

# Violencia y resistencia contra la autoridad

## *Violence and resistance against authority*

Raúl Pariona Arana\*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Facultad de Derecho y Ciencia Política

**SUMARIO:** I. Bien jurídico protegido.— II. Tipo Objetivo.— 1. Sujetos del delito.— 2. Modalidades del delito.— 3. Elementos típicos comunes a las tres modalidades.— 3.1. *Impedir* el ejercicio de funciones — Primera modalidad típica.— 3.2. *Obligar* a practicar determinado acto de sus funciones - Segunda modalidad típica.— 3.3. *Estorbar* en el ejercicio de sus funciones — Tercera modalidad típica.— III. Tipo subjetivo.— 1. Tentativa y consumación.— 2. Concurso de delitos.— 3. Pena y agravantes.— IV. Conclusiones.— V. Referencias bibliográficas.

### » RESUMEN

El autor analiza el delito de violencia contra la autoridad, entendiendo que el factor distintivo en este tipo penal se centra en la justificación social debido a las funciones que realiza el sujeto pasivo. Por otra parte, critica la cuestionable orientación sobrecriminalizadora que recibe actualmente.

### » PALABRAS CLAVE

*Funcionario público; Policía Nacional del Perú; Violencia; Resistencia; Sobrecriminalización; Proporcionalidad*

**Fecha de recepción:** 08-11-2017

**Fecha de aprobación:** 30-11-2017

### » ABSTRACT

The author analyzes the crime of violence against authority, understanding that the distinguishing factor in this type of crime is focused on social justification due to the functions performed by the taxpayer. On the other hand, he criticizes the questionable overcriminalizing orientation that it currently receives.

### » KEYWORDS

*Civil servant; National Police of Peru; violence; resistance; about criminalization; proportionality.*

El CP de 1924 ya regulaba en su art. 321 el delito de violencia contra la autoridad bajo el siguiente tenor: "El que, sin alzamiento público, por violencia o amenaza, impidiera a una autoridad o a un funcionario ejercer sus funciones, o le obligara a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de estas, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días. La pena será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más de tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad". El delito se mantuvo en el CP de 1991 con una redacción muy similar a la norma anterior. El art. 365 que contempla el delito, señala: "El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena priva-

tiva de libertad no mayor de dos años". Las agravantes se encuentran previstas en el art. 367, las cuales han sido objeto de diversas modificaciones, siendo la más reciente la introducida mediante Ley N.º 30054<sup>4</sup>. Estas modificaciones resultan muy controvertidas y de dudosa legitimidad, sobre todo cuando se castiga actos de violencia —*sin distinción de la gravedad o no*— a funcionarios miembros de la Policía Nacional del Perú o Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional, u otra autoridad elegida por mandato popular. En efecto, este factor distintivo de ejercicio de violencia contra las referidas autoridades tiene una justificación social dada las funciones que realizan, pero que en ningún extremo puede justificar una sobredimensión punitiva de la conducta penalmente valorada. Situación que ha generado una doble sanción a una conducta, tanto por lesiones como por violencia a la autoridad, y que, según el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116, se resolvería por el ahora carácter residual y subsidiario del art. 368. Finalmente, respecto de la reforma que se avecina, es interesante observar que el último dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República relativo al Proyecto de Nuevo CP (19 de mayo del 2016) proyecta algunos cambios al delito bajo estudio:

\* Contacto: rparionaa@unmsm.edu.pe

© Este artículo, publicado por la revista *Aequitas* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución -No Comercial-Compartirigual 4.0 Internacional. <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con [revista@equitas.fdep@unmsm.edu.pe](mailto:revista@equitas.fdep@unmsm.edu.pe).

se suprime la frase "le estorba", y se cambia por la locución "le obstaculiza". En torno a la modalidad de "obligar", la precisión es que el acto al cual es obligado el sujeto público sea uno *contrario a sus funciones*. Por último, se propone que la pena privativa de libertad sea no menor de cuatro ni mayor de ocho años<sup>\*\*</sup>. Este proyecto, como se observa en relación a la pena del delito, tiene una cuestionable orientación sobrecriminalizadora.

