

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL DELITO DE ATENTADO Y VIOLENCIA Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

Dr. Manuel Frisancho Aparicio

Abogado Titulado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1.- Preámbulo

El presente artículo ha sido elaborado para rendir homenaje al destacado penalista español Manuel de Rivacoba y Rivacoba, con quien tuve la oportunidad de compartir la exposición de una conferencia sobre *Las condiciones objetivas de punibilidad* en los claustros sanmarquinos.

La pluma de Manuel de Rivacoba, su estilo personal y claridad expositiva, es comparable a la de Antonio Quintano Ripollés o Luis Jiménez de Asúa. En sus monografías y libros publicados podemos leer páginas memorables y de fácil lectura. No importa la complejidad del tema tratado, su profundidad dogmática o conceptual. Ante la rigurosidad técnica con que deben ser tratados, Manuel de Rivacoba nunca sacrificó la claridad del lenguaje y la amenidad en el uso del idioma.

Acaso nos quede aún otro exponente de este singular estilo en Enrique Gimbernat Ordeig, penalista y profesor español, discípulo de Heinrich Henkel. Gimbernat es profundo en el análisis de las obras de Claus Roxín y Gunther Jakobs, pero, a la vez, su crítica es demoledora y clara. No recurre a la ampulosidad del lenguaje para encubrir carencias conceptuales o incoherencias en la elaboración del sistema de la Parte General del Derecho penal.

Lamentablemente, en nuestro medio no han recibido la debida difusión las obras de Gimbernat y, por el contrario, se ha optado por rendir ciega pleitesía a las obras de los penalistas germanos que, cosa curiosa, no saben hablar ni escribir en castellano.

2.- Descripción típica

Artículo 367°. (Circunstancias agravantes específicas). En los casos de los artículos 365° y 366° la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

- 1.- El hecho se realiza por dos o más personas.
- 2.-El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

- 1.- El hecho se comete a mano armada.
- 2.-El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años. (*)

(*) Artículo modificado según el Artículo único de la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003.

3.- Generalidades

Entre los aspectos más relevantes del bien jurídico Administración pública se ubica el libre ejercicio de la actividad funcional o de servicio. El normal desarrollo de la actividad administrativa requiere que los *intranei*¹ desempeñen su labor con plena libertad de

¹ Se refiere a las personas que perteneciendo a la Administración Pública, cometen delitos en el uso y ejercicio de sus funciones, es decir, que incurrir en delitos denominados “propios” o “inherentes a la condición del agente”, que los diferencia de los “*extranei*”, que son aquellos que no siendo parte de la

determinación y de acción, pero siempre dentro de los márgenes de la ley. De allí que se afirme que ésta no debe tener más restricciones que las impuestas por la Constitución, las leyes y los reglamentos que fijan su competencia.

Todo forma de intervención arbitraria dirigida a quebrantar la libre decisión de los funcionarios (atentado contra el libre ejercicio funcional, art. 365°) o que impida o resista su legítimo accionar (violencia y resistencia contra la autoridad, art.366°) necesita y merece ser proscrita penalmente. Lo necesita porque si no se garantiza a través de la pena un mínimo de eficacia a los actos de la administración pública, la función social de ésta, como institución jurídica que condiciona la existencia del sistema social, deviene en mera declaración. Lo merece porque la intensidad del ataque al objeto de protección jurídica, a través de actos que fuerzan la voluntad de los funcionarios, pone en evidencia la conducta antisocial de los agentes y su dañosidad colectiva. En estos delitos los sujetos activos no dudan en sacrificar la libertad de los *intraneei* para satisfacer sus propios intereses.

Sentado que el merecimiento de pena en las hipótesis típicas contenidas en los artículos 365° y 366° del C. P. está fuera de duda, nos queda ahora determinar el fundamento del legislador para establecer las circunstancias agravantes específicas de ambos delitos. Consideramos que el fundamento de la agravación reside en la mayor intensidad de ataque al bien jurídico, éste se realiza a través de actos que, además de violentar la libertad de decisión y acción de los funcionarios o servidores públicos, van hasta el extremo de menoscabar su integridad física o su vida.

