
**APRECIACIONES
SOBRE EL DELITO
DE VIOLENCIA Y
RESISTENCIA A
LA AUTORIDAD
POLICIAL.
A PROPÓSITO DEL
ACUERDO
PLENARIO
N°1-2016***

Por:

FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

* Esta opinión fue publicada, inicialmente, en la Revista Actualidad Penal del Instituto Pacífico, n° 27 (2016).

** Socio fundador del Estudio Ugaz Zegarra & Abogados Asociados. Presidente del Instituto Peruano de Negociación y Desjudicialización Penal. Profesor de la UNMSM, PUCP, MINJUS y ABA ROLI – Perú.

OPINIONES



UGAZ ZEGARRA
& ABOGADOS ASOCIADOS

www.fuzfirma.com

*"Firma especializada en brindar asesoramiento
cualificado en Ciencias Penales"*

© 2016

I

El Acuerdo Plenario N°1-2016 (en adelante **AP**) aborda el tema del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, su tipicidad y determinación judicial de la pena. Sin duda, expone uno de los temas que siguen en boga del conocimiento de la comunidad nacional, razón por la cual, es que en líneas posteriores vamos a exponer algunas apreciaciones sobre el AP que sobre estos temas en concreto y algunos otros que van más allá de la propia tipicidad y que nos servirán para establecer el contexto jurídico actual de dicho delito.

II

Es de conocimiento que los integrantes de nuestra comunidad, en los últimos años, no solo vienen desarrollando sus vidas en un ambiente de inseguridad ciudadana sino también de inseguridad jurídica, el cual mayormente, son propiciado por la mala aplicación de la política criminal que ejecutan los operadores de la argumentación jurídica¹: **(i)** la función legislativa; **(ii)** la aplicación de las normas jurídicas y; **(iii)** el conocimiento dogmático. No obstante, a fin de delimitar el tema materia de opinión, vamos a enfocarnos en los dos últimos puntos.

Anotamos esto porque existe, hoy en día, una **incorrecta aplicación de las normas jurídicas** por parte de los jueces, fiscales y abogados; incluso no atrevemos a sostener, sin ánimo de pecar en la apreciación, que coexiste un **estancamiento de conocimiento dogmático** de muchos de ellos.

Un ejemplo respecto a esta mala situación, tristemente, ha sido el caso de Silvana Buscaglia Zapler (diciembre 2015), suceso que dejó mal parada como persona a la citada mujer por haber agredido a un policía y a consecuencia del influjo de los medios de comunicación (criminología mediática), para que al final y en cuenta, ésta reciba una gracia presidencial; vale decir, obtenga un indulto porque era “la primera vez que comete un delito en donde **el bien jurídico protegido es de mínima lesividad y la pena que se le impuso es desproporcional** en comparación con otros delitos que vulneran bienes jurídicos de mayor valor, conllevando penas menores”².

Así también, otro ejemplo es el **caso del empresario Víctor Chu Cerrato** (febrero 2016), donde la Corte Superior de Justicia de Lima Sur le sentencio a cuatro años y cinco meses de prisión efectiva por haber agredido, verbalmente, a un grupo de policías de la Comisaría de Punta Hermosa, donde dicho sea de

¹ Ver: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Editorial palestra. 2015, pp. 28-29.

² Lo resaltado es nuestro. Ver: Resolución Suprema N° 108-2016-JUS (27 de julio 2016).

paso, se encontraba en estado de ebriedad. Al respecto preguntamos ¿Cómo puede una persona ebria realizar aquellos actos violentos y de resistencia que cuenta con el grado necesario de lesividad para configurar este tipo penal? ¿Los insultos proferidos por personas en estado de ebriedad, pueden considerarse “amenazas” que lesionan –gravemente- el bien jurídico protegido del delito en mención? Es en este contexto que el AP surge con la finalidad de poner un orden en el “caos” de las interpretaciones.

III

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

Como primer punto, debemos precisar que hubiera sido interesante que el AP sostenga correctamente cuál es el Bien jurídico (en adelante BJ) de este tipo penal, más no que de forma indirecta y errónea señale que este delito abarca “únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *iusimperium* del Estado³”; esto es, pareciera que el AP apunta que el personal policial es el bien jurídico, lo cual es lamentable.

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

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

³ Fundamento jurídico 19 AP.

Como un segundo punto, **el AP no ha establecido, por lo menos de forma general, el proceso de tipicidad**, simplemente delimitándose a señalar que este delito se va a configurar cuando “en el caso sub judice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial”, lo cual no tendría que haber sido así, porque su título (sumilla del AP) apunta como finalidad al desarrollo de la tipicidad y determinación de la pena del delito en mención. En ese sentido, es razonable que abordemos su tipicidad, a fin de brindar las aproximaciones que el AP debió enseñar:

El **tipo penal objetivo** de este delito abarca dos verbos rectores: (i) intimidación –*vis compulsiva*- y (ii) violencia –*vis absoluta*-.

