanzar cierta gravedad para ser considerada como tal, pues de lo contrario sería considerada como una falta, regulada en el art. 452, numeral 3 del C.P.

En dicho art., se hace referencia a las faltas contra la tranquilidad pública, sancionando con servicio comunitario al que desobedece una orden de una autoridad, siempre que no revista mayor importancia para ser sancionada por el D.P.

Para emitir estas medidas de protección la Ley nro.30364 en su art. 33, establece ciertos criterios, que el juez competente debe tener en cuenta como, por ejemplo: el resultado de la ficha de valoración de riesgo, antecedentes del agresor, la relación de la víctima con el agresor, la diferencia de edad y la dependencia de ambos, situación social y económica de la agraviada; y, algunos aspectos relacionados con la vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad del denunciado. Entonces, tomando en cuenta los aspectos antes indicados y de acuerdo a la particularidad del caso en concreto, es que el juez competente dictará las medidas de protección en mayor o menor intensidad, partiendo por ejemplo desde un alejamiento de la agraviada hasta una prohibición de agresiones contra la víctima.

Cabe mencionar algunas medidas de protección a modo de ejemplo, siendo así, en el Expediente Nro.00459-2024-0-0606-JM-FT-01, el Juzgado Mixto de San Marcos, dictó una serie de medidas de protección a favor de la agraviada María Tarcila Izquierdo Huamán y en contra de su hijo José Agustín Mendoza Izquierdo, ante una denuncia de violencia psicológica, siendo algunas de las medidas más relevantes: A.- Cese inmediato de cualquier forma de violencia física y/o

psicológica por parte del denunciado José Agustín Mendoza Izquierdo en contra de María Tarcila Yzquierdo Huamán, quedando prohibido de golpearla con manazos, puñetes, patadas o de cualquier otra forma; asimismo, insultarle, mancillar su nombre, proferirle palabras soeces, amenazarla por cualquier motivo y/o medio de comunicación, entre otros actos que denigren su honor, imagen y reputación de la agraviada.

B.- Prohibición al denunciado José Agustín Mendoza Izquierdo, realizar cualquier tipo de acercamiento o proximidad a menos de 100 metros a la redonda de la agraviada María Tarcila Yzquierdo Huamán, con fines de agredirla física, psicológica y/o sexualmente, según corresponda, sea en el lugar de su residencia o domicilio, lugares públicos o privados, centro de estudios, centro de labores, u otro donde realice sus actividades cotidianas o se encuentre la agraviada. C.- Prohibir al denunciado José Agustín Mendoza Izquierdo, comunicarse de manera agresiva con la agraviada María Tarcila Yzquierdo Huamán, ya sea vía telefónica, electrónica, vía chat mediante mensajes de texto y audios, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o cualquier otra forma de comunicación, sea en estado ecuánime o bajo los efectos de drogas y/o alcohol.

Como se aprecia, el Juzgado Mixto de San Marcos ha emitido una serie de medidas de protección que prohíben el contacto físico con la agraviada; y, además prohíben el acercamiento del imputado hacia la agraviada a una distancia no menor de 100 metros. En ese sentido,

resulta pertinente indicar que dichas medidas de protección se dividen en dos tipos: una de prohibición de agresión (prohíbe las agresiones físicas, psicológicas y sexuales); y, la otra de prohibición de acercamiento, aspectos relevantes a distinguir para la investigación. Cabe indicar, que la presente investigación se enfoca en las medidas de prohibición de agresión, aquellas que prohíben la agresión reiterada hacia una persona; es decir, se enfoca en aquel incumplimiento de las medidas de protección que prohíben una agresión física, psicológica y/o sexual por reiterada vez, dejando de lado las medidas de prohibición de acercamiento. En este punto cabe preguntarse, qué pasa si las medidas que se incumplen son de prohibición de acercamiento; es decir, el denunciado solo se acerca a la víctima pese a estar prohibido ¿De igual modo se aplicaría la agravante del numeral 6 del art.122-B? o ¿Se aplicaría el tipo penal base del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad?, interrogantes a ser respondidas en una posterior investigación, teniendo en cuenta la finalidad de dicho acercamiento.

En el Expediente nro.04071-2024-0-0601-JR-FT-02, el Segundo Juzgado de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar de Cajamarca, dictó diversas medidas de protección en favor de la menor K.I.H.M.; y, en contra de Julio Celso Llanos Cojal, a raíz del delito de violación sexual en agravio de dicha menor, las medidas fueron: A.- Prohibición al denunciado Julio Celso Llanos Cojal, ejercer cualquier tipo de violencia física, a través de golpes en el cuerpo con cualquier

objeto (manazos, puñetes, cachetadas, jalones, empujones, etc.); o, ejercer cualquier tipo de violencia psicológica, mediante insultos, groserías, gritos, amenazas de muerte, humillaciones; o, ejercer cualquier tipo de violencia sexual que afecten la integridad de la agraviada (publicar o difundir imágenes o videos de contenido sexual); ya sea, de manera directa o indirecta, o de tomar cualquier tipo de represalias o venganza en contra de la parte agraviada por los hechos denunciados. B.- Se prohíbe al denunciado Julio Celso Llanos Cojal, acosar, perseguir, visitar y/o acercarse o aproximarse a la víctima, en cualquier forma; ya sea a su domicilio, centro de trabajo, centro de estudios, tienda o bodegas, lugares de esparcimiento, vía pública u otros donde la agraviada realice sus actividades cotidianas, a una distancia aproximada no menor de 300 metros, para garantizar su seguridad e integridad; ya sea, en estado ecuánime o bajo los efectos de drogas y/o alcohol. Frente al dictado de medidas de protección del Segundo Juzgado de Violencia contra las Mujeres o Integrantes del grupo familiar, se aprecian nuevamente dos tipos de medidas de protección, una de prohibición de agresiones y la otra de prohibición de acercamiento. En ese sentido, cabe tomar en cuenta las indicadas en el literal A, prohibición de agresiones, pues su incumplimiento conllevaría a la configuración del delito contemplado en el numeral 6 del art.122-B del C.P. Es necesario indicar que según el art. 36 de la Ley nro.30364, la Policía Nacional del Perú es la encargada de ejecutar dichas medidas de protección.

### **CAPÍTULO III**

#### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

La presente investigación tuvo como hipótesis: “Los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano, son: Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección”, la misma que responde al problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la derogación de la agravante del incumplimiento de una medida de protección en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del Código Penal Peruano?.

Referente a los métodos generales utilizados para contrastar la hipótesis, estos fueron los siguientes: deductivo, analítico y sintético. Asimismo, como métodos propios del derecho, se utilizó el método hermenéutico: interpretación literal, interpretación sistemática, interpretación histórica, método dogmático jurídico y el método de argumentación jurídica.

Respecto del método deductivo, este se utilizó, para contrastar la hipótesis, en el desarrollo de la argumentación deductiva partiendo de la categoría general: los artículos que sancionan un incumplimiento de medida de protección (art. 122-B, inciso 6; y, art. 368, último párrafo, del C.P.) con una irrelevancia del bien jurídico

de la correcta administración de justicia, vulnerando del principio de proporcionalidad de la pena y con una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección deben ser derogados. Como categoría particular se tiene: el art. 368, último párrafo, del C.P., contiene una irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, vulnera el principio de proporcionalidad de la pena y muestra una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección. Por lo que, se deduce que el art. 368, último párrafo, del C.P., debe ser derogado. Es decir, este método sirvió para optar por la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P., dejando vigente el art. 122-B, inciso 6 del C.P., superando así la antinomia jurídica advertida; y, propiciando el surgimiento de diversos fundamentos jurídicos para dicha derogación, entre ellos el respeto irrestricto del principio de proporcionalidad de la pena.

El método analítico, para contrastar la hipótesis, se utilizó en el análisis de forma particular de las diferentes categorías o componentes que estructuran la unidad de observación; es decir, se analizó los componentes específicos del tipo objetivo y subjetivo de los art. 368 y 122-B del C.P., enfocados en las agravantes relacionadas al incumplimiento de una medida de protección (conducta típica); asimismo, haciendo hincapié en el análisis del bien jurídico protegido y la sanción penal a imponer. En ese sentido, este método sirvió para descomponer la estructura típica de los art. 368 y 122-B del C.P., para lograr identificar y analizar aquellos componentes particulares que han generado la antinomia jurídica advertida; además, sirvió para obtener los componentes hipotéticos que contribuyeron para derogar el último párrafo del art. 368 del C.P.

El método sintético, se aplicó para contrastar la hipótesis, con posterioridad al análisis de los componentes particulares de los art. 368 y 122-B del C.P., logrando así concluir que la antinomia jurídica se genera por la sanción penal y el bien jurídico protegido en ambos tipos penales. De otro lado, con este método se concluyó que los componentes jurídicos para derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., son la: Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección. Es decir, la síntesis del análisis de los componentes particulares de los art. 368 y 122-B, sirvieron para conformar los componentes hipotéticos de la investigación.

Respecto a los métodos propios del Derecho, el método hermenéutico literal, para contrastar la hipótesis, se utilizó para el análisis literal de los aspectos teóricos doctrinarios y normativos relacionados a la investigación, tal es el caso de la Constitución, específicamente de su art. 2, de igual modo análisis literal de los delitos recogidos en el art. 368 y art. 122-B del C.P. Dicho de otro modo, este método sirvió para el análisis semántico o del significado literal de dichos tipos penales, logrado obtener un cuestionamiento en un primer nivel del conflicto avizorado.