En síntesis, el incremento de la intensidad en la vulneración del objeto de protección jurídica, que fundamenta la mayor severidad de pena, se encuentra en los medios (valiéndose de la calidad de funcionario o servidor público), modos (con el concurso de dos o más personas, causando lesiones graves o muerte del *intraneei*), e instrumentos (armas) empleados por el agente para cometer el delito.

Analizaremos por separado cada una de las circunstancias agravantes específicas del delito de atentado contra el libre ejercicio funcional y de violencia y resistencia contra la autoridad. Las agruparemos según la gravedad de la pena establecida por el legislador.

4.- En los casos de los artículos 365° y 366° la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

4.1.- El hecho se realiza por dos o más personas

El modo en que se lleva a cabo el delito contra el libre ejercicio de la función o del servicio público tiene un mayor contenido de antijuridicidad cuando es realizado por dos o más personas. Los *intraneei* sometidos a la violencia de un solo agente no pueden repeler con el mismo éxito el ataque que proviene de dos o más agresores. La posibilidad de defensa del bien jurídico se reduce y los intereses arbitrarios de los sujetos activos se superponen con más eficacia a los de la administración.

Es evidente que la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión del delito contribuye al logro de los fines delictivos, supone la utilización de más poder disuasivo, tanto para influir en la libre decisión de los funcionarios como para oponerse a los actos que deben realizar en cumplimiento del cargo. Incuestionablemente aquí, señala Tozzini, el elemento intimidatorio es el número de personas².

Administración Pública, concurren con un servidor público para cometer un delito contra aquella. <http://www.dji.com.br/diccionario/extraneei.htm>

² Tozzini, Carlos: *Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 1, La Ley, Buenos Aires, enero/marzo, 1969, p. 62.

Las personas que cometen el atentado o resistencia han de obrar con el objetivo común de atentar o resistirse. En otras palabras, en cada una de ellas tiene que darse el elemento subjetivo propio de esas figuras. No es necesario que los agentes intervinientes para la consumación del delito actúen guiados por un concierto previo. Basta la mera reunión accidental, siempre que sean partícipes de dichas finalidades³.

El conjunto de personas debe emplear, directamente y contra la víctima, los medios violentos señalados en los artículos 365° y 366°, esto es, intimidación o fuerza.

4.2.- El autor es funcionario o servidor público

En esta circunstancia agravante específica del delito de atentado y resistencia, el agente se vale del cargo administrativo para asegurar la comisión del delito. Utiliza el cargo como un medio que le permite imponer sus intereses en detrimento de los de la administración pública.

La ilicitud del acto arbitrario del funcionario o servidor público se agrava cuando vulnera la libre decisión o el accionar de los otros miembros del aparato estatal. Significa el quebrantamiento de deberes propios del cargo y, además, la comisión del delito contra la administración pública y contra la libertad de los *intrañei*, considerados como individuos. Los funcionarios tienen el deber jurídico de procurar el normal desarrollo de la administración pública. En este sentido afirma Creus: “A la infracción que constituye el delito se suma el desprecio por la observancia de las normas que garantizan el funcionamiento de los demás órganos del Estado y que el funcionario, en cuanto tal, debe observar con mayor cuidado que el ciudadano común⁴.”

Antes de concluir, es necesario señalar que para que se presente esta circunstancia agravante deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

a) Para que se configure la agravante es suficiente que el agente tenga la calidad de funcionario o servidor público. No es indispensable que el sujeto activo lleve a cabo el delito en el ejercicio de la función o el servicio⁵. Esto porque el correcto ejercicio del cargo nunca contemplará o permitirá un actuar delictivo por parte de quienes representan a la administración.

³ Tozzini: *Los delitos de atentado*, RDPC, 1969, N° 1, p.62. No se configura la agravante cuando el agente solo ha ido acompañado por otras personas, pero éstas sólo desempeñan un rol pasivo y no persiguen subjetivamente la realización del tipo objetivo. Es decir, no acompañan al agente para atentar o resistir el ejercicio de la función o del servicio público. Sólo están “presentes” en el acto.