El primero se configura cuando el agente, de una u otra forma, infunde temor o miedo al funcionario público, obviamente al momento de concurrir una transcendencia negativa o, en todo caso, un inminente peligro en contra de este último (V. gr.: portar una pistola).

El segundo, entre tanto, se moldea al ser exteriorizada la fuerza física en contra del funcionario y, claro está, cuando ésta tiene el carácter suficiente para dificultar o impedir la actividad de éste, por eso es que no resulta poco razonable la imposición o exigencia político criminal de que la violencia deba englobar un carácter grave, serio y actual.

El **tipo penal subjetivo**, cumple la función de complementarlo ahondado en el tipo objetivo, por eso es que requiere de dos aspectos sustanciales para su composición, uno de índole subjetivo (**dolo**⁴) y, otro de carácter hipersubjetivo (**tendencia interna trascendente**):

En lo referente al primero, se requiere que el agente, por medio del conocimiento, conduzca o guie su voluntad de intimidar o violentar al funcionario público. Entre tanto, en lo que respecta al segundo, se necesita de la aplicación de una finalidad que trascienda la mera realización dolosa de la acción: funciones diferentes a las subjetivas, mejor conocidas como *subjektive unrechtsmerkmale* o, en todo caso, como elementos de intencionalidad especial, llamados *besondere subjektive tatbestandsmerkmale*. Esto es, aquellos aspectos que se decantan a “impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones”⁵.

⁴No cabe la figura de dolo indirecto y, también, eventual; tampoco la culpa.

⁵ Ver: Art. 366 CP. Así también, puede darse la situación de que la conducta del agente manifieste cualquier clase de error, llámese vencible o invencible, quedando, por tanto, esta actuación exenta de responsabilidad. Ver: SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Lima: Grijley. 2014, p. 92.

IV

Otro punto que es idóneo exponer es que **el AP ha tomado en cuenta al principio de razonabilidad penal**: lo cual nos parece adecuado para esta situación de nuestro entorno social. Por ello creemos que luego de haber esbozado los aspectos sustanciales para la configuración de este tipo penal, es necesario anotar, en lo que sea posible, que el principio de razonabilidad se encuentra presente en algunas situaciones comunes que, en la mayoría de las veces, no se toman en cuenta para la valoración del contexto jurídico y fáctico. Entre ellas tenemos a las siguientes:

- (i) Es de conocimiento general –sobre todo en la comunidad jurídica- que **los efectivos policiales tienen la potestad de detener⁶ a las personas, siempre y cuando se den los supuestos de la flagrancia delictiva**: cuya finalidad es, simplemente, la racionalización de la carga procesal por razón de personas, materia, gravedad del delito, estándar probatorio, entre otros; permitiendo simplificar, economizar y descongestionar el sistema judicial, logrando resultados de mayor eficiencia a la respuesta penal frente a los hechos punibles.

Si no existiesen estos supuestos, cualquier detención –**sin orden judicial, obviamente- daría una suerte de justificación al ciudadano que se rehusó a esta detención, motivo por el cual es que no llegaría a configurar una resistencia a la autoridad**, como muchas veces lo intenta interiorizar la información de la criminología mediática, desagradablemente (V. gr., programas de noticias televisivas).

- (ii) **Las personas novan a incurrir en el delito de resistencia o violencia contra la autoridad cuando estas últimas no ejecutan correctamente sus funciones**. Claro ejemplo de ello es cuando los policías realizan intervenciones⁷ discrecionales; esto es, aquellas que se hacen libremente, dejándose al criterio de la persona o autoridad que la ejecuta, no tendiendo en consideración las pautas o los protocolos que se exigen para dichas situaciones⁸.

⁶Detención: llega a ser la actividad que realiza el efectivo policial al momento de inmovilizar, disipar o disuadir a la persona que -supuestamente- ha cometido el hecho delictivo; obviamente, apuntamos que el hecho es "supuestamente" de carácter delictivo porque ello ha de tener que ser evaluado en la sede correspondiente. Así también, de forma contraria a la intervención, en ésta sí se requiere de un mandato judicial.

⁷Intervención: se da cuando el efectivo policial se dirige al perímetro del -supuesto- acto delictivo, por ello es que ésta llega a configurar el nexa para evaluar la posible existencia de la flagrancia delictiva. En esta actividad no se requiere de orden judicial.