El método hermenéutico sistemático, para contrastar la hipótesis, se utilizó llevando a cabo un análisis relacional con diversos dispositivos normativos nacionales e internacionales como la Convención *Belém do Pará* y su reglamento; de otro lado un análisis sistemático con la C.P.P., específicamente en su art. 1; asimismo, análisis sistemático con la normativa nacional vigente del ordenamiento jurídico,

como la Ley 30364, específicamente en su art. 09; y, análisis sistemático con aspectos normativos relacionados a los art. 122-B y 368 del C.P. Es decir, este método sirvió para el análisis relacional, de la antinomia generada en los artículos 368 y 122-B, con los diferentes cuerpos normativos vigentes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

El método hermenéutico histórico, para contrastar la hipótesis, se utilizó en el estudio de los antecedentes históricos normativos relacionados con los tipos penales de los art. 368 y 122-B del C.P. En otras palabras, sirvió para evidenciar aquellas normas jurídicas inmediatas anteriores que se vinculan con los tipos penales en análisis, para lograr avizorar su origen y sus modificatorias sufridas a lo largo de los años hasta la actualidad.

El método dogmático jurídico, para contrastar la hipótesis, se utilizó en el análisis de los aspectos filosóficos, aspectos teóricos doctrinarios y normativos respecto a los componentes de la hipótesis. Es decir, sirvió para el análisis de la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; asimismo, sirvió para el análisis dogmático del principio de proporcionalidad de la pena y las decisiones político criminales en un estado social y democrático de derecho, haciendo referencia específicamente a la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

El método de argumentación jurídica, para contrastar la hipótesis, se utilizó para formular una serie de argumentos o fundamentos jurídicos, para la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P., siendo estos argumentos los siguientes:

Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección.

Continuando con el desarrollo del presente capítulo, la contrastación de hipótesis, se procede a desarrollar la contrastación de la hipótesis en sentido estricto, la misma que está planteada dentro de los aspectos metodológicos de la presente investigación.

### **3.1. Contrastación de hipótesis**

#### **3.1.1. Irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud**

Para iniciar el desarrollo de la contrastación de hipótesis propiamente dicha, es necesario indicar que, el hecho ilícito está constituido por el incumplimiento de una medida de protección, dicha conducta ilícita viene a ser sancionada tanto por el art. 368 (último párrafo); así como también, por el art. 122-B (numeral 6) ambos del C.P.

Partiendo de una diferenciación de los bienes jurídicos tutelados, cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrante del grupo familiar (último párrafo, art. 368 del C.P.), se vulnera el bien jurídico de la correcta administración de justicia o correcta administración pública. Por otro lado, cuando se

contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente (numeral 6, art. 122-B del C.P.), se vulnera el bien jurídico de la salud, en su aspecto físico y psíquico. En conclusión, se diferencia que la comisión de un mismo hecho ilícito, vulnera bienes jurídicos diferentes, siendo estos bienes jurídicos de relevancia y jerarquía distinta.

Cabe precisar, cuando se hace referencia al incumplimiento de una medida de protección, implica una desobediencia a la medida de protección que ordena la no agresión reiterada de forma física o psíquica de la víctima. Es decir, existe una agresión previa hacia la víctima, es por ello que el operador de justicia con el afán de evitar una nueva agresión física o psíquica dicta medidas de protección para salvaguardar la integridad de dicha víctima; sin embargo, en la mayoría de casos los agresores no cumplen con las órdenes judiciales dictadas. Cabe hacer énfasis en la medida de protección, ya que tiene una gravedad significativa para el D.P., pues su incumplimiento acarrearía la vulneración no solo física sino también psicológica o sexual de una víctima; y, es más, dicha agresión es de forma reiterada. En consecuencia, las demás medidas de protección que se hayan dictado y que sean de menor gravedad (no agresión o solo acercamiento), seguirán la misma suerte que la medida de protección especificada líneas arriba (Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de Cusco, 2019).

Esta diferenciación de bienes jurídicos, genera también una distinción en la relevancia de los mismos; es decir, se avizora un bien jurídico de mayor transcendencia respecto del otro; en ese sentido, respecto de la salud, en su aspecto físico y psíquico, es necesario tener en cuenta que este bien jurídico sirve para la realización de una persona, pues según Aguila y Calderón (2011), un bien jurídico es un presupuesto fundamental para que una persona logre su realización. En consecuencia, proteger la salud de una persona contribuye a su realización, lograr sus aspiraciones y concretar sus metas a futuro. Asimismo, este bien jurídico está vinculado con la dignidad de la persona, pues como indica Postigo (2012), el Tribunal Constitucional reconoce a la dignidad humana como fundamento esencial de los derechos humanos. Es decir, la dignidad es un fundamento de la salud de una persona; en consecuencia, al tutelar la salud de una persona implica una tutela de la dignidad de la misma; en ese sentido, si la salud se ve vulnerada por el incumplimiento de una medida de protección, también se ve vulnerada la dignidad de la persona.

Tanto la salud y la dignidad le pertenecen al ser humano como tal, pues según Simons (2017), la dignidad y la salud física y psíquica son parte de la persona. En consecuencia, si la salud se ve vulnerada, la dignidad también tendrá el mismo destino, y viceversa. Asimismo, al tutelar la salud de una persona y por ende su dignidad, también se tutela el derecho a la igualdad de la misma, pues según Pérez (2007) la dignidad

confiere igualdad a todas las personas, por lo que surge el derecho a la igualdad de las mismas. Es decir, la dignidad trae consigo el reconocimiento de la igualdad de las personas. Asimismo, Becchi (2012), considera a la dignidad como un derecho a la unicidad, a no ser copia de otro individuo. En consecuencia, al poseer dignidad y salud, la persona se vuelve un ser único frente a los demás, de características particulares que sirven para identificar a uno como tal frente a los demás. Caso contrario sucede con el bien jurídico de la correcta administración de justicia, pues su vulneración únicamente guarda vinculación con la justicia debida, que un Estado de derecho ofrece; es decir, aspectos de menor relevancia a considerar para la presente investigación.

El bien jurídico de la salud, no solo se encuentra tutelado por el C.P. (art. 122-B); sino también, es tutelado por diversos dispositivos normativos nacionales e internacionales, logrando así consolidar una mayor relevancia respecto de su contenido, pues su tutela se ve irradiada a otros horizontes jurídicos, fuera y dentro del país. En ese sentido, el bien jurídico de la salud, también se encuentra tutelado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), recogiendo como derecho universal de toda persona a tener un nivel adecuado de vida. En consecuencia, si se incumple una medida de protección no solo se vulnera el bien jurídico de la salud, sino también el nivel adecuado de vida que toda persona debe poseer, sumándose una vulneración

directa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues se vulnera el art. 25 de dicho cuerpo normativo internacional, ya que se ve vulnerado el nivel adecuado de vida de una persona.

En la misma línea, el bien jurídico de la salud también se encuentra tutelado por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de *Belém do Pará*), pues toda mujer o integrante de grupo familiar tiene derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral (art. 4, Capítulo II). En ese mismo sentido, si se incumple una medida de protección no solo se ve vulnerado el derecho a la salud de una persona, sino también el respeto por su integridad física, psíquica y moral de la misma; además, implica contravenir o vulnerar el art. 4 del Capítulo II de la Convención *de Belém do Pará*.

Resulta que el bien jurídico tutelado de la salud, recibe un debido y adecuado respaldo de la Constitución Peruana, porque dicha carta magna reconoce como derecho fundamental de toda persona a su integridad moral, psíquica y física (numeral 1, art. 2 de la C.P.P.). Es decir, existe un respaldo normativo de carácter fundamental y/o constitucional que fortalece la relevancia del bien jurídico de la salud. En consecuencia, ante un incumplimiento de una medida de protección, además de vulnerarse el derecho a la salud, también se ve vulnerada el derecho a la integridad moral, psíquica y física de una persona reconocida en la Constitución; es decir, se vulnera directamente un

derecho fundamental y/o constitucional; y, con ello la Carta Magna.

Es pertinente traer a colación la Ley 30364, porque este dispositivo jurídico está vinculado con el bien jurídico de la salud, por ser una ley especial que fue creada con el fin de otorgar mayor protección a la salud de las mujeres y también a los integrantes de grupo familiar. En consecuencia, dicha ley regula el derecho que deben tener todas las mujeres, a una vida libre de violencia (art. 9). Esto implica que, al incumplir una medida de protección no solo se vulnera el derecho a la salud, sino también se vulnera aquella vida libre de violencia a favor de una mujer o integrante de grupo familiar. En consecuencia, se vulnera un dispositivo jurídico normativo especial, la Ley 30364. Asimismo, el bien jurídico de la salud, tanto su aspecto físico como psíquico, tiene una estrecha vinculación con aquel interés público gravemente comprometido del Estado, interés que implica sancionar la vulneración de la salud (acuerdo plenario 09-2019/CIJ-116). Es decir, la vulneración del bien jurídico de la salud y la sanción de los responsables, es de interés público del Estado, esto implica que al Estado le interesa utilizar todo su arsenal jurídico punitivo para la protección de la salud y para sancionar a los responsables de su vulneración.

