

**REFLEXIONES SOBRE LA “VIOLENCIA” Y
“AMENAZA” COMO MEDIOS COMISIVOS DE
LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA
AUTORIDAD PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS
365° Y 366° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO
“A propósito del populismo penal al servicio de los
medios de comunicación”**

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Luis Miguel Marquez Berrospi

Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales de Lima Sur

RESUMEN:

El presente artículo recoge algunas reflexiones con relación a la “violencia” y “amenaza” como medios comisivos para la configuración de los delitos contra la administración pública en las modalidades de atentado y violencia contra la autoridad previstos en los artículos 365° y 366° del Código Penal. Se resalta la verdadera dimensión de la *vis absoluta* y la *vis compulsiva* como medios mediante el cual el sujeto activo busca obligar un hacer, o impedir, estorbar o trabar los legítimos actos funcionales de los servidores y funcionarios públicos. Se plantea que la violencia y amenaza necesariamente tienen que estar revestidos de idoneidad y suficiencia para quebrantar y coartar la voluntad de la víctima especial (servidores y funcionarios públicos), y al amparo de los principios fundamentales de lesividad y prohibición de la analogía se propone identificar debidamente la “violencia” y “amenaza”, ello con la finalidad de realizar un debido juicio de subsunción de los hechos a los supuestos recogidos

en los artículos 365° y 366° del Código Penal, descartando todas aquellas demás conductas con cierta connotación agresiva que aunque censurables por su contenido, empero penalmente irrelevantes. Y bajo un breve análisis de los casos mediáticos Buscaglia, Rocha Parra y Chu Cerrata, se verificará la falta de correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena aplicada, ello como consecuencia de la presión mediática, advirtiéndose atisbos de populismo penal en la actividad persecutoria del Ministerio Público y la actividad jurisdiccional del Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE:

Violencia contra la autoridad, medios comisivos. Violencia y amenaza, idoneidad y suficiencia, principio de lesividad y prohibición de la analogía, debido juicio de subsunción, falta de correspondencia entre el hecho y la pena aplicada, presión mediática, populismo penal.

ABSTRACT:

This article presents some thoughts regarding the “violence” and “threat” as commissive means for setting crimes against public administration in the methods of attack and violence against authority under Articles 365th and 366th of the Criminal Code. The true dimension of absolute and compulsive *vis vis* as a means by which the perpetrator seeks to force a doing, or prevent, hinder or lock functional legitimate acts of civil servants and public officials is highlighted. It is argued that violence and threat necessarily have to be coated suitability and sufficiency to disrupt and thwart the will of the particular victim (civil servants and public officials), and pursuant to the fundamental principles of harmfulness and prohibition analogy aims to identify properly “violence” and “threat” it in order to conduct a proper trial of subsumption of the facts in the cases referred to in articles 365th and 366th of the Criminal Code, discarding all the other behaviors with some aggressive connotation that although blameworthy its content, however criminally irrelevant. And on a brief analysis of media cases Buscaglia, Rocha Parra and Chu Cerrata, the mismatch between the seriousness of the act and the sentence, that because of the media pressure will be checked, being noticed glimmers of penal populism in persecutory activity prosecutors and judicial activity of the judiciary.

KEYWORDS:

Violence against authority. Supports crime. Violence and threat. Adequacy and sufficiency. Principles of harmfulness and prohibition on analogy. Due judgment of subsumption. Mismatch between behavior and sanction. Media pressure. Penal populism.

SUMARIO:

I.-Introducción y justificación práctica. II. Nociones sobre las modalidades típicas de violencia contra la autoridad. III. La violencia y amenaza: Medios comisivos para la configuración de los delitos de violencia contra la autoridad. IV Los principios de lesividad y prohibición de la analogía: Bases para un correcto juicio de subsunción en los delitos de violencia contra la autoridad. V. La falta de correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena aplicada en la casuística judicial respecto a los delitos de violencia contra la autoridad. VI. El populismo penal. Una realidad que se vislumbra en la actividad persecutoria del Ministerio Público y la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. VII. Conclusiones y sugerencias. VIII Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