\*\* El texto legal propuesto por el art. 550 del Proyecto de Nuevo CP señala: "1. El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad, a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones, le obstaculiza en el ejercicio de estas o le obliga a practicar un acto contrario a sus funciones es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con inhabilitación, por el tiempo que dure la pena privativa de libertad, conforme al art. 42 y con cien a doscientos días multa. 2. Las penas del numeral 1 se impone si el agente impide, estorba u obliga a una persona que presta asistencia a una autoridad, funcionario o servidor o actúa por delegación de estos".

## I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido por la norma es el correcto funcionamiento de la Administración pública en beneficio de los ciudadanos. Se protege, en consecuencia, la **libre formación de la voluntad** estatal de las autoridades, los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio legítimo de sus funciones y el **libre ejercicio** de las actuaciones funcionariales.

En la doctrina nacional se ha señalado que el bien jurídico del delito es la libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, ya que el sujeto activo quiere superponer su voluntad a la voluntad del funcionario<sup>1</sup>. También se señala que se trataría de un tipo penal pluriofensivo<sup>2</sup>.

## II. TIPO OBJETIVO

### 1. Sujetos del delito

El sujeto activo del delito de violencia o amenaza contra la autoridad, funcionario o servidor público puede ser cualquier persona, puesto que se trata de un delito común. El tipo penal no exige una calidad específica en el agente. Pero en caso de que el sujeto activo sea un funcionario público, se configura una modalidad agravada prevista en el art. 367 y se le sanciona

1 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 3ª ed., Palestra, Lima, 2003, pp. 141 y 142.

2 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 975; y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el CP peruano*, ob. cit., p. 142. En el Derecho argentino Creus considera como válida la existencia de varios intereses tutelados en el delito de atentado contra la autoridad. Cfr. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 6ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1997, pp. 216-217.

con una pena de hasta ocho años de pena privativa de libertad.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, como titular del bien jurídico protegido. También es la autoridad, el funcionario o el servidor público en quien recae la violencia ejercida por el autor del delito. Al respecto, la doctrina ha señalado que el funcionario o servidor público vendría a ser el sujeto pasivo específico o perjudicado con la acción delictiva, mientras que el Estado solo sería el sujeto pasivo genérico<sup>3</sup>.

En la jurisprudencia se observa un pronunciamiento bastante polémico: "Siendo el Estado el ente agraviado en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y contra la función jurisdiccional, deviene impropio tenerse también como agraviado a la Policía Nacional y a los policías víctimas de la agresión"<sup>4</sup>. Ciertamente, en atención al bien jurídico protegido, el agraviado siempre es el Estado; no obstante, si se atiende a los hechos que acontecen en la realidad, son los policías quienes sufren directamente los actos de violencia, por lo que ellos son igualmente los agraviados del delito. A estos funcionarios públicos les corresponde todos los derechos que la ley contempla para los agraviados por un delito, como por ejemplo intervenir directamente en la investigación y proceso penal.

### 2. Modalidades del delito

El tipo penal comprende tres modalidades delictivas que únicamente pueden ser cometidas en un contexto ajeno al "alzamiento público":

- i) Cuando el sujeto activo, mediante violencia o amenaza, *impide* a una autoridad, un funcionario o servidor público ejercer sus funciones.
- ii) Cuando el sujeto activo, mediante violencia o amenaza, *obliga* a una autoridad, un funcionario o servidor público a practicar determinado acto de sus funciones.
- iii) Cuando el sujeto activo, mediante violencia o amenaza, *estorba* a una autoridad, un funcio-

3 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Lima: Grijley, 2014, pp. 83-84; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el CP*, Lima: Jurista, 2015, p. 128; y PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte especial*, t. v, 3ª ed., Lima: Idemsa, 2015, p. 121.

4 Vid. Exp. N.º 4649-95-B-Arequipa, *El CP en su jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 386.

nario o servidor público en el ejercicio de sus funciones.