Cuando se incumple una medida de protección no solo se vulnera la salud de una persona, si no también se vulnera aquel interés público de protección y sanción que emerge del Estado; es decir, al incumplirse una medida de protección, el interés de proteger a la víctima y de

sancionar al agresor, que tiene el Estado, se ve mermado o vulnerado, pues las medidas dictadas no logran cumplir con el objetivo de protección, por el contrario, aquella medida ha fracasado. Se evidencia así que, el bien jurídico de la salud es de mayor relevancia frente al bien jurídico de la correcta administración de justicia; pues, el bien jurídico de la salud resulta ser tutelado no solo a nivel del ordenamiento jurídico nacional, sino también a un nivel de dispositivos normativos internacionales, por otro lado, su protección y sanción es de interés público del Estado. En este punto, cabe resaltar que dentro de las normas internacionales que tutelan el derecho a la salud se encuentra: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de *Belém do Para*. En consecuencia, el bien jurídico que se debe proteger en estos tiempos de reiterada violencia es irrefutablemente la salud y no la correcta administración de justicia consignada en el último párrafo art. 368 del C.P.

Cuando se vulnera el bien jurídico de la salud con un incumplimiento de medidas de protección, se ve vulnerado también un interés público gravemente comprometido de parte del Estado para sancionar a los responsables; es decir, cuando se vulnera el bien jurídico de la salud con dicho incumplimiento, el Estado asume un mayor compromiso de perseguir y sancionar a los responsables de esta vulneración, pues considera el bien jurídico de la salud como un bien de amplia relevancia; caso contrario sucede, cuando se vulnera la correcta administración de

justicia, este interés público de parte del Estado no se hace presente, pues solo está en juego la vulneración de un aspecto jurídico relacionado con la correcta administración de justicia, referente a un mandato judicial. También se torna necesario considerar que el bien jurídico de la salud, al igual que otros bienes jurídicos, dependen de los delitos que los protegen (Exp.nro.05143-2011-PA/TC, de fecha 08-09-2015); es decir, se hace referencia a la ubicación de los bienes jurídicos dentro de los delitos en el C.P.; en ese sentido, el bien jurídico de la salud forma parte y está ubicado dentro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, siendo una ubicación idónea y relevante por la protección que implica sobre dicho bien jurídico; y, por la estructura típica del art. 122-B que así lo exige. Por otro lado, respecto del último párrafo del art. 368, si se considera que, frente al incumplimiento de una medida de protección, se vulnera el bien jurídico de la salud, entonces se debería de ubicar dentro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; sin embargo, no es así, pues del análisis literal del C.P., se aprecia que dicho párrafo está ubicado dentro de los delitos contra la administración de justicia, esto implica que la tutela del bien jurídico va dirigida a la correcta administración de justicia.

Si se considera por breve momento que el último párrafo del art. 368 del C.P., pretende regular y proteger el bien jurídico de la salud, de un análisis comparativo se evidencia, que esta protección ya se encuentra regulada en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., por lo que se concluye

que dicha agravante, contemplada en el último párrafo del art. 368 resulta ser innecesaria y redundante, debiendo ser derogada. Cabe agregar que, resulta irreal considerar salvaguardar el bien jurídico de la salud con la agravante del último párrafo del art. 368 del C.P., porque la ubicación de dicha agravante, a criterio adoptado, es incorrecta, porque dicha ubicación está vinculada con los delitos contra la correcta administración de justicia y no con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Es decir, resulta imposible pretender salvaguardar el derecho a la salud con el último párrafo del art.368 del C.P., pues por su ubicación la protección se irradia o se dirige hacia el derecho de una correcta administración de justicia y no a la salud.

Queda establecido que al realizar una adecuada diferenciación de los bienes jurídicos entre los delitos contenidos en los art. 122-B y art. 368 del C.P., respecto de la agrante de un incumplimiento de una medida de protección, se evidencia la importancia jurídica de cada uno de ellos, siendo a criterio adoptado, el más relevante y de jerarquía superior el bien jurídico de la salud por las razones expuestas; y, por ende dicho bien debe ser protegido y tutelado por sobre la correcta administración de justicia.

### **3.1.2. Vulneración del principio de proporcionalidad de la pena**

Es preciso indicar que, por el principio rector de proporcionalidad se limita el derecho a la libertad de una persona para lograr salvaguardar

otro bien jurídico de mayor relevancia. En ese sentido, a la luz del análisis respecto del último párrafo del art. 368 del C.P., el derecho a la libertad se ve limitado por una sanción de cinco a ocho años de pena privativa, con la finalidad de salvaguardar el bien jurídico de la correcta administración de justicia; en consecuencia, a criterio adoptado, esta limitación resulta ser desproporcional ya que la relevancia de dicho bien jurídico protegido no justifica dicha limitación. Aspecto contrario sucede al analizar el numeral 6 del art. 122-B del C.P., aquí también se limita el derecho a la libertad, pero en menor cuantía, pues la sanción que se impone para proteger la salud, es de dos a tres años de pena privativa. En consecuencia, a criterio adoptado, en el art. 122-B numeral 6, dicha sanción resulta ser proporcional, siendo además un bien jurídico más relevante y de jerarquía superior a la correcta administración de justicia.

Cabe indicar también que, el principio de proporcionalidad de las sanciones, cuenta con un origen constitucional, porque emerge del último párrafo del art. 200 de la Constitución (principio rector de proporcionalidad), proyectándose así al C.P. (Art. VIII). En consecuencia, el análisis de la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones está vinculada a evaluar si un hecho restrictivo (restringir la libertad con una sanción) es proporcional frente a la comisión de un hecho ilícito, generándose así un vínculo entre el hecho restrictivo y el hecho ilícito; en ese sentido, se analizó si resulta proporcional aplicar una pena privativa de libertad de cinco a ocho años

(último párrafo del art. 368, C.P.), frente al incumplimiento de una medida de protección. En ese orden de ideas, en la presente investigación, en base a la interpretación literal respecto al art. 368 del C.P., específicamente en su último párrafo, el hecho ilícito está constituido por el incumplimiento de una medida de protección, frente a este hecho ilícito emerge un hecho restrictivo, el cual consiste en una sanción privativa de libertad de cinco a ocho años. Teniendo en cuenta lo manifestado, de un análisis analítico realizado y del criterio adoptado, el hecho restrictivo resulta ser excesivo frente a la comisión del hecho ilícito, vulnerándose el principio de proporcionalidad de la pena, ya que en comparación con el art.122-B inciso 6 del C.P., en el último párrafo del art. 368 del C.P., se restringe en exceso la libertad de una persona por el incumplimiento de una medida de protección. No está demás agregar que, esta restricción desmedida es con la finalidad de salvaguardar la correcta administración de justicia, bien jurídico de poca relevancia frente al bien jurídico de la salud.

Dicho de otro modo, del criterio adoptado, la sanción penal de cinco a ocho años de pena privativa de libertad (hecho restrictivo del art.368, último párrafo, del C.P.), resulta ser desmedido frente a la comisión del hecho ilícito (incumplimiento de medidas de protección), conclusión en base a un análisis analítico y comparativo con el art.122-B inciso 6 del C.P.; en consecuencia, dicha sanción resulta ser un hecho restrictivo desproporcional, vulnerando el principio de proporcionalidad de la pena.

Al vulnerarse el principio de proporcionalidad de la pena o sanción, también se vulnera esa característica constitucional que posee; es decir, se vulnera de manera indirecta la Constitución. Continuando con el análisis, respecto del art. 122-B, específicamente en su numeral 6, el hecho ilícito viene a ser el mismo (incumplimiento de una medida de protección), pero el hecho restrictivo está constituido por aquella sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad; en ese sentido, del análisis comparativo con el último párrafo del art.368 del C.P.; y, a criterio adoptado, el hecho restrictivo en este caso, sí resulta ser proporcional frente a la comisión del hecho ilícito, porque restringe la libertad de una persona en menor intensidad, a fin de lograr salvaguardar la integridad y la salud de una persona, siendo este hecho restrictivo adecuado y coherente. Cabe agregar que, en este caso se tutela el bien jurídico de la salud, siendo de mayor relevancia frente a la correcta administración de justicia.

Se debe tener en cuenta que, la proporcionalidad de una sanción implica que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho cometido, salvo reincidencia o habitualidad (art. VIII, del C.P.). En ese sentido, del análisis sistemático del último párrafo del art. 368 del C.P., con el art. VIII del mismo cuerpo normativo, el hecho ilícito cometido viene a ser aquel incumplimiento de una medida de protección y la sanción a imponer es aquella pena privativa de libertad de cinco a ocho años. En este punto es necesario agregar que, al hacer referencia al

término de responsabilidad se refiere aquel daño ocasionado a un bien jurídico (RN 262-2015, Lima); y, este bien jurídico debe ser de trascendencia (IV Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Chiclayo, 2000) para el ordenamiento jurídico.

Del criterio adoptado y del análisis realizado, en el último párrafo del art. 368, la sanción penal sobrepasa la responsabilidad del hecho cometido; es decir, sancionar con una pena privativa de libertad de cinco a ocho años por el incumplimiento de una medida de protección, resulta desproporcional, ya que el daño ocasionado va contra el bien jurídico de la correcta administración, bien jurídico que no es de relevancia suficiente para dicha sanción; en consecuencia, no es justificable la imposición de una pena de esa dimensión, no resulta coherente, mucho más si existe otro medio de sanción de igual eficiencia, con pena proporcional y reducida (art.122-B, inciso 6, del C.P.).