⁸Ver: Casación N° 321-2011-Amazonas, por medio de la cual se aborda el tema de la intervención policial en vía de control de identidad.

- (iii) No es agradable saber que, en la actualidad, todavía **existen jueces que se remiten –rotundamente- a lo establecido en la Ley penal⁹ y dejando, por tanto, de lado a las normas y principios** que sustentan el Derecho penal. Hacemos mención a esto, toda vez que la interpretación del tipo penal en análisis, no debe limitarse a lo literalmente establecido¹⁰: de ahí que no resulte poco mesurado apuntar a verificar si un determinado hecho (por más que se encuentre establecido taxativamente) haya podido lesionar, o no, el bien jurídico.
- (iv) **No es concebible que, todavía, se tenga en consideración al Derecho penal del autor y no al del acto.** Se anota esto porque se viene dando una suerte de recriminación o amonestación hacia la forma de ser de las personas (V. gr., pleitista, amargado, altanero, alterado, entre otros factores), cuando éstas ejecutan algunas acciones contra la autoridad policial, por ejemplo: criterios que, por cierto, ya han sido superados por el conocimiento doctrinario.

Este parecer es, claramente, apreciado por las personas que se informan a través de las noticias¹¹, donde se exponen situaciones de –supuesta- violencia o resistencia hacia la autoridad que, sin vacilación alguna, dan efectos negativos hacia estas últimas, dado que al adquirir dichas informaciones **se van a ir interiorizando conceptos erróneos que van a contribuir a que éstas se dejen guiar por los prejuicios y estereotipos sociales que los medios de comunicación transmiten**, situación que retrotraería, por ende, la aplicación del Derecho penal: representaría la respuesta, solamente, del hecho propio y, como apunta Roxin, “no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”¹².

Desde esa óptica, no podemos dejar que siga creciendo ese Derecho penal autoritario, cuya finalidad es, desacertadamente, el castigo a la

⁹No con esto queremos decir que no deba tomarse en cuenta lo establecido en la normativa penal (pauta de taxatividad); sin embargo, sí queremos mencionar que el juez “ultrapositivista”, aquel que se duerme en la Ley, debería dejar dicha ocupación a otros que, verdaderamente, vayan en consonancia con el criterio de temporalidad (la adecuación del tiempo: avance del conocimiento de la doctrina y jurisprudencia, por ejemplo); esto es; que no sean “ultrapositivistas”, sino: “neo constitucionalistas”: que tomen en cuenta a la Ley y, también, a los principios (V. gr., principio de razonabilidad penal).

¹⁰Como sucedió, por citar un ejemplo, en el caso Silvana Buscaglia Zapler: donde el Juez le dio prisión preventiva por, simple y llanamente, jalonear e insultar a un policía, cuando se encontraba en el estacionamiento del Aeropuerto Jorge Chávez.

¹¹Que, infelizmente, no otorgan información adecuada para la correcta comprensión de los receptores.

¹²ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte general, tomo I, fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana. Madrid: Civitas. 1997, p. 176.

defraudación de la expectativa normativa, más aun si aquella situación llega a ser antagónica al Derecho penal de acto, por medio del cual **se exige castigar a la persona que, de cierto modo, haya impedido o puesto en contingencia la realización del mandato estatal que ejecuta el funcionario público (personal policial), más no la mera expectativa de la norma penal.**

- (v) **Existe una actividad súper protectora del Estado para con los miembros de la policía.** Sostenemos esto, ya que de la lectura del citado tipo penal se puede inferir que los miembros de la policía, por el simple hecho de ser funcionarios públicos, cuentan con una suerte de Burka de acero que le blinde de cualquier acto en su contra: que sean intocables.

Así pues, nos encontramos de acuerdo con un sector de la doctrina cuando se anota que **“el bien jurídico no es la autoridad estatal en sí misma¹³**; de asumirse esta perspectiva, llevaría al despropósito de considerar que la autoridad pública merece respecto, consideración o reverencia solo por la mera investidura de funcionario público. Esta noción no es compatible con un Estado Constitucional de Derecho”¹⁴.

V

Ahora bien, otro tema interesante del AP es la opinión de las salas supremas penales sobre la determinación judicial de la penal que, así también, se encuentra en consonancia con el principio de razonabilidad penal. En efecto en el AP se ha manifestado que **la pena del delito de desobediencia a la autoridad no debe ser superior a las penas impuestas en los delitos contra la vida el cuerpo y la salud¹⁵.**

Al respecto, como primer punto, es menester sostener que –así no se quiera admitir- uno de los presupuestos para la determinación judicial de la pena, tal como se aprecia en el art. 46 CP, es que el juez debe tener en cuenta: la cultura y las costumbres del agente¹⁶. Desde esa directriz, este tipo de análisis, en cierto modo, va a configurar un examen frágil o endeble que implica un

¹³ Lo resaltado es nuestro.