### 3. Elementos típicos comunes a las tres modalidades

#### a) Sin alzamiento público: Elemento típico de contexto

El término “*sin alzamiento público*” forma parte del tipo objetivo y es un elemento normativo-contextual necesario en la formación del delito. El “alzamiento público” se entiende como el concurso de varias personas, con hostilidad declarada, contra el Estado, la publicidad de sus hechos y, por lo general, con empleo de armas. La configuración del delito supone que la acción de violencia contra la autoridad se realice en un contexto distinto al alzamiento público; es decir, que la acción de violencia contra el funcionario público no forme parte de un alzamiento público, pues de producirse los actos de violencia contra los funcionarios públicos en el marco de un alzamiento público estaríamos ante otros delitos. El “alzamiento público” es un elemento objetivo de carácter contextual que sí está presente en otros delitos, como el de rebelión (art. 346 del CP) y el de sedición (art. 347 del CP).

Queda claro que la conducta del agente deberá estar al margen de un alzamiento público, pues con esto se quiere enfatizar que el atentado o coacción ejercida sobre los agentes públicos no deberá poseer el contenido ilícito de una sedición pública<sup>5</sup>. De esta forma se evita que conductas realizadas durante un suceso político violento puedan verse sobrecriminalizadas.

#### b) Violencia o amenaza: Medios

El tipo penal hace referencia a los términos “violencia” o “amenaza” como medios comisivos del delito. El autor del delito debe ejercer violencia o amenaza contra el agente público, pudiendo concurrir ambas.

La *violencia* a la que hace referencia el tipo penal debe ser entendida como el uso de la fuerza física que busca vencer obstáculos o imponer una voluntad ajena. Para la doctrina nacional, el término *violencia* es entendido como el empleo de fuerza o energía física sobre las personas señaladas en el tipo legal; se trata, por tanto, de violencia instrumental<sup>6</sup>. Se sostiene

que también que la violencia no solo debe entenderse como todo acto de constreñimiento ejercido sobre la persona misma (violencia personal), sino que también puede ser dirigida contra las cosas (violencia real)<sup>7</sup>.

Al respecto, MOLINA ARRUBLA ha propuesto una clasificación interesante en la doctrina colombiana que conviene tener en cuenta. Para el autor, la violencia, entendida en el campo del derecho penal, admite ser clasificada de la siguiente manera: como *violencia personal*, cuando recae directamente sobre las personas, o como *violencia real*, cuando se ejerce sobre las cosas. A la vez, la violencia personal, en relación con la subyugación de la voluntad del violentado, admite dos categorías: *violencia*, cuando se hace recaer una fuerza material sobre la víctima con el propósito de doblegar su voluntad, llegando al punto en que se puede decir que el acto no es propiamente del violentado, sino de quien se sirve de él como instrumento; y, *violencia moral*, cuando se produce un constreñimiento a nivel psíquico en la víctima, por ejemplo, a través de tormentos actuales (a nivel psíquico o moral, claro está) o de amenazas, de tal manera que puede decirse que el actuar del sujeto pasivo ha obedecido a la presión moral sobre él ejercida por el agente<sup>8</sup>.

En la jurisprudencia se ha señalado que el término *violencia* debe entenderse como “la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiera o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podría hacer”<sup>9</sup>. En ese sentido, por ejemplo, el intercambio de palabras entre procesados y efectivos policiales que conlleve a que los primeros les falten el respeto, aunque es un hecho de por sí censurable, no configura el delito de violencia contra la autoridad. De igual forma, no configuran el delito de violencia contra la autoridad los tratos ofensivos, menosprecios, ultrajes o insultos. Este criterio ha sido respaldado por la Corte Suprema de Justicia de la República al señalar que “los insultos o actos de menosprecio verbales o de obra, proferidos contra la autoridad policial, constituyen injuria (art. 130) pero carecen de tipicidad propia como delitos contra la administración pública cometidos por terceros”<sup>10</sup>.

5 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 978. En igual sentido, véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 144.

6 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 976.

7 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 144.

8 MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá: Leyer, 2000, p. 676.

9 Vid. Exp. N.º 8831-97-Lima, *El CP en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 387.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116, fundamento 17*.