En este punto cabe precisar que, respecto del numeral 6 del art. 122-B, el criterio adoptado es que, la pena no sobrepasa la responsabilidad del hecho cometido, pues la sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad ante un incumplimiento de una medida de protección es proporcional al daño causado contra el bien jurídico de la salud, siendo este bien jurídico de mayor relevancia que la correcta administración. En consecuencia, teniendo en cuenta las conclusiones indicadas con anterioridad, la pena del último párrafo del art. 368 vulnera el principio de proporcionalidad de la sanción, pues sobrepasa la responsabilidad

del hecho cometido. Cabe precisar que, en este caso no existe reincidencia o habitualidad, pues de existir estas figuras, el análisis sería distinto. Asimismo, se debe precisar que, de los tres ámbitos en los cuales se desarrolla el principio de proporcionalidad de la pena (determinación legal, la determinación judicial y la determinación administrativa-penitenciaria de la pena), la investigación se enfoca en la determinación legal de la pena, pues se cuestiona la aplicación de una sanción abstracta de cinco a ocho años de pena privativa de libertad ante el incumplimiento de una medida de protección, argumentando que esta imposición de pena vulnera el principio de proporcionalidad de la misma.

El principio de proporcionalidad de las penas, según Terrones (2019), implica además la vinculación entre sanción proporcional, hecho ilícito cometido y la intensidad del ataque, una conexión con la jerarquía del bien vulnerado. En ese sentido, si estos cuatro aspectos se encuentran balanceados o en conexión proporcional, el principio de proporcionalidad de la pena se optimiza; caso contrario, de existir una desproporcionalidad entre los cuatro aspectos indicados, el principio de proporcionalidad de la pena resulta ser vulnerado. En consecuencia, es preciso analizar el último párrafo del art. 368 del C.P., a la luz de los aspectos mencionados previamente por Terrones; en ese sentido, analizando la proporcionalidad entre la sanción y el hecho ilícito, del criterio adoptado, la sanción (de cinco a ocho años) respecto del hecho

ilícito (incumplimiento de una medida de protección) no es proporcional, lo que implica que el principio de proporcionalidad de la pena se vulnera, pues no existe proporcionalidad al sancionar el incumplimiento de una medida de protección con una pena privativa de libertad de cinco a ocho años, porque la sanción resulta ser excesiva; y, más aún cuando existe frente a este hecho ilícito otra sanción alternativa más adecuada, que resulta ser menos lesiva y por ende proporcional (numeral 6 del art. 122-B del C.P.). En suma, luego del análisis realizado, se evidencia que no existe proporcionalidad entre la sanción y el hecho ilícito en el último párrafo del art. 368 del C.P.; caso contrario, sucede en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., donde sí existe proporcionalidad entre la sanción y el hecho ilícito cometido.

Continuando con la intensidad del ataque en el último párrafo del art. 368 del C.P., a criterio adoptado, este ataque está constituido por la vulneración del bien jurídico de la correcta administración de justicia, que en el fondo implica un ataque reiterado a la salud de la víctima; es decir, el ataque es de intensidad grave. Esta intensidad del ataque se ve resaltada en el numeral 6 del art.122-B del C.P. En consecuencia, usando un análisis comparativo, se aprecia que tanto la intensidad del ataque (vulneración de la salud), así como el hecho ilícito cometido (incumplimiento de medidas de protección), son idénticos en el art. 122-B, inciso 6; y, en el art. 368, último párrafo del C.P. Tomando en cuenta los otros aspectos indicados, queda continuar con el análisis de la

jerarquía del bien; es decir, analizar la jerarquía del bien jurídico vulnerado no solo en el art.122-B inciso 6, sino también, en el último párrafo del art. 368 del C.P. En ese sentido, en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., ante un incumplimiento de una medida de protección (hecho ilícito), la pena privativa de libertad a aplicar es no menor de dos ni mayor de tres años (sanción); y, el bien jurídico que se tutela es la salud (aspecto físico y/o psíquico). Tomando en cuenta estos aspectos, surge la interrogante ¿La pena aplicada es proporcional a la jerarquía del bien jurídico protegido? Realizando un análisis comparativo con el art. 368 del C.P.; y, teniendo en cuenta el criterio adoptado, la respuesta a dicha pregunta es: sí es proporcional la pena aplicada (de dos a tres años) respecto de la jerarquía del bien protegido (la salud), porque este bien jurídico resulta ser de mayor relevancia y superior en jerarquía frente al bien jurídico de la correcta administración; y, no necesita ser protegido con penas menos gravosas o por el contrario penas excesivas; en ese sentido, del criterio adoptado, resulta suficiente y proporcional aplicar una pena de entre dos a tres años a quien incumple una medida de protección y vulnera el bien jurídico de la salud (aspecto físico y psíquico) de una persona.

Continuando con el análisis respecto al último párrafo del art. 368 del C.P., la pena que se aplica es no menor de cinco ni mayor de ocho años (sanción) frente a un incumplimiento de medidas de protección (hecho ilícito), aunado a ello el bien jurídico que se tutela es la correcta

administración de justicia. Tomando en cuenta estos aspectos, surge la interrogante ¿La pena aplicada es proporcional a la jerarquía del bien jurídico protegido? Del análisis sistemático con el art. 122-B numeral 6 y del criterio adoptado, la respuesta es: la pena que se aplica no es proporcional respecto de la jerarquía del bien jurídico (correcta administración de justicia), porque no se justifica imponer una pena mayor (cinco a ocho años) frente a la vulneración de un bien jurídico que jerárquicamente es inferior al de la salud. En consecuencia, del análisis realizado y del criterio adoptado, se considera que la pena de cinco a ocho años resulta excesiva y desproporcional, lo que implica la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.

Es necesario indicar que, las sanciones penales le dan un valor intrínseco, pero muchas veces contradictorio a los bienes jurídicos. En ese sentido, a criterio adoptado, el bien jurídico de la correcta administración no se vuelve de mayor valor o relevancia si, ante su vulneración, se aplica una pena excesiva (no menor de cinco ni mayor de ocho años); y, de otro lado el bien jurídico de la salud no se vuelve de menor relevancia si, ante su vulneración, se le aplica una pena reducida (no menor de dos ni mayor de tres años). Cabe acotar que, para esta investigación, el bien jurídico de la salud resulta ser más relevante y jerárquicamente superior al bien jurídico de la correcta administración. Asimismo, del análisis realizado, el principio de proporcionalidad de la pena es preservado y debidamente optimizado,

solo si, entre las dos sanciones de los delitos analizados, frente al incumplimiento de medida de protección, se aplica la pena de menor intensidad, esto es la pena privativa de libertad no menor dos ni mayor de tres años (numeral 6, art. 122-B). Caso contrario, al aplicar la pena de cinco a ocho años, conlleva a la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, porque se evidencia que la sanción punitiva se incrementa de forma excesiva, resultado desproporcional. Asimismo, resulta equivocado considerar que al aplicar la pena mayor consignada en el último párrafo del art. 368 del C.P., el bien jurídico de la correcta administración será de mayor jerarquía o relevancia frente al bien jurídico de la salud, tutelado por el art. 122-B; pues como se analizó anteriormente, el bien jurídico de la salud y su tutela, es más relevante que el bien jurídico de la correcta administración de justicia, esta afirmación es corroborada con los distintos instrumentos legales nacionales (Constitución Política del Perú) e internacionales (Convenio *Belém do Pará*) que otorgan un carácter constitucional y de mayor relevancia al bien jurídico de la salud, frente al bien de la correcta administración de justicia.

Tomando en cuenta la afirmación de Castillo (2004) quien indica que, la intervención del poder punitivo en la esfera jurídica de la libertad es proporcional si es idónea, necesaria y equilibrada (proporcional en sentido estricto). Se aprecia que Castillo hace referencia a los criterios del test de ponderación, cuyo máximo representante es Robert Alexy,

por lo que corresponde analizar si la intervención punitiva en el art. 368, último párrafo del C.P. (sancionar de cinco a ocho años con pena privativa de libertad un incumplimiento de medida de protección) cumple con estos tres criterios de dicho test de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales son concurrentes; es decir, se deben cumplir cada uno de los tres criterios de forma continua y de manera ordenada. Respecto del primer criterio, el juicio de adecuación o idoneidad, Castillo (2004), manifiesta que, una sanción es idónea cuando resulta ser apta para conseguir la protección de un bien jurídico en particular; y, además dicha sanción resulta ser eficaz para lograr la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Es decir, aquí se presenta un doble parámetro que resulta relevante tener en cuenta; por un lado, la pena debe servir para la protección de un bien jurídico; y, por el otro la pena debe servir para reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad. Si no se cumple con estos parámetros, entonces la sanción no es idónea (no cumple el primer criterio) para limitar el derecho a la libertad.

Teniendo en cuenta lo citado, respecto del primer parámetro, el bien jurídico protegido e identificado en el último párrafo del art. 368 del C.P., es la correcta administración de justicia. Respecto de la medida tomada (sanción a imponer de cinco a ocho años de pena privativa de libertad), cabe analizar si es apta para conseguir la protección del bien jurídico de la correcta administración; en ese sentido, surge la interrogante

¿Imponer una pena privativa de libertad de cinco a ocho años viene a ser idónea para proteger el bien jurídico de la correcta administración de justicia? Del criterio adoptado, una pena privativa de libertad a diferencia de otras clases de penas, como una multa, por ejemplo, sí es apta para la protección del bien jurídico de la correcta administración de justicia. Sin embargo, hay un conflicto respecto de su cuantía, pues imponer esta cantidad de pena resulta ser excesiva; y, vulnera en demasía el derecho a la libertad que ostenta el investigado. Por otro lado, es necesario tomar en cuenta que, si en el art. 368 del C.P., se deja de lado el bien jurídico de la correcta administración y se considera que el bien jurídico protegido es la salud; entonces, de igual modo se concluye que la pena privativa de libertad sí es un tipo de pena adecuado para sancionar; pero, la cuantía de igual modo resulta ser excesiva, en comparación con el art.122-B, numeral 6, del C.P.