Reconocer la importancia de la administración pública implica respetar a cada uno de los servidores y funcionarios públicos distribuidos en los diferentes niveles y jerarquías con sus respectivas funciones y competencias debidamente establecidas por ley. Cada uno de los servidores y funcionarios públicos personifican al Estado y ponen en funcionamiento el mismo, ya sea desde una céntrica oficina de la capital o desde un pequeño escritorio en algún lugar recóndito del país, desde una ventanilla de atención al público o desde algún puesto de vigilancia en una zona de alto riesgo. El respeto aludido atañe a valorar la labor del servidor y funcionario además de reconocer la autoridad del cual están revestidos cada uno de ellos según las leyes, reglamentos y directivas. La justificación práctica del presente artículo estriba en que un sector de la ciudadanía no tiene interiorizado un valor tan básico y fundamental como el respeto a la función pública, y mediante conductas hostiles de diversas índoles perturban el normal funcionamiento de la administración pública, no obstante, en un contexto de Derecho Penal de mínima intervención únicamente debemos recoger las conductas más nocivas entre las cuales figuran aquellas que mediando violencia y amenaza se busca obligar a un funcionario a realizar un acto propio de su función o estorbar, impedir o trabar un acto funcional. Por tanto sobre la base de los principios de lesividad y prohibición de la analogía se plantea realizar un correcto juicio de subsunción de los hechos, verificando que toda conducta hostil no necesariamente está revestida de idoneidad y suficiencia para quebrantar y coartar la voluntad del servidor y funcionario público, por más censurable que sea y por más presión que realicen los medios de comunicación. Bajo esta finalidad es que en la presente se deslizan algunas nociones básicas de las figuras ilícitas de violencia contra la autoridad tipificados en los artículos 365° y 366° del Código

Penal, para luego desarrollar los elementos de “la violencia” y “la amenaza” como medios comisivos de las precitadas figuras delictivas. Invocando los principios básicos de lesividad y prohibición de la analogía a efectos de realizar un correcto juicio de subsunción, y analizando tres de los casos más mediáticos de los últimos tiempos, para dar muestra de la carencia del control de proporcionalidad al momento de imponer las respectivas condenas por hechos que no se subsumen a los tipos penales del violencia contra la autoridad sino más bien al tipo penal de resistencia y desobediencia a la autoridad. Ello, como consecuencia de la presión mediática que ejercen los medios de comunicación, incursionando así el populismo penal en la actividad persecutoria del Ministerio Público y la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. Teniéndose a la jurisprudencia, las fuentes bibliográficas, conferencias y recursos electrónicos como soporte del desarrollo del presente artículo. Finalizando con las conclusiones y sugerencias respectivas.

II.- NOCIONES SOBRE LAS MODALIDADES DELICTIVAS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD.

Los artículos 365° y 366° del Código Penal Peruano recogen las modalidades típicas de “*Violencia o amenaza contra la autoridad para obligarle a algo*”, e “*intimidación y violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones*”, respectivamente. En buena cuenta queda vedado todo acto de violencia e intimidación que una persona despliega con la intención de vulnerar el ejercicio funcional de todo funcionario o servidor público. Por tanto se infiere que el sujeto activo puede ser cualquier particular no obstante dichas conductas también pueden ser realizadas por un funcionario o servidor público lo cual configuraría una circunstancia agravante específica conforme a lo previsto en el inciso 2 del artículo 367° del código sustantivo.

Es evidente que el sujeto ofendido es siempre el Estado. No obstante como diría el profesor Alonso Peña-Cabrera Freyre, también aparece un sujeto pasivo de la acción, en este caso el funcionario y/o servidor público sobre el cual recae la violencia o amenaza¹⁸⁶.

El normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública es lo que se busca tutelar dado que mediante las autoridades administrativas y judiciales el

186 Raúl Alonzo Peña- Cabrera Freyre en DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL - Tomo V, iDEMSA, Lima - Perú. Año 2010. Pag.117.

Estado toma decisiones en virtud al *ius imperium* del que está investido. Quebrantar mediante violencia y amenaza un acto funcional emanado de un funcionario o servidor público en ejercicio de sus legítimas funciones que la ley le faculta, es quebrantar la administración pública, y por ende el propio Estado de Derecho.

Subyacen diferencias entre los tipos penales previstos en los artículos 365° y 366°. En principio, si bien en ambos se prescribe que la violencia o amenaza está dirigida a “impedir” el ejercicio de las funciones; no obstante la conducta típica recogida en el artículo 365° incluye el verbo “obligar” al funcionario a realizar un acto que se encuentra dentro de sus funciones, o “estorbar” la realización de un acto propio de su función. En tanto que el artículo 366° prevé además de “impedir” el verbo “trabar” refiriéndose a la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, de lo que se interpreta que el funcionario o la persona que lo asista pudo ya haber comenzado el acto que finalmente puede ser trabado por el sujeto activo. Por tanto se interpreta también que la “violencia” y “amenaza” en los sub modalidades ilícitas de “estorbar” y “trabar” previstas en los artículos 365° y 366° respectivamente, pueden ser antes o durante la ejecución del acto funcional más nunca después, pues ya se tendría por cumplido el acto funcional, y únicamente el afectado sería la persona natural del funcionario o servidor mas no el Estado.