Por otro lado, el término *amenaza* debe entenderse como la manifestación de voluntad de la realización futura de un mal grave direccionado a la autoridad, funcionario o servidor público, orientado a constreñir su libertad en la formación de su voluntad o en la ejecución de sus funciones. Si bien no se requiere que la amenaza sea materializada, esta, por lo menos, debe ser suficiente y real, tanto que permita limitar o desaparecer la libre voluntad del agente público. Lo que se busca con la amenaza es imponer la voluntad o intención del agente sobre la del funcionario o servidor público a través de este medio comisivo. La amenaza puede ser ejercida por diversos medios, la norma no exige una forma en particular.

En la doctrina nacional se entiende que este medio comisivo debe ser de igual intensidad que la violencia física para lograr el resultado o efecto ilícito esperado por el autor del delito. Por ello, debe existir entonces una aptitud causal para inducir o determinar al sujeto pasivo, ser grave, posible, y de real e inminente realización. Las amenazas pueden ser directas o indirectas<sup>11</sup>, no siendo necesarias que estas sean invencibles, sino meramente idóneas o eficaces para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo.<sup>12</sup> Para que la *amenaza* sea suficiente y, por tanto, forme parte del tipo objetivo, se requiere verificar que la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada<sup>13</sup>.

Finalmente, en la doctrina también se han asumido posturas diferentes en torno al significado del término *amenaza* dentro del tipo penal. Así, para ROJAS VARGAS, consiste en la intimidación o el anuncio de un mal probable y posible, de ocurrencia futura que afectará al sujeto pasivo especial y que busca imponer la voluntad delictiva del sujeto activo del delito por sobre la voluntad funcional de la autoridad, funcionario o servidor público, con el argumento del temor de un mal anunciado<sup>14</sup>. De forma distinta, ABANTO VÁSQUEZ sostiene que el tipo penal pudo prescindir de mencionar expresamente a la amenaza; en realidad — considera — ella ya es una violencia, pues se identifica perfectamente con la violencia moral<sup>15</sup>.

11 Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, ob. cit., p. 130.  
 12 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 79.  
 13 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 80.  
 14 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 978.  
 15 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración*

### c) *Legalidad y legitimidad de la función pública que ejerce el funcionario público*

Para la configuración del delito de violencia contra la autoridad se requiere que el acto de violencia o amenaza contra el funcionario o servidor público esté encaminado a impedir o frustrar el ejercicio de funciones *legales y legítimas*. Estas funciones que ejercen los funcionarios deben estar en el marco de sus competencias que están contempladas en las normas que regulan sus facultades y prerrogativas, como la Constitución Política, leyes orgánicas, leyes, MOF, ROF, manuales que contemplan de manera objetiva el ámbito de competencia y la relación institucional con los ciudadanos, así como las dispuestas por orden o mandato de autoridad competente.

De lo expresado, se desprende dos consecuencias relevantes:

Primero: No se configurará el tipo penal si se obliga al funcionario a realizar actos que no forman parte de sus funciones. El delito se configura cuando se ejerce violencia contra una autoridad para obligarle a practicar un determinado acto de *sus funciones*.

Segundo: El delito no se configurará si se impide u obstaculiza una actuación arbitraria o despótica del funcionario público. La autoridad, funcionario o servidor público debe encontrarse en el ejercicio *legítimo* de sus funciones y en el marco de sus competencias y atribuciones. En consecuencia, si estamos ante un acto arbitrario del funcionario público, el ciudadano puede prestar resistencia en el marco del ejercicio legítimo de su derecho, estando exento de responsabilidad penal de conformidad art. 20 inciso 8 del CP

### 3.1. *Impedir el ejercicio de funciones: Primera modalidad típica*

El verbo típico *impedir* supone frustrar la realización de determinadas acciones que, como parte del ejercicio de sus funciones, se dispone a realizar la autoridad, funcionario o servidor público. No es suficiente el simple intento del autor orientado a que la autoridad no ejercite sus funciones, sino que debe lograr impedir la actuación funcional. De esto se desprende que el comportamiento desplegado por el autor debe ser idóneo para el logro del resultado típico.