Del análisis, respecto al segundo parámetro, es necesario evaluar si la medida adoptada (sanción a imponer de cinco a ocho años) contribuye para lograr la finalidad de reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad. Previo a este análisis, cabe precisar que dicha finalidad, está vinculada con el art. 139 de la C.P.P., numeral 22, respecto a la finalidad del régimen penitenciario (reeducción, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad). Volviendo al análisis, resulta necesario preguntarse ¿Imponer una pena privativa de libertad de cinco a ocho años sirve para alcanzar la finalidad de la reeducación,

rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad? Para absolver esta interrogante, primero se debe tenerse en cuenta que reeducar significa enseñar al penado el respeto por la ley penal; rehabilitar es cumplir con la pena impuesta; y, reincorporar es volver a integrar al penado a la sociedad. De estos breves conceptos y luego del análisis realizado, el imponer una pena de cinco a ocho años no sirve para lograr la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, pues esta sanción causa una mayor lesividad (del análisis comparativo con el numeral 6, 122-B del C.P.); e, implica retrasar la llegada del penado a dichos fines, ya que al permanecer mayor tiempo recluido incrementa la dificultad de su reeducación; dicho de otro modo, a mayor tiempo recluido no se genera mayor respeto por la ley, sino por el contrario, se genera mayor repulsión por la misma; de igual modo se dificulta también su rehabilitación pues no logra cumplir con celeridad su condena impuesta; y, del criterio adoptado, no se logra reincorporar a la sociedad de manera breve, si no después de cumplida su pena; es decir, tiene que pasar mayor tiempo recluido, en el peor de los casos, ocho años en un establecimiento penitenciario.

La sanción de pena privativa de libertad a imponer, resulta ser idónea para la protección de un bien jurídico; sin embargo, como se analizó, existe un desacuerdo con el aspecto de la cuantía (imponer cinco a ocho años), ya que es excesiva y desproporcional. En ese sentido, el criterio adoptado es que, la sanción penal antes indicada sí pasa el filtro

de idoneidad, pese a la observación establecida. Respecto del segundo criterio, el juicio de necesidad, Castillo (2004), indica que una medida superará dicho juicio si cumple con el principio de protección del bien jurídico y con el principio de intervención mínima. Es decir, se cumple con el juicio de necesidad, si existe un bien jurídico para proteger y si la sanción a imponer es la menos gravosa. Si no se cumple con lo indicado, la medida no será necesaria y consecuentemente el principio de proporcionalidad de la pena se verá vulnerado. Dicho de otra manera, el juicio de necesidad consiste en examinar si la medida a imponer es la menos restrictiva del derecho a la libertad, en comparación con otras medidas de igual eficacia, para ello se requiere cumplir dos requisitos, el primero que la sanción a imponer sea el medio necesario para poder proteger un bien jurídico en específico; y, el segundo requisito que la vulneración al derecho de la libertad sea mínima.

En primer lugar, se torna necesario realizar un análisis respecto del principio de protección de bienes jurídicos, acotando que las sanciones del *ius puniendi*, solo se justifican cuando están dirigidas a proteger bienes jurídicos, lo que implica que debe existir una conducta ilícita cuya intensidad sea la de lesionar algún bien jurídico; caso contrario, de no existir una conducta ilícita o lesión de algún bien jurídico, la sanción que se pretende imponer no estará justificada. Respecto de este principio de protección de bien jurídico, Castillo (2004), manifiesta que está

conformado por la existencia de un bien jurídico y su puesta en peligro o efectiva lesión. En ese sentido, el bien jurídico existente en el art. 368 del C.P., es la correcta administración de justicia; y, la conducta ilícita es: desobedecer o resistir una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar; en consecuencia, del análisis realizado, efectivamente con esta conducta ilícita sí se ve lesionado el bien jurídico protegido de la correcta administración de justicia, cumpliéndose con el principio de la protección del bien jurídico. En este punto, cabe indicar que si bien es cierto el art. 368 tutela, ante un incumplimiento de medida de protección, la correcta administración de justicia; no obstante, dicha tutela va en dirección a un bien jurídico equivocado, pues el bien jurídico que se debe tutelar es la salud de aquella mujer o integrante de grupo familiar, como se tutela en el art.122-B, por ser un bien jurídico de evidente relevancia en comparación con la correcta administración de justicia.

Respecto del principio de mínima intervención, Castillo (2004), indica que exige optar por medidas menos gravosas para los derechos del imputado, al momento de sancionar una conducta ilícita, o si es posible encontrar una solución en otras ramas del derecho. Teniendo en cuenta esta afirmación, la sanción a imponer ante el incumplimiento de una medida de protección, respecto del último párrafo del art. 368 del C.P., es: una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho

años. Analizando dicha sanción a la luz del principio de mínima intervención cabe preguntarse ¿Esta sanción a imponer es la medida menos restrictiva del derecho a la libertad del sancionado? ¿Existe alguna otra medida menos restrictiva del derecho a la libertad? Respecto de la primera pregunta, del criterio adoptado, dicha medida restrictiva no es la menos gravosa que existe; por el contrario, es la de mayor incidencia sobre el derecho a la libertad del sancionado; situación contraria, sucede con la sanción establecida en el numeral 6 del art. 122-B del C.P., pues dicha sanción se presenta como una medida alternativa, con menor incidencia en el derecho a la libertad del sancionado; en consecuencia, respecto a la segunda interrogante, sí existe una medida menos restrictiva del derecho a la libertad del sancionado y es la de imponer una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a tres años, contemplada en el numeral 6 del art. 122-B del C.P. Esto trae como consecuencia el no cumplimiento del juicio de necesidad de la medida que se pretender imponer, siendo innecesario realizar el análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, del análisis realizado, se concluye que el principio de proporcionalidad de la pena se ve vulnerado.

Al vulnerarse el principio de proporcionalidad de la pena, también se vulnera el programa penal constitucional que defiende la Carta Magna; es decir, tiene una incidencia directa contra la Constitución. Por otro lado, Aguila y Calderón (2011), manifiestan que dicho principio está

relacionado a la justicia para el condenado y la sociedad, además contribuye a la desaparición de la criminalidad del hecho y mejora la situación del condenado. En consecuencia, al vulnerarse este principio, también se vulnera la justicia que pide una persona a ser sancionada de manera proporcional, pues la sanción excesiva resulta injusta no solo para el condenado sino también para la sociedad; consecuentemente, no se contribuye a desaparecer la criminalidad del hecho ni mejorar la situación del condenado, todo lo contrario, se está sobre criminalizando un hecho y agravando la situación del condenado, respecto de su sanción.

Este principio de proporcionalidad de la pena, según Castillo (2004), guarda una estrecha vinculación con el principio de legalidad. Este principio se encuentra regulado en la Carta Magna y establece que ninguna persona puede ser condenada, procesada o sancionada por un acto, omisión o sanción no prevista con anterioridad en la ley (literal d, inciso 24, art. 2 de la C.P.P.). En ese sentido, ante el incumplimiento de una medida de protección; por un lado, surge la sanción del último párrafo del art. 368; y por el otro, surge también la sanción del numeral 6 del art. 122-B del C.P., ambas sanciones están bajo los preceptos del principio de legalidad, ya que están estipulados con anterioridad en la ley, pero son contradictorias en la cuantía de la pena. Esto a su vez, según Barco (2013), tomando en cuenta el principio de legalidad, debería generar una seguridad jurídica, de modo que el imputado sabrá

cuál tipo penal se le aplicará cuando cometa un hecho ilícito de esta naturaleza; sin embargo, frente a estos dos tipos penales surge una incertidumbre de cuál tipo penal se elegirá para sancionar, pues es el mismo hecho ilícito pero la sanción es distinta. Es decir, en realidad no existe seguridad jurídica, pues estas dos sanciones generan una incertidumbre en el acusado, ya que dichas normas no son semejantes, ni claras ni precisas, respecto de su sanción.

Del análisis realizado, se concluyó que el principio de proporcionalidad de la pena viene siendo vulnerado, porque la sanción penal de cinco a ocho años de pena privativa de libertad no cumple con pasar el filtro de necesidad pues ya existe otra medida alternativa y menos gravosa del derecho a la libertad, siendo esta el numeral 6 del art. 122-B, del C.P. Por otro lado, el principio de proporcionalidad también guarda vinculación con el principio de legalidad en referencia a la seguridad jurídica; en ese sentido, también se ve vulnerado, pues al tener dos tipos penales vigentes se genera una inseguridad jurídica e incertidumbre respecto a qué tipo penal debe ser aplicado; y, como consecuencia cuál debe ser derogado. Sumando a ello, como establece, Álvarez (2013), la protección de las personas frente a la incertidumbre y la arbitrariedad, se ve igualmente vulnerada.