Cabe agregar que el artículo 367° del Código Penal prevé las agravantes específicas por el cual se aumenta el injusto de las conductas previstas en los artículos 365° y 366° del mismo cuerpo legal. Las agravantes de los incisos 1 y 2 del primer párrafo están recogidas en función a la pluralidad de agentes y a la calidad del sujeto activo (funcionario o servidor público) respectivamente. En tanto que la primer y segunda agravante del segundo párrafo están revestidas en función al uso de armas, y cuando se causen lesiones a la víctima. El tercer agravante se estipula en función a la calidad del sujeto pasivo, cuando es miembro de la PNP, del Poder Judicial o del Ministerio Público. Y el cuarto y quinto agravantes recogen dos circunstancias, cuando el hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales y de otros medios o instrumentos destinados a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y, cuando el hecho se comete respecto a investigación o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas. Finalmente un mayor injusto se da cuando se produce la muerte de una persona como consecuencia del hecho.

Lo cierto y concreto es que en la construcción de los tipos penales recogidos en los artículos 365° y 366° del Código Penal y de sus formas agravadas, trascienden como elementos fundamentales para su configuración los medios comisivos de la “violencia” y la “amenaza”, sin los cuales todo acto dirigido a *obligar a hacer algo, impedir y trabar o estorbar* un acto funcional devendría en atípico.

III.- “LA VIOLENCIA” Y “LA AMENAZA”. MEDIOS COMISIVOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD.

La violencia o “*vis absoluta*” es el despliegue de energía física dirigida a doblegar la voluntad de la víctima especial (funcionario o servidor público). No debería existir mayor complejidad al momento de realizar el juicio de subsunción de las conductas respecto de los elementos objetivos y subjetivos de los delitos de violencia contra la autoridad dado que únicamente se tendría que verificar que “la violencia física debió ser suficientemente marcada para generar la anulación de la voluntad de la víctima, quien se ve obligada a realizar una conducta no querida”¹⁸⁷. Haciendo mención que el acto funcional trabado o materia de impedimento tiene que responder a las legítimas facultades o funciones que la ley otorga al servidor o funcionario público.

Consecuentemente sobre el funcionario o servidor público tiene que recaer una agresión física capaz de obligarlo a hacer o estorbar, o impedir y trabar un acto propio de su función. Así el Dr. Pedro Angulo Arana refiere que la violencia tiene que ser una fuerza seria, grave, inminente y ordinaria, tendiente a lesionar y desplegada sobre el funcionario o servidor público con la intención de obligarlo a un hacer, o impedir o trabar sus actos funcionales¹⁸⁸. Inclusive la violencia puede englobar lo que la doctrina señala como impropia, como son la privación del estado de vigilia por medios hipnóticos, suministro de bebidas alcohólicas, etc.¹⁸⁹.

187 GACETA PENAL Y PROCESAL PENAL - Diccionario Penal Jurisprudencial “Índice completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la Jurisprudencia” - 1RA Edición, Lima - Perú, Noviembre del año 2009. Pag.621.

188 Angulo Arana, Decano del Colegio de Abogados de Lima. En su ponencia sobre “*El delito de violencia y resistencia a la autoridad: Problemas de tipificación y determinación de la pena*” llevada a cabo en el Auditorio “Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos” de la Escuela del Ministerio Público, los días 14 y 15 de marzo del año 2016.

189 Salinas Siccha Ramiro, Delitos contra la Administración Pública - Grijley - 2da Edición. Lima - Perú, Año 2011, Pág.78.

En esta misma línea la Jurisprudencia venía desenvolviéndose: “La violencia debe ser entendida 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; que siendo así el intercambio de palabras entre los procesados y los efectivos policiales que llegó a un faltamiento de respeto a éstos últimos, hecho de por sí censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de existencia de violencia o amenaza” (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp.137-98 del 13 de Julio de 1998).¹⁹⁰

En tanto que la amenaza o “vis compulsiva” es aquella acción que produce temor e intimidación en la víctima al extremo de coartar su voluntad. “La amenaza viene a ser el anuncio del propósito de acusar un mal a otra persona mediante palabras, gestos y actos”¹⁹¹. Por ende, el juicio de subsunción respecto a los delitos de violencia contra la autoridad atañe fundamentalmente en verificar si las palabras, gestos o actos del presunto autor fueron suficientes para generar un gran temor e intimidación en el funcionario o servidor público capaz de quebrantar su voluntad. Al respecto parafraseando al tratadista Salinas Siccha se tiene que la amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique, siendo un aspecto importante el hecho de que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima especial o de terceros quedando descartado otro tipo de males no obstante se puede tomar como amenaza la violencia contra las cosas lo cual puede generar temor en el funcionario o servidor público¹⁹². Así coincidimos cuando el Dr. Pedro Angulo Arana sostuvo que la amenaza puede configurarse a través de la intimidación pero aquella que es idónea para el fin, el cual es impedir o trabar una actuación legítima del servidor o funcionario público¹⁹³.

190 Rojas Vargas Fidel y otros. Código Penal 16 años de Jurisprudencia Sistematizada Tomo II, Parte Especial, 3ra Edición, IDEMSA, Lima Perú, año 2009. Pag.530.

191 GACETA PENAL Y PROCESAL PENAL - Diccionario Penal Jurisprudencial “Índice completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la Jurisprudencia” - 1RA Edición, Lima - Perú, Noviembre del año 2009. Pag.54.