Discusión a parte merece la intervención de inimputables en el atentado o resistencia contra el libre ejercicio de la función pública. Villada sostiene que los intervinientes en el hecho deben ser todos imputables; de lo contrario, afirma, no se comprende bien como aplicar las reglas de la participación criminal, que exige no sólo la comunidad de hecho sino además convergencia intencional. Villada, Jorge L.: *Delitos contra la Función pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 55. Para Donna, en cambio, pueden intervenir personas inimputables, pero deben haber entendido el acto por lo menos subjetivamente. Donna, Edgardo Alberto: *Derecho penal, Parte especial*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 54. Estamos de acuerdo con la solución dada por Villada a este problema. Su punto de vista toma en cuenta en forma correcta las reglas de la participación delictiva, al no comprender a los inimputables como capaces de intervenir en la comisión del delito.

⁴ *Op. cit.*, p.56.

⁵ Para Buompadre: “la agravante se funda exclusivamente en la calidad del autor, razón por la cual, a los fines de la tipicidad, resulta indiferente el cargo o la función que el agente desempeñe en el momento del hecho, o que actúe en el ejercicio de sus funciones públicas o abusando de ellas. Se trata de una circunstancia de agravación objetiva, vale decir que es suficiente con la calificación del autor. No se requiere, aun cuando así pueda suceder en la realidad, que el funcionario actúe en el ejercicio de su competencia funcional. *Op.cit.*, p.59.

b) Únicamente puede ser considerado funcionario o servidor público a los fines de la agravante el que pertenece a la administración pública.

5.- La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

5.1.- El hecho se comete a mano armada

La intensidad del ataque al bien jurídico se incrementa cuando el agente comete el delito valiéndose de instrumentos que aumentan su poder ofensivo y disminuyen la posibilidad de defensa de la víctima. La utilización de armas para violentar la libre determinación o la actuación de los *intrañei* hace más ilícita la acción desplegada por el sujeto activo.

A mano armada significa que el autor está armado; que ejecuta el hecho con armas y que éstas son realmente tales, en sentido propio o impropio⁶.

En el caso de las armas en sentido impropio, su uso encuadra en la calificación del delito de atentado y resistencia, cuando su empleo representa un aumento real del poder intimidatorio y constituya un peligro concreto para la integridad de la víctima.

Para que se cumpla la circunstancia agravante no es necesario que el sujeto activo haga funcionar el arma contra la víctima o acometa con ella al sujeto pasivo. Basta que el agente emplee el arma en forma amenazante y que esta amenaza sea idónea para constreñir la voluntad del funcionario⁷. Estamos de acuerdo con Buompadre cuando sostiene que lo que da fundamento a la agravante es el mayor poder intimidante del medio empleado y el peligro cierto y real corrido por la víctima. En este sentido parece razonable concluir que cualquier especie de arma queda alcanzada por la mayor penalidad, en la medida que ésta ha sido utilizada como medio de intimidación y ha puesto en peligro de menoscabo la integridad del sujeto pasivo. En caso contrario, cuando el riesgo de lesión al bien jurídico no ha sucedido, como ocurre cuando se utiliza un instrumento de juguete que simula un arma o un arma no apta para el disparo, no se configura el delito que estamos analizando⁸. Como bien ejemplifica Fontán Palestra: “Un hombre con un arma de fuego en la mano, aunque no apunte con ella al funcionario puede ejercer sobre él intimidación”⁹.

5.2.- El autor causa una lesión grave que haya podido prever

El modo en que se lleva a cabo el delito, causando lesiones graves a un funcionario o servidor público, configura la circunstancia agravante. La intensidad del ataque al bien

⁶ Cfr. Núñez, VII, p.22; Laje Anaya: *Op.cit.*, p.18. Un sector doctrinario manifiesta sus dudas sobre las armas impropias. Creus considera al respecto que sería absurdo comprender en este delito toda la enorme gama de elementos que en otros (por ejemplo, agresión) pueden considerarse armas impropias; aparentemente no todos aquellos instrumentos que aumenten el poder ofensivo del agente podrán considerarse armas a los efectos de la agravante, sino únicamente los que tengan un verdadero poder intimidatorio y para colocar en situación de peligro al sujeto pasivo, entidades, estas, mesurables en función de la capacidad normal del instrumento para afectar la integridad física de las personas. Cfr., *Derecho penal, Parte Especial*, 6ta edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p.220 y ss.