### **3.1.3. Sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección**

Continuando con la contrastación de hipótesis. En este apartado, es necesario partir indicando que la criminología según Silvestroni (2004) estudia las conductas desviadas y sus sanciones. En ese sentido, en la investigación, la conducta desviada o el comportamiento criminal, está constituida por el incumplimiento de una medida de protección que vulnera por reiterada vez la salud de la víctima, este comportamiento criminal además de afectar a las clases bajas, según Baratta (2004), también afecta y se encuentra presente en las clases altas de la sociedad. Por otro lado, cabe indicar que, a la luz de una criminología crítica, las únicas personas que deberían de cometer hechos ilícitos son los marginados o de bajos recursos, tal como indica el autor Alberto (1996); sin embargo, en la realidad actual y constante, se aprecia que no es así, pues hasta las clases más pudientes cometen delitos, logrando cometer un incumplimiento de medidas de protección toda persona, sea de bajos recursos o no. Cabe agregar aquí que, para hacer frente a la criminalidad enquistada en los sectores más marginados surge la política criminal de las clases subalternas, esto según Baratta (2004), implica luchar contra las conductas criminales de los sectores más pobres para generar un efecto en cadena hacia las demás clases sociales.

A raíz de los comportamientos criminales, el Estado en su afán de mitigarlos, toma decisiones político criminales que se ven reflejados en la creación, modificación o sustitución de tipos penales en el C.P., estas decisiones político criminales, según Roxin (2000), se relacionan con una convivencia social pacífica. Es decir, la finalidad de esta creación, modificación e incluso la sustitución de tipos penal debe ser la convivencia pacífica dentro de una sociedad. En ese sentido, tomando en cuenta las tres decisiones político criminales identificadas por Prado (2017), criminalización, descriminalización y sobre criminalización, corresponde analizar cuál de estas decisiones es la que se manifiesta respecto de la sanción a imponer del último párrafo del art.368 del C.P., sanción de cinco a ocho años de pena privativa de la libertad, ante la conducta criminal del incumplimiento de una medida de protección.

Partiendo con el análisis de los aspectos relacionados a la decisión política de criminalización, según Prado (2017), esta consiste en convertir una conducta aceptada por la sociedad a delito; ello implica que su categoría de represión va en aumento, con la finalidad de aplicar una sanción penal. En el presente caso, la conducta de incumplimiento de una medida de protección, con anterioridad ya se encontraba recogida en el C.P., ya se encontraba criminalizada; es decir, nunca fue elevada a la categoría de delito porque ya era considerado como un delito y pues nunca fue aceptada por la sociedad como tal. En consecuencia, el criterio adoptado y del análisis realizado, no existe una

decisión política de criminalización en el último párrafo del art.368 del C.P. Cabe agregar que, tomando en cuenta lo manifestado por el jurista Montenegro (2003), la decisión política de criminalización implica un proceso mediante el cual se introducen normas penales nuevas. En ese sentido, del análisis realizado, en la presente investigación no se trata de una norma penal nueva, pues el incumplimiento de una medida de protección ya se encontraba regulada con anterioridad en el art. 122-B, numeral 6 del C.P.

Respecto de la descriminalización, analizando la afirmación de Baratta (2004) quien indica que, esta decisión implica la despenalización de las conductas ilícitas o sustitución de las sanciones penales por las sanciones administrativas o civiles. Se concluye que, la descriminalización claramente implica aligerar la característica punitiva del *Ius Puniendi* del Estado. Entonces, cabe analizar si en el art. 368 del C.P., específicamente último párrafo, se manifiesta esta decisión político criminal de descriminalización. En ese sentido, al analizar el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad (último párrafo del art. 368 del C.P.), el criterio adoptado, es que no se pretende descriminalizar la conducta del incumplimiento de una medida de protección, ni mucho menos sustituir la sanción penal de cinco a ocho años de pena privativa de libertad, por alguna sanción administrativa o civil. Por el contrario, la característica del *Ius Puniendi* se ve intensificada. Dicha intensidad es más evidente, cuando se realiza un

análisis comparativo con el numeral 6 del art. 122-B del C.P., pues ahí se encuentra sancionado el mismo hecho ilícito, pero con una sanción atenuada, que restringe en lo mínimo el derecho a la libertad del imputado. Adicionalmente, tomando en cuenta la manifestación de Prado (2017), tampoco se está suprimiendo la condición de delito respecto del incumplimiento de una medida de protección, ni mucho menos se está optando por tolerar esta conducta en sociedad; en conclusión, la decisión política de descriminalización no se presenta en el último párrafo del art. 368 del C.P.

De la sobre criminalización, Espinoza (2018), manifiesta que el Estado, por voluntad propia, crea excesivamente nuevos tipos penales, aumenta las penas o eleva las conductas infractoras a rango de delitos. En ese sentido, del análisis del último párrafo del art. 368 del C.P., a la luz de la decisión política de sobre criminalización, el criterio adoptado es que, no se ha creado un nuevo tipo penal, sino solo se a realizado un aumento de sanción penal, pues mediante Ley nro.30862 (Ley que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, de fecha 24-10-2018), se incorpora dicho tercer y último párrafo relacionado con el incumplimiento de medidas de protección en un proceso de violencia familiar contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, imponiendo una sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad.

Se ha realizado un aumento de pena (cinco a ocho años), referente al incumplimiento de una medida de protección, pues del análisis comparativo con el numeral 6 del art. 122-B, del C.P., en este delito se sanciona la misma conducta, pero con menor grado de lesividad a la libertad del imputado (sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad). Dicho de otro modo, la conducta de incumplimiento de una medida de protección, en un inicio era sancionada con una pena de dos a tres años, pero ahora se sanciona con una pena privativa de libertad de cinco a ocho años (último párrafo del art.368 del C.P.), pues se aumentó la pena; y, lo peor es que estas sanciones coexisten en el mundo jurídico generándose así la antinomia advertida. Asimismo, dicha conducta no se ha sido elevada a rango de delito, pues siempre ha sido tipificada como un delito el incumplir una medida de protección, pues tiene su origen en el tipo penal del art. 122-B del C.P.

Respecto de la decisión política de sobre criminalización, Zavaleta (2014), refiere que esta decisión implica sobrepasar el marco punitivo de la norma jurídica, teniendo como consecuencia el incremento desproporcional de las penas en los delitos ya establecidos. En ese sentido, tomando en cuenta la afirmación de Zavaleta y el criterio adoptado, la sanción establecida en el último párrafo del art. 368 del C.P. (pena privativa de libertad de cinco a ocho años), efectivamente sobrepasa el marco punitivo de la norma jurídica, porque dicho marco punitivo ya tenía un límite y estaba fijado como pena de dos a tres años

en el numeral 6, del art. 122-B, del C.P. En consecuencia, del análisis realizado, se tiene que se ha incrementado de manera desproporcional dicha pena y dicho marco punitivo respecto del numeral 6 del art.122-B del C.P. Entonces, para evitar vulnerar el marco punitivo de la norma, el criterio que se adopta, es derogar el último párrafo del art. 368 del C.P. Asimismo, se debe analizar la afirmación de Prado (2017) quien manifiesta que, la sobre criminalización implica intensificar la penalidad de un delito ya criminalizado. En ese sentido, en la investigación y del análisis realizado, con el último párrafo del art. 368 del C.P., y su sanción de cinco a ocho años ante un incumplimiento de medidas de protección, el legislador ha intensificado la penalidad de este hecho ilícito que ya estaba criminalizado con anterioridad en el numeral 6 del art. 122-B del C.P. Es decir, la pena ha quedado intensificada, pasando desde un marco punitivo de dos a tres años, hacia un marco punitivo desde cinco a ocho años, ambas penas privativas de libertad. Además, se debe acotar que, en el último párrafo del art.368 del C.P., se presenta un endurecimiento de pena como indica Montenegro (2003), en referencia a una norma ya existente, numeral 6 del art.122-B del mismo cuerpo normativo.

Del análisis realizado, se tiene que de las tres decisiones político criminales presentadas y analizadas, aquella que se ve manifestada en el último párrafo del art. 368 del C.P., es la denominada decisión político criminal de sobre criminalización, porque se ha incrementado una

sanción penal inicial de dos a tres años de pena privativa de libertad (inciso 6 del art. 122-B del C.P.), a otra pena elevada de cinco a ocho años de pena privativa de libertad (último párrafo del art. 368 del C.P.). Esta decisión político criminal de sobre criminalización, no resulta ser la más adecuada para mitigar estas conductas delictivas, incumplir las medidas de protección, pues de la mano con una política criminal alternativa, incrementar las penas no es una solución adecuada. De igual modo, como dice Baratta (2004), la política criminal alternativa implica sustituir sanciones penales por sanciones administrativas o civiles, a fin de aligerar la coacción punitiva. En el presente caso no se pretende sustituir una pena privativa de libertad (de cinco a ocho años) a otra de menor intensidad como una sanción administrativa o civil; sino, se pretende optar por una forma de sanción donde el poder coercitivo del Estado se vea aligerado (sanción de dos a tres años de pena privativa de libertad); es decir, optar por la sanción que se encuentra en el inciso 6 del art. 122-B, del C.P.

Al verse manifestada la decisión política criminal de sobre criminalización en el último párrafo del art. 368 del C.P. Cabe analizar si esta decisión, teniendo en cuenta a Baratta (2004), sirve como un contra estímulo frente al impulso criminoso; es decir, si la sobre criminalización cumple con este fin general de la sanción. En ese sentido, para la presente investigación, sobrecriminalizar la conducta de incumplimiento de una medida de protección, no sirve para enfrentar el

impulso criminal de la sociedad. Es decir, sancionar con una pena privativa de libertad de cinco a ocho años, no detiene las conductas delictivas consistentes en incumplir una medida de protección, todo lo contrario, los agresores siguen incumpliendo estos mandatos legales.