192 Salinas Siccha Ramiro, Delitos contra la Administración Pública - Grijley - 2da Edición. Lima - Perú, Año 2011, Pág.79.

193 Angulo Arana, Decano del Colegio de Abogados de Lima. En su ponencia sobre “El delito

Consecuentemente, se postula que la *vis absoluta* y *vis compulsiva* como medios comisivos para la configuración de las modalidades delictivas de violencia contra la autoridad deben ser **idóneas y suficientes**, ya sea mediante el uso de la fuerza física o la grave amenaza e intimidación, ambos, con la finalidad concreta de quebrantar y coartar la voluntad de la víctima y así obligar un hacer o impedir, trabar o estorbar un acto legítimo del servidor o funcionario público.

IV.- LOS PRINCIPIOS DE “LESIVIDAD” Y “PROHIBICION DE LA ANALOGÍA”. BASES PARA UN CORRECTO JUICIO DE SUBSUNCIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD.

No se pretende revestir de mayor importancia a los principios de “lesividad” y “prohibición de la analogía” respecto a los demás principios básicos del derecho penal. Todos y cada uno de los principios estipulados en los artículos I al X del título preliminar del Código Penal conforman límites materiales y garantías penales frente al *ius punendi* del Estado. Así el profesor Felipe Villavicencio Terreros señala que el Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen y estos límites se expresan en forma de principios. Todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de derecho y por tanto de todo su ordenamiento jurídico¹⁹⁴.

Es menester invocar los principios de lesividad y prohibición de la analogía a efectos de identificar los medios comisivos de “violencia” y “amenaza” de entre un sin número de conductas hostiles que se pueden proferir contra los funcionarios y servidores públicos. Respecto al principio de lesividad, nos remitimos al Artículo IV del título preliminar del Código Penal que establece “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” -. Por tanto, se debe entender que una conducta ilícita no solo requiere que se cumplan los elementos formales del tipo penal sino que se haya lesionado o puesto en riesgo el bien jurídico tutelado por la ley penal. Como diría el

de violencia y resistencia a la autoridad: Problemas de tipificación y determinación de la pena” llevada a cabo en el Auditorio “Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos” de la Escuela del Ministerio Público, los días 14 y 15 de marzo del año 2016.

194 Villavicencio Terreros Felipe, DERECHO PENAL Parte General, 3ra Edición - Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú años 2009, Pag.88.

Profesor Villavicencio Terreros, quien citando al tratadista Bustos, señala: “para evitar la distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado¹⁹⁵.”

Asimismo, respecto al principio de prohibición de la analogía nos remitimos a lo establecido en el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal que establece “*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde*”. Ello enmarcado a lo previsto en el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos¹⁹⁶. Por ende, no es punible algún hecho similar, parecido o semejante al supuesto de hecho o hipótesis recogida en los tipos penales. Así la doctrina establece que en la aplicación de la ley se exige determinar cuáles son los supuestos que se hallan recogidos por estos, donde no se debe rebasar los límites que la ley determina en la adecuación de ciertos supuestos, pues cualquier violación a estos límites implicaría contradecir la vigencia de la garantía de prohibición de la analogía¹⁹⁷.

De lo expuesto *ut supra* cabe preguntarnos si un mero reclamo de un ciudadano provisto de cierta agresión verbal, como es el caso de un vituperio u ofensa contra un servidor o funcionario público, así como los alardes y manifestaciones a viva voz por el cual ciertas personas intentan transmitir que son allegados a funcionarios jerárquicamente superiores solo con el fin de intentar que el funcionario o servidor público de menor rango se desista de sus actos funcionales. Todo ello, es propio de personas irascibles de bajo autocontrol de sus impulsos como consecuencia de no tener internalizado principios básicos de civismo o sencillamente porque estarían bajo los efectos del alcohol y las drogas.

195 Villavicencio Terreros Felipe, DERECHO PENAL Parte General, 3ra Edición - Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú años 2009, Pag.95

196 Cairo Roldan y otros en TC Gaceta Constitucional. “El principio Constitucional de Legalidad” y su aplicación en el Derecho Administrativo Penal y Tributario. Pag.193

197 Prohibición de la Analogía – de RAE Jurisprudencia Penal – El Derecho en su Interpretación judicial –En: <file:///C:/Users/FN/AppData/Local/Temp/jpenal013.pdf>, -consultado el 13 de marzo de 2016-

Si bien las precitadas conductas pueden denotar cierta agresividad, empero de ninguna manera pueden calificarse como elementos comisivos de “violencia” o “amenaza”; ello acarrearía contraponer los principios de lesividad y la prohibición de la analogía, por cuanto dichas conductas resultan ser débiles, deleznales y de baja connotación violenta como para quebrantar y coartar la voluntad de la víctima; reprobables en sí, empero penalmente irrelevantes.