⁷En este sentido dice Buompadre: si bien la dinámica del tipo agravado no requiere que el sujeto apunte con el arma y menos aún que haya sido disparada, al menos debe haber sido exhibida o puesta a la vista, de modo tal que la víctima advierta la existencia real de un peligro adicional. De todas maneras, la agravante igualmente se configura cuando se esgrime el arma o se acomete con ella.

Por empleo de arma, entonces, debe entenderse todo acto de ostentación, exhibición, portación ostensible del instrumento, pues sólo así constituye una amenaza para la integridad física de la víctima. Buompadre, Jorge E.: *Op. cit.* p. 55.

⁸ Buompadre, Jorge E.: *Op cit.* p. 56.

⁹ Cfr. *Op.cit.*, p.185.

jurídico es mayor porque además de violentar la libertad del *intrañei* – en el desempeño del cargo y como individuo-se menoscaba su integridad psico-física.

Al igual que en las otras agravantes de los delitos comprendidos en los artículos 365° y 366°, en ésta la severidad de la pena se basa en el mayor contenido de injusto de la acción. En efecto, además del bien jurídico administración pública, en su aspecto del libre ejercicio del cargo, se quebranta el bien jurídico salud individual de los funcionarios o de aquellos que les prestan asistencia.

El ejercicio normal de la administración o del servicio público requiere que los miembros del aparato estatal actúen con plena libertad y sin riesgo de sufrir atentados contra su salud. Las lesiones leves no son tenidas en cuenta para configurar la agravante. Se requiere la producción de lesiones graves como resultado del actuar violento del agente.

Las lesiones graves siempre han debido y han podido ser previstas por el sujeto activo. Nos encontramos frente a casos en que la violencia física (*vis absoluta*) ha llegado a extremos. En donde el agresor a “puesto manos sobre el funcionario”. Aunque no se descarta la comisión de la agravante mediante amenazas o intimidaciones –que pueden causar lesiones psíquicas graves-, su prueba presenta dificultades muy difíciles de superar.

6.- La pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de quince años cuando:

6.1.- El agraviado muere y el agente pudo prever este resultado

Esta hipótesis agravada se basa en el modo en que se realiza el delito: causando la muerte del *intrañei*. La intensidad del menoscabo al bien jurídico se incrementa porque el sujeto activo no sólo no respeta la libertad de los funcionarios o servidores públicos, sino que, pudiendo prever la muerte de éstos, exacerba la violencia hasta el punto de ocasionarla. No cabe duda que la eficacia en el ejercicio del cargo público requiere que se acuda al derecho penal para garantizar no sólo la libertad de los *intrañei*, sino también su integridad física y su vida. Estos últimos bienes jurídicos son presupuestos indispensables para la existencia de los demás sistemas sociales. Sobre todo para los sistemas institucionales como la administración pública, que sirven para otorgar las condiciones necesarias para la convivencia social.

La mayor antijuridicidad de la acción reside en el ataque indirecto a un bien jurídico tan relevante como es la vida. Este supuesto constituye lo que en doctrina se llama el delito ultra o preterintencional. La muerte del funcionario o servidor público si bien no ha sido el cometido principal del agente, al menos pudo ser prevista. Por tal motivo, mantiene un grado de responsabilidad por el resultado ocasionado.

7.- Legislación comparada

Argentina

El artículo 238° del Código penal argentino establece como circunstancias agravantes específicas del delito de atentado a la autoridad las siguientes:

- “1.- Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2.- Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3.- Si el culpable fuere funcionario público;
- 4.- Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

La pena en estos casos es prisión de seis meses a dos años”.