La idoneidad del comportamiento es también exigible para la concurrencia de las circunstancias agravantes. Así, también lo ha señalado la Corte Suprema

*pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 145.

en su Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116, subrayando que “actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas”<sup>16</sup>, al no resultar idóneos para evitar el acto funcional, y, por tanto, tampoco lesionaría el bien jurídico contra la administración pública.

La doctrina nacional ha señalado que la modalidad típica de *impedir* es de naturaleza activa y de resultado<sup>17</sup>. No basta el mero intento, sino se requiere imposibilitar el ejercicio de funciones. Si no se logra el resultado, queda en grado de tentativa<sup>18</sup>.

### 3.2. *Obligar* a practicar determinado acto de sus funciones: Segunda modalidad típica

El verbo *obligar* alude a una actuación del sujeto activo dirigida a coaccionar o constreñir a la autoridad, funcionario o servidor público, para que practique un acto vinculado a sus funciones o competencias. Esta modalidad implica igualmente la producción de un resultado. La configuración de este supuesto exige que el funcionario no haya realizado aún sus funciones, pues la acción típica busca justamente que el funcionario ejecute recién un acto propio de su función. El acto funcional cuya realización se obliga al funcionario debe formar parte de las competencias del funcionario público. El comportamiento será atípico si se dirige contra un funcionario sin competencia para la realización del comportamiento al cual es obligado.

Respecto al verbo *obligar*, la doctrina sostiene que el sujeto activo busca anular la voluntad de la autoridad<sup>19</sup>; es decir, busca mediante actos de violencia imponer su voluntad en la forma y modo que desea.

### 3.3. *Estorbar* en el ejercicio de sus funciones-Tercera modalidad típica

El verbo típico *estorbar* implica que el sujeto activo obstaculice, dificulte o entorpezca el ejercicio normal y regular de la función pública por parte del funcionario o servidor público. Para la configuración

del delito, basta que se realicen los actos obstructivos o de perturbación mediante actos idóneos para tal fin, no siendo necesario impedir el acto funcional. Así, por ejemplo, impedir la labor policial lanzando piedras u otros objetos contundentes a los agentes del orden, configura esta modalidad delictiva.

Según lo previsto en la ley, esta modalidad, pese a no tener el mismo contenido de injusto que las otras modalidades, tiene la misma pena. Esta “inconsistencia legislativa” ha sido advertida por la doctrina que señala que el verbo típico *estorbar* implicaría una conducta delictiva de menor gravitación que *impedir* u *obligar*. No obstante, recibe el mismo trato punitivo que las dos primeras modalidades<sup>20</sup>.

En la doctrina también se ha señalado que los motivos que impulsan al autor a cometer este supuesto delictivo no resultarían relevantes para la tipicidad penal<sup>21</sup>. Lo importante para la tipicidad del comportamiento sería “poner trabas u obstáculos no superables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en ejercicio en sus funciones”<sup>22</sup>. Para ABANTO VÁSQUEZ<sup>23</sup>, la acción de *estorbar* se extiende innecesaria e inútilmente en el tipo legal, pues bien puede entenderse el *estorbar* como *impedir* u *obligar*, o puede configurar algún otro ilícito penal ya previsto por separado. Además, incluso, en el supuesto de admitirse su relevancia autónoma, el injusto de un simple *estorbar* no puede equipararse en gravedad al injusto de *impedir* u *obligar*.

## III. TIPO SUBJETIVO

El delito de violencia contra la autoridad previsto en el art. 365 del CP solo admite la comisión *dolosa*, por lo que en cada una de sus tres modalidades el autor debe actuar con conocimiento y voluntad de que realiza la acción típica. Para la configuración de la primera modalidad, el agente debe actuar a sabiendas de que impide a un funcionario público realizar sus funciones públicas. Para la configuración de la segunda modalidad, el agente debe actuar con conocimiento de que obliga a un funcionario a realizar un acto propio de sus funciones, mediante el empleo de violencia o amenaza. La norma solo contempla la posibilidad de

16 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116, fundamento 21*.

17 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 148.

18 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 979.

19 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el CP peruano*, ob. cit., p. 148.

20 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 981.

21 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho penal. Parte especial*, t. v, ob. cit., p. 120.