No obstante las precitadas conductas bien pueden adecuarse a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Desobediencia y Resistencia a la autoridad previsto en el artículo 368° de la norma sustantiva en tanto y en cuanto sean identificadas inmediatamente después de una orden legítimamente impartida por el funcionario o servidor público en ejercicio de sus legítimas atribuciones.

V.- LA FALTA DE CORRESPONDENCIA ENTRE LA GRAVEDAD DEL HECHO Y LA PENA APLICADA EN LA CASUÍSTICA JUDICIAL RESPECTO A LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD.

La proporcionalidad de las sanciones está prevista en el artículo VIII del título preliminar del Código Penal que establece en su primera parte que “*la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*”. Al respecto el Dr. Felipe Villavicencio Terreros se refiere al principio de proporcionalidad como la “*prohibición del exceso*” el cual consiste en la búsqueda de equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado¹⁹⁸. Y en efecto, la jurisprudencia ha establecido que el principio de proporcionalidad es el principio rector del derecho penal peruano y en sentido estricto requiere de un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido, con la incriminación y con el fin de la pena¹⁹⁹. Se considera que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho, teniendo una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas²⁰⁰. Por tanto,

198 Villavicencio Terreros Felipe, DERECHO PENAL Parte General, 3ra Edición - Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú años 2009, Pag.115

199 Ejecutoria Suprema de la Sala de Derechos Constitucional y Social del 10 de Abril de 1995. Exp.2008-94.

200 Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio de 2005, Exp.N°0019-2005-AI/ATC/.

la pena debe estar en relación al daño causado, al bien jurídico tutelado, al grado de responsabilidad y a las circunstancias de la comisión del delito, debiendo tener ésta función preventiva, protectora y resocializadora²⁰¹.

Estando a los alcances del principio de proporcionalidad cabe remontarnos a tres de los casos más mediáticos de los últimos meses.

Caso Buscaglia. El jueves 17 de diciembre del año 2015, en el aeropuerto Jorge Chávez, la Ciudadana Silvana Buscaglia Zapler manoteó al Sub Oficial Elías Quispe Carbajal a la altura de la cabeza ocasionando que su casco cayera al piso, además de agredirlo verbalmente e insistía en retirarse del lugar de la intervención a bordo de su camioneta pese a que el efectivo policial se mantenía frente al vehículo ordenándole que se detuviera. La ciudadana Buscaglia se oponía a la imposición de una papeleta de infracción y su posterior intervención policial. No obstante a que previamente fue debidamente informada que su vehículo estaba estacionado en una zona no permitida. Todo hubiera quedado en el anonimato sino fuera porque quedó registrado en un video que luego era reproducido constantemente por los medios televisivos convirtiéndose en el tema más importante de la prensa limeña. El 20 de diciembre Silvana Buscaglia reconoció la agresión física y verbal contra al Sub oficial y se allanó a la imputación fiscal que le atribuía el delito contra la administración pública en la modalidad de Violencia contra la autoridad en su forma agravada; y dentro de los alcances del decreto legislativo 1194, la defensa y la fiscalía llegan a un acuerdo previo en el marco del proceso especial de terminación anticipada, la cual fue finalmente aprobada por el Juez, siendo sentenciada a seis años y ocho meses de pena privativa de la libertad.

Caso Rache Parra. El domingo 24 de enero del año 2016, en las instalaciones de la comisaría de Villa en el distrito de Chorrillos, la ciudadana Rubí Dayana Rache Parra, bajo los efectos del alcohol, y con una actitud prepotente empujó y abofeteó ligeramente al Sub oficial Juan Huapaya Peralta, además de proferirle insultos, pese a que se le ordenó que se retirara de la sede policial. La ciudadana Rubí Rache se oponía a que su menor hijo de 14 años, presunto infractor de la ley penal, sea retenido por la policía luego de haber sido sorprendido e intervenido minutos después de haber sustraído botellas de yogures del interior de una panadería. Dichos actos fueron registrados en video y luego proliferados por los

201 Ejecutoria Suprema del 11/12/2003, Exp.2347-2003 San Martin.

medios de comunicación hasta la saciedad. Y en el marco del proceso inmediato solicitado por el representante del Ministerio Público, la ciudadana Rubí Rache se acogió a la conclusión anticipada, allanándose a la imputación fiscal, aduciendo que estaba arrepentida y que estaba alterada por los efectos del alcohol. Finalmente el Ministerio Público y la Defensa Técnica negociaron una pena privativa de la libertad efectiva de 4 años y 5 meses y una reparación civil de 2,500 soles a favor de la parte agraviada, la cual finalmente fue aprobada por el Juez Penal.