¹⁴MENDOZA CELIS, Francisco, “¿Violando la autoridad?: algunos criterios para interpretar el delito de violencia o resistencia a la autoridad”. En: *Gaceta penal & procesal penal n° 80*, Lima: Gaceta jurídica. 2016, p. 154.

¹⁵Ver. Fundamento jurídico 20 AP.

¹⁶Ver: literal “b” del art. 45 CP.

perjuicio –indirecto- de las personas que son imputadas por el delito en mención.

No es difícil señalar que, **lastimosamente, el juez considera o valora –al momento de terminar la pena- los actos de mínima entidad** (V. gr., insultar, escupir, romper los botones del uniforme policial e, incluso, realizar tocamientos en partes íntimas de estos efectivos)¹⁷. En ese sentido, debemos anotar que si bien la norma penal expone literalmente que el juez debe considerar la cultura¹⁸ y la costumbre de las personas sancionadas, no es posible que estos magistrados, simplemente, deban enfocar su análisis por lo tasado en ella: hacer eso implicaría vulnerar el principio de nocividad social.

De ahí que, en su momento, la jurisprudencia nacional haya señalado que “las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen de allí que **resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico**”¹⁹.

En ese sentido, vemos que en el caso Chu Cerratto se impuso una pena de 4 años y cinco meses de prisión efectiva mediante sentencia anticipada, por el hecho de insultar a un efectivo policial encontrándose el condenado en estado de ebriedad; ello, lamentablemente, no solo demuestra un déficit en cuanto a la determinación de la pena (ya que, la sentencia anticipada se encuentra sometida a la conformidad del juez), sino también, un crítica hacia la defensa técnica negligente que no se encuentra atenta a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales de su patrocinado.

Entre tanto, como un segundo punto, la proporcionalidad de la determinación de la pena debe ir enfocada, sencillamente, a los criterios de racionalidad, necesidad, normalidad y equilibrio. En esa directriz, queda claro, entonces, que la relevancia penal del delito de violencia contra la autoridad debe ser menor a la ejercida en los delitos contra vida el cuerpo y la salud: incluso, nos atreveríamos a proponer el cambio de su *nomen iuris* del art. 366 CP, pues no debería ser contra la autoridad, sino contra las funciones de ésta, sencillamente.

Asimismo, resulta razonable apuntar que **la sanción de este delito no puede sobrepasar el mínimo legal de pena establecida para los delitos de lesiones**, como bien señala el AP²⁰ (art. 122 CP), toda vez que debe existir un “plus de lesividad” en el acto. Se entiende, entonces, que la intervención del

¹⁷ Lo cual va en la misma directriz con el fundamento jurídico 21 AP.

¹⁸ De la cual se infiere la formación que ha tenido éste para sus reacciones frente a la autoridad.

¹⁹ Sala Penal Permanente: exp. N° 349-1999 – Lima (13 de abril de 2000).

²⁰ Ver. Fundamento jurídico 20 AP.

poder penal no puede generar más daño – entiéndase pena – que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva (pena), y esta relación solo admite como admisible si es proporcionada.

Se entenderá proporcionada cuando la reacción penal (tomadas todas las circunstancias y el principio de mínima intervención) logra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios. La idea de proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento, si no caeríamos en el marco de la pena inútil, que no es admisible: así pues, somos de la idea que **la pena deba ser aplicada, solamente, como la *extrema ratio* de la *última ratio*.**

Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia²¹.

Entre tanto, en un tercer punto, no debemos descartar la idea (como también lo menciona el AP²²) que **en vez de imponer una pena privativa de libertad se pueda establecer -como criterio razonable- que éstas se conviertan en suspendidas o limitativas**, sobre todo porque debemos tener como referencia y guía al principio de función preventiva de la pena: la cual exige que la pena, en su rol funcional de mecanismo que vela por el mantenimiento de la confianza social y de la defensa de bienes jurídicos, no deba ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario, como un medio perturbador de la seguridad ciudadana²³. Y, finalmente, **se debe rebajar la pena por el criterio de racionalidad plasmado en la bonificación procesal: por confesión sincera²⁴ y terminación anticipada.**



²¹ BINDER, Alberto, *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc. 2004, pp. 192 – 193.

²² Ver. Fundamento jurídico 22 AP.

²³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, ob.cit., p. 122.

²⁴ Dado que ésta “modifica el límite inferior del marco penal; restándole un tercio de su monto original”. Ver: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante, *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios*, Lima: Gaceta Jurídica. 2015, p. 187.