22 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 982.

23 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 148.

*dolo directo*, por lo que se excluye toda forma de dolo eventual. Por último, para la configuración de la tercera modalidad, el agente debe actuar con conciencia de que está obstaculizando la actividad funcional del funcionario público mediante el uso de violencia.

En opinión de ABANTO VÁSQUEZ<sup>24</sup>, existe un elemento subjetivo especial, esto es, *el querer* imponer al funcionario la voluntad del sujeto activo, sea para que ejecute u omita un acto propio de sus funciones. De ahí que solamente sea posible el dolo directo, pues el sujeto activo perseguiría una finalidad específica al ejercer violencia o amenaza.

### 1. Tentativa y consumación

Para concretar la consumación del delito, se requiere el cumplimiento de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. En consecuencia, habrá consumación en la modalidad de *impedir* cuando se verifique que el agente, vía empleo de violencia o amenaza, sin alzamiento público, y actuando dolosamente, *ha impedido* la actuación funcional del agente público; es decir, se tenga como *resultado* el haber frustrado la realización de dichas actividades. Esta modalidad admite tentativa.

Asimismo, quedará consumado el delito en la modalidad de *obligar* cuando, al concurrir los presupuestos típicos antes mencionados, se verifique que el autor logró obligar al funcionario público a realizar un acto funcional. Esta modalidad admite tentativa. Luego, quedará consumado el delito de violencia contra la autoridad en su tercera modalidad *estorbar* cuando se verifique que el agente, vía empleo de violencia o amenaza, sin alzamiento público y dolosamente, logre entorpecer la actuación funcional del funcionario. En esta modalidad no se admite la tentativa.

### 2. Concurso de delitos

En el marco de la violencia que se ejerce contra funcionarios públicos, el delito de violencia contra la autoridad podría concurrir con otros delitos como lesiones, daños, injurias, coacciones, tenencia ilegal de armas, homicidio, entre otros. También se puede presentar casos de concurso aparente, por ejemplo, entre los delitos de violencia contra funcionario público (art. 365 del CP) y el delito de coacción (art. 151 del CP), pero, por principio de especialidad, el hecho criminal se subsumiría, al tratarse de una conducta

violenta contra la autoridad, en los límites del art. 365 del CP. Distinto sería el supuesto en el que el agente obligue al sujeto público a practicar un acto que no guarda relación con sus funciones: en este caso solo podría configurarse el delito de coacción.

Reiterados han sido los pronunciamientos jurisprudenciales donde se evidencia que el delito de violencia contra la autoridad puede concurrir con otros tipos penales: “Debidamente precisaron que se presentaba un concurso real de delitos —en este caso heterogéneo— en tanto concurrieron varios hechos punibles que deben considerarse como delitos independientes —como lo son: la conducción de vehículo en estado de ebriedad, desobediencia a la autoridad y violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones—”<sup>25</sup>.

### 3. Pena y agravantes

La sanción que contempla el CP para la comisión del delito de violencia contra la autoridad previsto en el art. 365 es la pena privativa de libertad no mayor de dos años, en su modalidad básica. El delito contempla agravantes, las cuales están previstas en el art. 367. Estas agravantes han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, lamentablemente, todas ellas orientadas a ampliar los supuestos agravados y a incrementar las penas. La más reciente ha sido la reforma introducida por la Ley N.º 30054. El art. 367 regula tres grupos de agravantes.

Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado indicando que en caso el Ministerio Público no alegue la agravante específica opera el tipo base, y que, en el caso concreto, “finalmente se cuestiona el quantum de la pena impuesta con relación al delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, se puede advertir de la revisión de los actuados que en la denuncia penal, el auto de apertura de instrucción y dictamen acusatorio se aprecia que el representante del Ministerio Público solo denunció y acusó por el delito imputado —art. trescientos sesenta y seis del CP—, el cual regula una pena abstracta de no menos de dos ni mayor de cuatro años de pena privativa de libertad [...] este Supremo Tribunal bajo el amparo del principio de congruencia procesal no está facultado para condenar con las agravante, por no haber sido investigados y acusados los procesados en su debida oportunidad”<sup>26</sup>.