Caso Chu Cerrata El 07 de febrero del año 2016, por intermediaciones del Kilómetro 43 de la Panamericana Sur - San Bartolo - el ciudadano Víctor Hugo Chu Cerrata agredió verbalmente a los efectivos policiales que intervinieron el vehículo donde él viajaba como copiloto. En todo momento interfería con el operativo de alcoholemia, y no obstante a que se le solicitaba que se retire del lugar a efectos de proceder con la respectiva prueba de dosaje al conductor, el ciudadano Chu Cerrata, en evidente estado de ebriedad, se mostraba prepotente y desafiante ante los efectivos policiales siendo que a uno de ellos le llegó a tocar con los dedos a la altura del pecho en tanto lo agredía verbalmente. Dichos actos fueron captados en un video y luego convertido en la noticia de la semana mediante los programas noticiosos de los diversos canales de televisión. Finalmente en torno al proceso especial de terminación anticipada, el Juez Penal aprobó el acuerdo arribado entre el Representante del Ministerio Público, la parte civil y la defensa técnica, consistente en cuatro años y ocho meses de pena privativa de la libertad efectiva y la suma exorbitante de S/20,000 soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

Como es de verse, los precitados casos finalizaron con condenas efectivas para cada uno de los ciudadanos involucrados, empero, emerge la interrogante de si hubo o no un adecuado control de proporcionalidad de las penas impuestas? Al respecto cabe citar al Profesor Cesar Nakasaki quien refiere que no es proporcional que el delito de violencia contra la autoridad que tenga como resultado lesiones graves en el efectivo policial, tenga la misma pena cuando dicha violencia desplegada genere lesiones simples, faltas o no generen lesiones en el miembro policial. Considera ello como un problema de inconstitucionalidad que debe ser enfrentado, y en tanto ello se solucione con la debida modificación, sostiene que el Juez Penal tiene la obligación de realizar una interpretación constitucional de la ley penal, y que la pena abstracta para el delito de violencia contra efectivos policiales que no generen lesiones graves debe estar por debajo de los

ochos años, específicamente debe ser no menor de cuatro ni mayor a siete años, ello bajo los criterios de que las penas máximas para los delitos de lesiones leves y coacción no superan los dos años, y que la acción que genera el resultado típico de perturbar o impedir la labor policial debe ser una agresión o coacción, lo que implica descartar el insulto, frases humillantes, ofensas etc.²⁰²

De lo expuesto, en los casos concretos materia de análisis, verificamos que tanto en el caso Buscaglia como Rocha Parra, ninguno de los respectivos policías intervinientes resultaron con lesiones graves ni leves, y menos aún en el caso Chu Cerrata, dado que únicamente hubo un ligero contacto en el pecho con los dedos por parte del precitado ciudadano hacia el efectivo policial. Y si bien en los tres casos los efectivos policiales fueron insultados u ofendidos empero ello no tuvo la suficiente entidad para coartar la voluntad de los miembros policiales dado que finalmente realizaron las intervenciones sin mayor inconveniente. Por ende, en observancia del principio de proporcionalidad, se deduce objetivamente la falta de correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena impuesta a Silvia Buscaglia, Rubí Rocha y Chu Cerrata. Opino, que se pudo haber planteado una pena abstracta no menor de cuatro años y atendiendo a la carencia de circunstancias agravantes genéricas la pena parcial bien pudo partir de los cuatro años sobre la cual se habrían aplicado los descuentos respectivos por el acogimiento de terminación o conclusión anticipada, a efectos que resultasen penas de carácter suspendidas.

El análisis de los precitados casos realizados a la luz del principio de proporcionalidad se centran básicamente en relación a las penas impuestas. No se hace mayor mención de la calificación jurídica realizada en su momento por los respectivos Despachos Fiscales.

No obstante conviene en este extremo realizar un análisis más profuso a efectos de verificar si las conductas desplegadas por Silvia Buscaglia, Rubí Rocha y Chu Cerrata se subsumen a los elementos configurativos del delito de Violencia contra la autoridad.

Al respecto, postulo que el manotazo por parte de Silvana Buscaglia, la bofetada de Rubí Rocha, y el contacto en el pecho que con los dedos realizó Chu

202 Participación del Cesar Nakasaki Servigón en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario, en <https://www.youtube.com/watch?v=R6NipApGjuM> – consultado el 20 de marzo de