Es necesario analizar si este último párrafo del art. 368 del C.P., dentro de todas las doctrinas y teorías que fundamentan la aplicación de una sanción penal, cumple con la teoría relativa de la pena. En ese sentido, se debe tomar en cuenta que según Chang (2013), en la teoría relativa, la pena se fundamenta en prevenir delitos, influyendo en el condenado (prevención específica) o en la sociedad (prevención general). Tomando en cuenta lo indicado, cabe preguntarse ¿La sobre criminalización del último párrafo del art.368 del C.P., influye en el condenado (prevención específica)?, del análisis y del criterio adoptado, la respuesta es que no, porque dicha sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad resulta ser contraproducente, no influyendo en dicho condenado, porque luego de cumplir con su condena, sale en libertad y nuevamente incumple las medidas de protección o en su defecto comete otros ilícitos penales. De igual modo cabe preguntarse ¿ La sobre criminalización del último párrafo del art. 368 del C.P., influye en la sociedad (prevención general)?, del análisis realizado y del criterio adoptado, la respuesta también es que no, porque la sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad no resulta ser idónea para irradiar miedo en la sociedad y evitar que sus integrantes cometan a

futuro la comisión de este u otros hechos ilícitos, dicho análisis tiene como base la evidencia recopilada, pues se muestra que cada año los incumplimientos de medidas de protección siguen realizándose y con más frecuencia.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA LEGISLATIVA DE DEROGACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL**

Por los fundamentos jurídicos que han sido desarrollados en los apartados anteriores, se ha logrado determinar que existe ante un incumplimiento de medida de protección: Una irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud; asimismo, existe una vulneración del principio de proporcionalidad de la pena en el último párrafo del art. 368 del C.P.; y, existe una sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección en el último párrafo del art. 368 del C.P.

Por estos fundamentos, se plantea a modo de una derogatoria legislativa, derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., respecto a desobedecer o resistir una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar, cuya pena es la privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

#### **4.1. PROYECTO DE LEY**

##### **PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL.**

Al amparo del art. 107 de la C.P.P., el cual establece: “El presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes”; asimismo, teniendo en cuenta los art. 75 y 76 del Reglamento del

Congreso de la República, sobre aquellos requisitos y presentación de las proposiciones, siendo ello así, a iniciativa del que suscribe presenta la siguiente propuesta de derogación legislativa:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA SIGUIENTE LEY:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE DEROGA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1°. - Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto principal la derogación del último párrafo del art. 368 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 368°. - Resistencia o desobediencia a la autoridad

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de

siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. ***Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.***

Quedando de la siguiente manera:

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. ***(párrafo derogado)***

Artículo 2°. – Ámbito de Aplicación

Ante el incumplimiento de una medida de protección, frente a la agresión reiterada que causa daño a la salud de la víctima y a fin de la aplicación única del numeral 6 del art. 122-B del C.P., evitando el concurso ideal o aparente.

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### **IRRELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO DE LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

El primer motivo por el cual se postula la derogación del último párrafo del art. 368 del C.P., está vinculado a la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, respecto del bien jurídico de la salud. En ese sentido, por parte del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, el bien jurídico que se encuentra bajo tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública, en la vertiente de administración de justicia; por otro lado, respecto del delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, el bien jurídico tutelado viene a ser la salud, específicamente en los aspectos físico, psíquico y moral.

A raíz de esta diferenciación, surge una evidente trascendencia o jerarquía de un bien jurídico tutelado respecto del otro; en ese sentido, tomando en cuenta las evidencias recabadas y el análisis realizado, el criterio adoptado, es que el bien jurídico tutelado de la salud, resulta ser mucho más relevante y de superior jerarquía que el bien jurídico de la correcta administración de justicia; porque, al vulnerarse la salud de una persona no solo se ve vulnerada su integridad física, psíquica o moral de la misma, sino que además se vulnera su dignidad, una vida libre de violencia, un nivel adecuado de vida y se ven vulnerado diferentes dispositivos normativos nacionales e internacionales que guardan conexión con dicho derecho, dispositivos normativos como: la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención *Belém do Pará*, la Constitución; y, La Ley 30364.

Teniendo en cuenta el Acuerdo Plenario 09-2019/CIJ-116, la protección del bien jurídico de la salud, aspecto físico, psíquico y moral, resulta ser de interés público; es decir, el Estado a través de sus operadores de justicia tiene que priorizar el deber de protección de la salud de las mujeres o integrantes del grupo familiar, esto implica que el incumplimiento de dicho deber de protección, vulnera también este interés público para la protección de la salud, lo que no sucede con la correcta administración de justicia.

### **VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

El segundo motivo por el cual se requiere derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., es por la vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, específicamente en su vertiente de la determinación legal de la pena.

Este principio de proporcionalidad de la pena implica que la sanción no debe sobrepasar la responsabilidad del hecho cometido; sin embargo, con este último párrafo del art.368 del C.P., es concluye que la sanción sobrepasa dicha responsabilidad, pues se impone una pena de mayor grado o cuantía (cinco a ocho años de pena privativa de libertad); siendo que, de un análisis sistemático, existe otra sanción en el numeral 6 del art. 122-B, pero con una pena de menor grado, restringiendo el derecho a la libertad con una menor intensidad. Asimismo, con este último párrafo del art. 368 del C.P., se vulnera el derecho a la libertad de una persona, pero desproporcionalmente. En esa

misma línea, se debe tener en cuenta que la optimización del principio de proporcionalidad de las penas implica una protección o no vulneración de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, del análisis realizado, la sanción a imponer de cinco a ocho años de pena privativa de libertad, no cumple con el sub principio de necesidad, pues existe otra medida menos gravosa que cumple con la misma finalidad de sanción; y, se encuentra en el numeral 6 del art. 122-B del C.P.

Al vulnerarse el principio de proporcionalidad de la pena, también se vulnera el principio de legalidad y consecuentemente la seguridad jurídica; ya que, al no existir una sanción única y clara, surge una inseguridad jurídica del investigado al no saber de qué forma será sancionado, pues no tiene la certeza de cuál es la consecuencia de su conducta ilícita ni mucho menos la certeza del *quantum* de la sanción que se le va a imponer.

### **SOBRE CRIMINALIZACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN**

El tercer fundamento jurídico, por el cual se debe derogar el último párrafo del art. 368 del C.P., va en relación a las decisiones político criminales que el Estado manifiesta para hacerle frente a la criminalidad, esto es: criminalización, descriminalización y sobre criminalización; evidenciándose que, en dicho último párrafo se manifiesta una tendencia sobre criminalizadora de la conducta conocida como incumplimiento de medidas de protección, pues se ha sobre criminalizado dicha conducta aumentando el poder punitivo de la

pena a imponer, siendo esta de cinco a ocho años de pena privativa de libertad, del análisis comparativo con el numeral 6 del art.122-B del C.P.

La sobre criminalización implica que el Estado por su propia convicción, a fin de erradicar la criminalidad, crea nuevos tipos penales, aumenta las penas o eleva las conductas infractoras a delitos. Del análisis realizado, se concluye que en el último párrafo del art. 368 del C.P., se evidencia una clara elevación o aumento de pena, en referencia al numeral 6 del art. 122-B del C.P.

### **ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta derogatoria no implica gasto alguno para los magistrados ni mucho menos inversión de parte del Estado. Implica sí, sancionar de manera adecuada un hecho ilícito, salvaguardando los principios fundamentales de la proporcionalidad de la pena, legalidad, seguridad jurídica entre otros. Asimismo, se pone fin al debate surgido respecto a la existencia de algún concurso aparente o ideal entre los tipos penales mencionados. Del mismo modo, se logra optimizar el principio de celeridad procesal, pues ya no existiría dos delitos que analizar sino solamente se enfocaría en el delito de agresiones contra las mujeres o integrantes de grupo familiar, numeral 6 del art. 122-B del C.P.

Cajamarca, mayo de 2025.

## CONCLUSIONES

- A. Teniendo en cuenta el incumplimiento de las medidas de protección, el bien jurídico tutelado en el art. 368 del C.P., es la correcta administración de justicia; y, en bien jurídico tutelado en el art. 122-B del C.P., es el derecho a la salud, en su aspecto físico, psíquico y moral. Esta diferenciación de bienes jurídicos implica la relevancia de un bien jurídico respecto del otro, siendo el más relevante y de mayor jerarquía el derecho a la salud respecto de la correcta administración de justicia.
- B. El último párrafo del art. 368 del C.P., vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, porque la sanción de cinco a ocho años de pena privativa de libertad no cumple con el sub criterio de necesidad, pues existe otra medida menos gravosa contenida en el numeral 6 del art.122-B del C.P. Asimismo, este último párrafo del art. 368 del C.P., limita de manera desproporcional el derecho a la libertad de una persona.
- C. En el último párrafo del art. 368 del C.P., se manifiesta la decisión político criminal de sobre criminalización, en referencia a la conducta del incumplimiento de las medidas de protección, porque se incrementa la sanción desde cinco a ocho años de pena privativa de libertad en referencia al numeral 6 del art. 122 del C.P. (sanción de dos a tres años), incrementando el poder sancionador del *Ius Puniendi*.

- D. Se debe derogar el último párrafo el art. 368 del C.P., por la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración de justicia, vulneración del principio de proporcionalidad de la pena; y, sobre criminalización de la conducta del incumplimiento de una medida de protección. Dicha derogación implica mayor seguridad jurídica respecto de la sanción a imponer y además una mayor celeridad en la administración de justicia.