24 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 150.

25 SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA, *Queja N.º 928-2011*, f. j. n.º 4.

26 SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

### a) Agravantes de primer grado

Estas agravantes están previstas en el primer párrafo del art. 367 y sancionan con pena no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años al autor del delito, cuando: i) El hecho se realiza por dos o más personas; o ii) el autor es funcionario o servidor público.

Como se advierte, la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión del delito permite la agravación de la pena. Dicha circunstancia quedará configurada solo si el actuar funcional responde a una repartición de roles para la comisión del delito, ya que no es posible admitir la agravante de “pluralidad de agentes” si todos ellos no actúan en calidad de coautores. La agravación del delito por intervención como sujetos activos de una pluralidad de agentes está justificada. Así también lo había previsto el CP de 1924. Sin embargo, la pena contemplada en la actual ley es claramente excesiva.

Por otro lado, la norma sanciona con mayor gravedad la comisión de este delito cuando el autor es un funcionario o servidor público, pues se trata de un agente del Estado que, lejos de ayudar al correcto funcionamiento de la Administración pública, contribuye incumpliendo deberes especiales a su afectación. Esta agravante es igualmente legítima, sin embargo, también aquí se observa una desproporcionalidad en la asignación de la pena.

### b) Agravantes de segundo grado

En el segundo grupo, previsto en el segundo párrafo de la norma, se contemplan las siguientes agravantes que sancionan con pena privativa de libertad no menor de ocho (8) ni mayor de doce (12) años, cuando: i) el hecho se comete a mano armada; ii) el autor causa una lesión grave que haya podido prever; iii) el hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones; iv) el hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; v) el hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Recurso de Nulidad N.º 599-2012.

El delito se agrava si es ejecutado *a mano armada*. Como se puede advertir, aquí el comportamiento delictivo reviste mayor gravedad en razón al medio empleado para la comisión del delito. El uso de armas en la comisión de delitos lo torna en grave por su mayor peligrosidad. El delito igualmente se agrava atendiendo al grado de lesión que se inflige a la víctima: *lesiones graves*. Ciertamente, lesionar de manera grave a la autoridad o funcionario público al momento de ejercer violencia contra él, justifica una mayor pena.

La norma también regula una agravante en *función a la calidad del sujeto pasivo* (art. 367, párr. 2, inc. 3) al señalar que al agente le corresponde una pena de hasta doce años cuando la acción delictiva se dirige contra un policía, miembros de las fuerzas armadas, juez, fiscal, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular. Este extremo de la norma es claramente ilegítimo, la agravación de un comportamiento no puede realizarse únicamente en función de la calidad del sujeto pasivo, sin atender a la razón de ser del mayor reproche (fundamento). Se puede imponer mayor pena si en atención a la calidad del sujeto pasivo, este tiene mayor vulnerabilidad (p. ej., mujer embarazada, menores de edad), pero no por la simple calidad que ostenta el sujeto pasivo.

Sobre esta agravante, recientemente la Corte Suprema de Justicia en su Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116 ha establecido que tal supuesto agravado es de aplicación “residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones...”<sup>27</sup>. Al proponer esta “solución”, la Corte Suprema asume equivocadamente que este supuesto agravado del delito de violencia contra la autoridad, previsto en el art. 367.ii.3, supone siempre la realización de lesiones en contra de los funcionarios allí considerados. Esto no es correcto. Para la aplicación de la agravante no se requiere la causación de lesiones a la víctima y, por lo tanto, una afectación a su salud. La agravante, conforme a la norma, se configura incluso sin la presencia de lesiones. Basta, por ejemplo, que el sujeto pasivo de la acción violenta sea un policía. Por ello, la solución de la Corte Suprema solo se limita a los supuestos donde el agente violenta a estos funcionarios públicos causándoles lesiones.

Sin embargo, el problema que genera la norma es más amplio. El problema (y punto de discusión) es más bien el contrasentido contenido en la agravante por la simple calidad especial del funcionario público.

27 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario Extraordinario de la Corte Suprema N.º 1-2016/CIJ-116*, f. j. n.º 18.