Cerrata sobre el efectivo policial, no estarían revestidos de una fuerza física idónea y capaz de quebrantar la voluntad del miembro policial al extremo de deducir que se perturbó o impidió la labor policial. Mucho menos tal consecuencia tendrían las agresiones verbales de dichos ciudadanos por más frases denigrantes o discriminatorias, aunque censurables, mas no con la suficiente entidad como para generar un gran temor e intimidación capaz de coartar la voluntad de la víctima especial. Lo que se verifica palmariamente es una sobre-exposición de los policías para con el ciudadano renuente; una pasividad y letargo frente al ciudadano alterado y/o alcoholizado, ello al parecer con el solo fin de tener el tiempo suficiente para que otro efectivo policial registre en video la actitud desafiante y las ofensas verbales que llegaron inclusive al contacto físico - *valido en cierta manera a efectos de probar la conducta hostil de los ciudadanos para con los agentes policiales* - empero bajo un inminente riesgo de que los hechos se salgan de control, tanto más si se tiene que personal policial se encuentran debidamente entrenados emocional y físicamente para reducir y doblegar las conductas hostiles que perturben el normal desenvolvimiento de sus funciones en la lucha contra el crimen. Consecuentemente, opino que nunca se debió permitir que Silvana Buscaglia ingresara a su vehículo nuevamente luego de haber propinado un manotazo al efectivo interviniente, encendiendo su vehículo e intentando avanzar pese a estar rodeada de policías. El sub oficial que intervino al menor hijo de Rubí Rocha nunca debió pararse con las manos detrás y exponiendo su rostro a pocos centímetros frente a la referida, quien se encontraba totalmente írrita y alterada bajo los efectos del alcohol. Y, el efectivo policial que intervino a Chu Cerrata no debió entablar discusión alguna con éste habida cuenta su evidente estado de embriaguez y su actitud hostil. Ya con la sola renuencia y resistencia por parte de Silvia Buscaglia, Rubí Rocha y Chu Cerrata a las respectivas ordenes policiales impartidas, debieron ser neutralizados ante la inminente comisión del delito de resistencia y desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368° del Código Penal el cual prevé una pena no mayor de seis meses ni mayor de dos años.

VI.- EL POPULISMO PENAL: UNA REALIDAD QUE SE VISLUMBRA EN NUESTRO SISTEMA FISCAL Y JUDICIAL, ANTE LA PRESIÓN MEDIÁTICA.

En el Perú es común que los medios de comunicación lancen frases como “tolerancia cero para los delincuentes” “lucha frontal contra los delincuencia”, “pena de muerte”, “cadena perpetua”, frases casi belicistas con el solo fin de ge-

nerar zozobra y alarma social a efectos de ganar mayor audiencia, lo cual inmediatamente es aprovechado por los políticos populistas quienes frente a cámaras prometen “trabajar” para dictar leyes que endurezcan e incrementen las penas.

Un sector de los medios de comunicación en el Perú apuestan por la prensa sensacionalista (*difusión de hechos reales pero de manera exagerada o sobredimensionada*) obteniendo con ello amplias audiencias, luego de lo cual abordan las sedes fiscales y judiciales a la espera de un pronunciamiento ya anunciados por ellos, caso contrario, serán los magistrados expuestos como malos funcionarios y responsables de la creciente inseguridad ciudadana.

En efecto, existen casos que sin duda generan impacto social por su propio peso, como los que giran en torno a casos flagrantes de violación de menores, feminicidios, sicariatos, robos con subsecuente lesiones graves o muerte de la víctima y miembros de la policía nacional, actos de narcoterrorismo que golpea aun el interior del país, como también los de corrupción de funcionarios que de pronto se destapan en un noticioso dominical. No obstante, los medios de comunicación en sus afanes de “vender”, no separan la “paja del trigo”, vale decir, la prensa no tiene la capacidad para identificar que determinadas conductas por más censurables que parezcan, son atípicas o de escasa lesividad social. Suelen generar alarma social ejerciendo presión a los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial, algunos de los cuales ante el temor de verse expuestos por los medios de comunicación y ante el riesgo de que perjudiquen su legajo al ser sometidos a una investigación por sus respectivos órganos de control, ceden, y caen en el populismo penal.

El populismo penal o populismo punitivo es propio del sector político, no obstante se concreta cuando actúan a la par con el poder legislativo y el sistema judicial. Parafraseando a la Profesora colombiana Whanda Fernández León, quien citando al experto dominicano Eduardo Jorge Prats, señala que el populismo penal es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal encaminada aparentemente a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad, pero que en el fondo implica una alianza pedagógica para crear en la conciencia ciudadana la necesidad de aplicar medidas extremas de “mano dura” y “tolerancia cero” contra los infractores, aun en delitos de menor impacto, a sabiendas de que son respuestas eufemísticas, viscerales, basadas

en sondeos no confiables, que lejos de disminuir la tasa delincencial, la incrementan de manera incontrolable²⁰³.

Postulo que en nuestro país ya existen atisbos de la incursión del populismo penal en la actividad persecutoria del Ministerio Público y en la función jurisdiccional del Poder Judicial especialmente en torno a los delitos contra la Administración Pública en las modalidades de Violencia contra la Autoridad. Por cuanto han trascendido por los medios de comunicación penas efectivas propuestas por el Fiscal en virtud a un acuerdo o negociación previa con la defensa, y luego aprobadas por el Juez en un contexto de terminación o conclusión anticipada del proceso, las cuales resultaron ser eminentemente desproporcionadas, y lo que es peor aún, sentados sobre una incorrecta calificación jurídica de los hechos dado que los medios comisivos de violencia y amenaza, como tales, nunca aparecieron fácticamente en el comportamiento de determinados ciudadanos que sorprendentemente, ahora, purgan condenas efectivas y sancionados al pago de fuertes cantidades de dinero a favor del Estado por conceptos de Reparación Civil.