## RECOMENDACIONES

- A. Recomendar a los investigadores del derecho, continuar con el estudio de la diferenciación de los bienes jurídicos en el art. 122-B y art.368 del C.P., a fin de corroborar que el bien jurídico de la salud es jerárquicamente superior al bien jurídico de la correcta administración de justicia, logrando obtener mejores argumentos.
  
- B. Recomendar a los investigadores del derecho, continuar con el análisis del principio de proporcionalidad de la pena en el último párrafo del art.368 del C.P., específicamente en el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, a fin de obtener mejores fundamentos para la derogación de dicho párrafo.
  
- C. Recomendar al legislador, tomar en cuenta la sobre criminalización del incumplimiento de una medida de protección que se presenta en el último párrafo del art.368 del C.P., a fin de analizar optar por medidas alternativas y evitar el aumento desproporcional de las penas en los diversos delitos de la parte especial del C.P.
  
- D. Recomendar al legislador que derogue el último párrafo del art. 368 del C.P., tomando en cuenta la irrelevancia del bien jurídico de la correcta administración, vulneración del principio de proporcionalidad de la pena y sobre criminalización de la conducta del incumplimiento de una medida de protección.

**LISTA DE REFERENCIAS**

- Abanto Vásquez, M. A. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Aguila Grados, G. C., y Calderón Sumarriva, A. (2011). *El aeiou del derecho-Módulo Penal*. Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.
- Aguilera Portales, R. E. (2010). *Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional*. México, México: Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.
- Alberto Donna, E. (1996). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Alexy, R. (2009). *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*. Madrid, España: Trotta.
- Alexy, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. España, España: Revista española de derecho Constitucional.
- Álvarez Pérez, V. M. (2013). *Alcances y aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad en el Derecho Penal y su concordancia con la supremacía constitucional*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Arakaki, M., Armando, C., y Ramírez, D. I. (2017). *Guía de investigación - en letras y ciencias humanas - ciencias de la información*. Lima, Perú: Editorial PUCP.

- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima, Perú: Palestra.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Avellaneda, Argentina: Artes Gráficas Delsur.
- Barco Lecussan, O. I. (2013). *El principio constitucional de legalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo, Penal y Tributario*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Bastar Gomez, S. (2012). *Metodología de la investigación*. Tlanelpantia, México: Red Tercer Milenio S.C.
- Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. México, México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Becerra Vilchez, D. M. (2021). *Sanción del incumplimiento de medidas de protección como tipo penal de desobediencia y/o resistencia a la autoridad*. Universidad César Vallejo, Chimbote, Perú.
- Cabrera Freyre, A. P. (2017). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cairo Roldán, O. (2013). *El principio constitucional de legalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo, Penal y Tributario*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica S.A.

- Calderón Alvites, H. L. (2019). *La viabilidad de imputar por desobediencia a la autoridad frente al incumplimiento de las medidas de protección ante posible violencia familiar* (tesis de título). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.
- Carbonell Sánchez, M. (2006). *Garantismo penal Luigi Ferrajoli*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castillo Córdoba, L. (2004). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. *Revista Pirhua*, p.16.
- Castillo Córdoba, L. (2019). *El derecho constitucional creado por el tribunal constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cerna Ravines, C. A. (2022). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cofré Lagos, J. O. (1999). La dimensión filosófica y moral de la pena. *FONDECYT volumen* (12), p.13.
- Chang Kcomt, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Derecho Pucp*, p.05.
- Chávez, J. y Postigo, F. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima, Perú: Palestra.

- Díaz Bardelli, J. (2021). Cuando la vida, el derecho y la justicia van en el mismo sentido. El caso "L.,A.Y.y D.J.O.,P.B.": análisis iusfilosófico de la respuesta jurisdiccional frente a un supuesto de filiación por TRHA "caseras" . *Ab-Revista de Abogacía*, p.20.
- Díez Ripollés, J. L. (2006). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Nuevo foro penal No.69*, p.228.
- Espinoza Trujillo, J. A. (2018). *Unidad familiar y la sobrecriminalización de las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar en el Perú* (Tesis de titulación). Universidad Nacional de Santiago Antúnes de Mayolo, Huaras, Perú.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón teoría del garantismo penal Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. España - Madrid: J. SAN JOSÉ, S.A.
- Flecha Fernández, M., Crovetto Urteaga, P., y Badajoz Verona, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho*. Lima, Perú: Editorial PUCP.
- García Cavero, P. (2022). *El concepto jurídico - penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- González Ramírez, A. (2004). *Metodología de la Investigación Científica*. Bogotá, Colombia: Editorial PUJ.

- Gordillo, A. (25 de Julio de 2021). La Libertad: Expareja de empresaria confiesa ser el autor del crimen entre lágrimas. *Correo*, p.01.
- Grández Castro, P. P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima, Perú: Palestra Editor S.A.C.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de la teoría constitucional*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Günther, J. (2004). *Dógmatica de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, España: Rodona Industria Gráfica S.L.
- Hakansson, C. (2008). *El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Constituciones Iberoamericanas*. Piura, Perú: Universidad de Piura.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Lex. (2021, 11 de Diciembre). Criminalizacion, descriminalizacion y sobrecriminalizacion. *lp Pasión por el derecho*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/criminalizacion-descriminalizacion-y-sobrecriminalizacion/>

- Mezger, E. (1968). *Derecho penal, Libro de estudio, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliografía Argentina S.R.L.
- Ministerio Público, F. d. (2020). *Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los integrantes del Grupo Familiar*. Recuperado de [https://observatorioviolencia.pe/mpfn/#6Delitos\\_de\\_violencia\\_contra\\_las\\_mujeres\\_e\\_integrantes\\_del\\_grupo\\_familiar](https://observatorioviolencia.pe/mpfn/#6Delitos_de_violencia_contra_las_mujeres_e_integrantes_del_grupo_familiar)
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda.
- Montenegro Lynett, E. (2003). *El funcionalismo en derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ñaupas Paitán, H. (2018). *Metodología de la investigación Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de Tesis*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Pariano Arana, R. (2017). Violencia y resistencia contra la autoridad. *Revista Aequitas*, p.08.
- Pashanasi Andía, A. (2020). *Concurso aparente de normas jurídicas entre el artículo 368 último párrafo y el artículo 122 b inciso 6 del Código Penal Peruano* (tesis de maestría). Universidad César Vallejo, Tarapoto, Perú.
- Prado Manrique, B. V. (2020). Política criminal y criminología en el Perú: encuentros y desencuentros. *REPOSITORIO PUCP*, 268-269.

Prado Saldarriaga, V. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial: los delitos*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Peces Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, BOE.

Pérez Triviño, J. L. (2007). *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico - morales*. México, México: Distribuciones Fontamara S.A.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2019, 15 de Agosto). Entre la subsunción típica de la agravante de violencia intrafamiliar por vulneración de las medidas de protección con el tipo legal de desobediencia a la autoridad. *Lp Pasión por el Derecho*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/subsuncion-tipica-agravante-violencia-intrafamiliar-vulneracion-medidas-proteccion-tipo-desobediencia-autoridad/>

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Poder Judicial, P. (2020). *Observatorio nacional de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Recuperado de [https://observatorioviolencia.pe/poder-judicial-3/#3\\_Medidas\\_de\\_proteccion\\_nacional](https://observatorioviolencia.pe/poder-judicial-3/#3_Medidas_de_proteccion_nacional)

Policía Nacional del Perú, P. (2020). *Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*. Recuperado de

[https://observatorioviolencia.pe/pnp-3/#5\\_Resumen\\_estadistico\\_actualizado\\_2021](https://observatorioviolencia.pe/pnp-3/#5_Resumen_estadistico_actualizado_2021).

Rodas Vela, P. R. (2021). *Violencia contra las mujeres o integrantes de grupo familiar*. Lima, Perú: Editorial Ubi Lex Asesores SAC.

Ródenas, Á. (2001). En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa* 24, p. 66.

Rojas Vargas F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España: Editorial Civitas, S.A.

Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y procesal penal*. Valencia, España: Tirant lo blanch.

Rubio, M., y Arce, E. (2019). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho Penal Parte Especial Volúmen 1*. Lima, Perú: Editorial Iustitia S.A.C.

Sandel, M. J. (2011). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, España: Liderdúplex.

Simons Camino, A. (2017). *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

- Silio Díaz, M. G. (28 de Octubre de 2020). *Lp pasión por el derecho*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/naturaleza-de-las-medidas-de-proteccion-ley-30364/>
- Silvestroni, M. H. (2004). *Teoría constitucional del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.
- Sota Sánchez, A. (01 de enero de 2013). Programa penal de la constitución política de 1993 y el derecho penal constitucional peruano. *Derecho y cambio social*, p.05.
- Terrones Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal básico*. Lima, Perú: Fondo Editorial.
- Ureta Huamán, L. H. (2018). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima, Perú: Editorial UTP.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.
- Weston, A. (2006). *Las claves de la argumentación*. Barcelona - España: Editorial Ariel S.A.
- Witker Velásquez, J. A. (2016). *Juicios orales y derechos humanos*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Yauli Tacillo, E. F. (2016). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la UJBM.

Zavaleta Beteta, J. C. (2014). *La sobrecriminalización en el ordenamiento penal nacional* (Tesis de titulación). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.

Zusman Tinman, S. (2018). *La interpretación de la ley teoría y métodos*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.