El problema se torna dramático cuando se constata que la norma sanciona con penas que quintuplican la pena prevista para la acción típica contemplada en el tipo base. ¿La razón?... por el solo hecho de que el sujeto pasivo es un policía o magistrado. ¡Esto es irracional! Y sobre este punto, lamentablemente, la Corte Suprema no se ha pronunciado.

Frente a este panorama considero que la solución pasa por reconocer que la norma (tipo base) ya sanciona los actos de violencia contra los funcionarios públicos (también contra los policías y magistrados). Esa es justamente la razón o fundamento de este delito. No hay razón para agravar el delito, atendiendo únicamente a la calidad especial del sujeto pasivo del delito, atendiendo a que el sujeto pasivo es un policía o magistrado. Luego, si en el atentado contra el funcionario público se le causa lesiones físicas que no sean graves, se deben aplicar las reglas del concurso de delitos, para posibilitar la sanción del agente por el tipo básico en concurso con lesiones leves. Para lesiones graves ya existe una agravante específica en el art. 367, segundo párrafo, numeral 2.

En el segundo grupo de agravantes la pena también se agrava *atendiendo a la finalidad perseguida por el autor* del delito; en efecto, si su accionar está orientado a impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales se impondrán penas de hasta doce años de pena privativa de libertad. Aquí también es criticable la pena desproporcional que contempla la ley: doce años de pena privativa de libertad es excesivo.

De otro lado, cuando la norma hace referencia a la agravación del delito “respecto de investigaciones o juzgamiento por delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas”, no es clara al delimitar qué comportamiento concreto es el sancionado con una pena mayor. De su tenor no se puede extraer vía interpretación la circunstancia concreta que agrava el delito. Por ello, este extremo de la norma se torna ilegítimo, por violación del principio de legalidad (*lex stricta*).

#### c) Agravante de tercer grado

Por último, en el tercer grado, previsto en el tercer párrafo de la norma, se señala que la pena privativa de libertad será no menor de doce (12) ni mayor de quince (15) años, *si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado*. Evidentemente, estamos en un supuesto de imperiosa sanción, cuyo incremento de pena se encuentra justificado por el ataque a la vida que supone el acto criminal de violencia contra la autoridad.

## IV. CONCLUSIONES

El delito de violencia contra la autoridad previsto en el art. 365 es legítimo. Es la respuesta del Estado para garantizar su autoridad y eficacia en la realización de sus tareas constitucionalmente asignadas. Los funcionarios públicos que actúan en representación del Estado en la ejecución de funciones legales y legítimas, no deberían ser víctimas de actos de violencia. Por ello, el delito y la pena de hasta dos años contemplados para este delito, son adecuados y acordes al principio de proporcionalidad. Lo criticable es la regulación de las agravantes de este delito contempladas en el art. 367, específicamente aquellas contempladas en el segundo párrafo, literal 3, que agravan el delito por la sola circunstancia de que la víctima es policía, militar o magistrado, sin reparar que estas circunstancias ya están contenidas en el tipo base. Lo más cuestionable aún es evidenciar que se sanciona con penas de hasta doce años de pena privativa de libertad: estamos claramente ante una flagrante infracción del principio de proporcionalidad.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano* (3.<sup>a</sup> ed.), Lima: Palestra.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública* (4.<sup>a</sup> ed.), Lima: Grijley.
- Creus, C. (1997). *Derecho penal. Parte especial* (t. II, 6.<sup>a</sup> ed.), Buenos Aires: Astrea.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la administración pública* (3.<sup>a</sup> ed.), Lima: Grijley.
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Derecho penal. Parte especial* (t. V, 3.<sup>a</sup> ed.). Lima: Idemsa.
- Molina Arrubla, C.M. (2000). *Delitos contra la administración pública*, Bogotá: Leyer.

### Jurisprudencia citada

- Exp. N.º 4649-95-B-Arequipa. *El Código Penal en su jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Exp. N. 8831-97-Lima. *El CP en su jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Corte Suprema de Justicia de la República. *Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116*.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia. *Queja N.º 928-2011*.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Nulidad N.º 599-2012*.