VII.- CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

- 1.- Mediante la descripción típica de los artículos 365° y 366° del Código Penal queda vedado todo acto de violencia e intimidación que una persona despliega con la intención de vulnerar el ejercicio funcional de todo funcionario o servidor público. Siendo el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública lo que se busca tutelar dado que mediante las autoridades administrativas, fiscales y judiciales el Estado toma decisiones en virtud al *ius imperium* del que está investido.
- 2.- Se plantea que la *vis absoluta* y *vis compulsiva* como medios comisivos para la configuración de las modalidades delictivas de violencia contra la autoridad deben ser idóneas y suficientes, ya sea mediante el uso de la fuerza física o la grave amenaza e intimidación, ambos, con la finalidad concreta de quebrantar y coartar la voluntad de la víctima especial y así obligar un hacer o impedir, trabar o estorbar un acto legítimo del servidor o funcionario público.

²⁰³ Fernández León Whanda, Populismo Penal - de ambitojuridico.comLEGIS en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-121030-01populismo_punitivo/noti-121030-01populismo_punitivo.asp

- 3.- En irrestricto respeto de los principios de lesividad y prohibición de la analogía se recomienda descartar como “violencia” o “amenaza” un mero reclamo de un ciudadano provisto de cierta agresión verbal, como es el caso de un vituperio u ofensa contra un servidor o funcionario público, así como los alardes y manifestaciones a viva voz por el cual se intenta transmitir que son allegados a funcionarios jerárquicamente superiores tanto más si dichos ciudadanos se encuentran bajo los efectos de alcohol, drogas o sustancias psicotrópicas.
- 4.- Se advierte que en torno a los delitos de violencia contra la autoridad en agravio de miembros de la policía nacional, la sanción aplicable por una agresión que no genere lesiones u ocasione faltas o lesiones leves en el efectivo policial, es la misma sanción aplicable cuando se generan lesiones graves al miembro policial, por lo que queda en evidencia la vulneración al principio de proporcionalidad dado que no se puede plantear la misma pena para una conducta que contiene un menor injusto penal.
- 5.- Se enuncia objetivamente la falta de correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena impuesta en los casos mediáticos de Silvia Buscaglia, Rubí Rocha y Chu Cerrata, por cuanto ninguno de los respectivos policías intervinientes resultaron con lesiones graves, ni leves, menos aún en el caso Chu Cerrata quien únicamente tocó con los dedos al efectivo policial interviniente. Y si bien en los tres casos los efectivos policiales fueron insultados y ofendidos, empero se advierte que ello no tuvo la suficiente entidad para coartar la voluntad de los miembros policiales quienes finalmente realizaron sus respectivas intervenciones.
- 6.- Se postula que hubo una incorrecta calificación jurídica de los hechos, en los casos mediáticos de Silvia Buscaglia, Rubí Rocha y Chu Cerrata, y que por más censurables que parezcan sus conductas, no pudieron ser capaces de generar un gran temor e intimidación en los efectivos policiales al extremo de quebrantar y coartar su voluntad. Tanto más si se tiene que personal policial se encuentra debidamente entrenado emocional y físicamente para reducir y doblegar las conductas hostiles que perturben el normal desenvolvimiento de sus funciones. Se tiene la convicción de que a la primera conducta renuente por parte de los referidos a la orden policial impartida, se les debió neutralizar ante la inminente comisión del delito de resistencia y desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368° del Código Penal.

- 7.- Se Postula que en nuestro país ya existen atisbos de la incursión del populismo penal en la actividad persecutoria del Ministerio Público y en la función jurisdiccional del Poder Judicial en torno a los delitos contra la Administración Pública en las modalidades de Violencia contra la Autoridad.
- 8.- Se advierte que un sector de los medios de comunicación en el Perú apuestan por la prensa sensacionalista conocida también como “difusión de hechos reales pero de manera exagerada o sobredimensionada” obteniendo amplias audiencias, luego de lo cual abordan las sedes fiscales y judiciales a la espera de un pronunciamiento ya anunciados por ellos, caso contrario, exponen por los medios de comunicación a los magistrados y hasta los tildan de malos funcionarios y responsables de la creciente inseguridad ciudadana.
- 9.- Se sugiere a la comunidad jurídica en general, no dejarse presionar por un sector de la prensa sensacionalista la cual no tiene la capacidad para identificar que determinadas conductas por más censurables que parezcan, son atípicas o de escasa lesividad penal, y se recomienda a los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial informar a sus respectivos órganos de control la alarma social que los medios generen sobre un caso en específico o la presión mediática sobre un caso determinado sin ningún asidero legal, ello a efectos de tenerse el respaldo necesario y la confianza de actuar de manera autónoma y conforme a ley.