

EL DELITO DE AGRAVIO A LA AUTORIDAD POLICIAL: UNA SOLUCIÓN REGRESIVA

THE CRIME OF OFFENSE TO THE POLICE AUTHORITY: A REGRESSIVE SOLUTION

Gonzalo D. Fernández¹

D) Antecedentes

El Uruguay vive acusadamente, en el último tiempo, una verdadera escalada represiva. Esto implica no sólo la permanente creación legislativa de nuevas figuras delictivas sino, a la vez, la frecuente severización de las penas conminadas para delitos ya existentes y, en algún caso inclusive, la prohibición de conceder la libertad anticipada al reo, lo cual supone que el condenado debe cumplir la totalidad de la pena que le ha sido impuesta por sentencia de condena.

La “*huida a lo penal*” se ha convertido en un recurso asiduo para la pretendida solución de conflictos sociales, sin perjuicio de reconocer que en algún caso se trata de la producción de legislación puramente simbólica, destinada luego a vegetar en el arcón del olvido, lo cual corrobora su inutilidad práctica.

No obstante, sobre todo la Parte Especial del Código Penal se ha visto vulnerada una y otra vez por modificaciones legales inusitadas o caprichosas y, por cierto, la legislación penal extra-código se incrementa cada vez más, poniendo de resalto que es tarea urgente ir hacia la “*recodificación*” penal, como lo ha destacado la mejor doctrina.² En buena medida, el ordenamiento penal ha perdido la brújula: ha extraviado el sistema y así, las reglas de dosimetría punitiva entre las distintas especies delictuales han ultrapasado con holgura las cotas de mediana y admisible congruencia.

A su vez, la implementación de un nuevo Código del Proceso Penal, apegado al modelo acusatorio y en vigencia desde el 1º de noviembre de 2017, ha determinado un

¹ Profesor Emérito de Derecho Penal. Universidad de la República. Montevideo.

² DANIEL R. PASTOR, Recodificación penal y principio de reserva de código, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 146.

auge inaudito de procesos negociados (*plea bargaining*), que avanzan a marcha triunfal³ dentro de nuestro derecho. En efecto, a través del instituto del proceso abreviado se acuerda *ab initio* la sanción punitiva a recaer y el tribunal judicial -salvo que mediere un supuesto flagrante de ilegalidad (error manifiesto)-, queda limitado simplemente a homologar la condena negociada *ex ante* entre el Ministerio Público y la Defensa.

Así ocurre aproximadamente en el 97% de los casos, de suerte que el juicio penal propiamente dicho -vale decir, el juicio oral, contradictorio y adversarial- se ha ido transformando, lentamente, en una *rara avis* dentro del ámbito forense.

Por otra parte, y como todo lo hacía prever, el hipotético rédito de la “*transparencia*” y control popular del sistema de justicia mediante la implantación del nuevo modelo de enjuiciamiento es nulo, porque las salas de audiencia permanecen vacías, sin despertar interés alguno en la comunidad. Ergo, la posible publicidad del proceso como mecanismo de contralor público del regular funcionamiento de la Administración de Justicia ha quedado reducida al nivel de un puro espejismo, sin visos de realidad.

Todo ello -los nuevos delitos, el incremento de las penas y la virtual declinación de la prisión preventiva-, importa una más larga estadía dentro de la cárcel de las personas privadas de libertad; sólo que ahora ya no a título de medida cautelar (prisión preventiva), sino a consecuencia de sentencias de condena pasadas en autoridad de cosa juzgada, que ponen fin al proceso negociado y abreviado que termina de referirse, cuyo “*quantum*” punitivo es, naturalmente, intangible.

El preso sin condena, el encarcelado preventivo bajo prisión provisional, es sin duda un estigma⁴. Pero en términos comparativos, bajo el antiguo sistema de enjuiciamiento penal y por la solución del instituto de la excarcelación provisional -sólo utilizable durante el decurso del proceso y antes de recaída la sentencia ejecutoriada-, lo cierto es que se tenía un antídoto relativo para el encierro carcelario, porque en los hechos el encausado siempre pasaba menos tiempo bajo privación de libertad

³ BERND SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, en SCHÜNEMANN, Obras, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires- Santa Fe, 2009, tomo II, p. 402.

⁴ ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Los principios generales del proceso penal*, 2ª edic., Temis, Bogotá, 2015, ps. 88-89.

ambulatoria, que el que insume la duración efectiva de la pena resultante de la condena ejecutoriada.

Por supuesto, el producto final de este cóctel explosivo de medidas penales redundante en la tremenda superpoblación penitenciaria, la cual -obligadamente- tenía que implosionar. Así, en poco tiempo, el país ha acumulado la cifra record de casi 13.000 presos, inaudita e inédita en toda nuestra historia penal. *Prima facie*, la cifra fría no parece causar escozor, más si se toma en cuenta el nivel poblacional del país y sobre todo su trayectoria histórica en materia de encarcelamiento institucional, aquella se torna verdaderamente alarmante.

En resumidas cuentas, el Uruguay tiene hoy la tasa más alta de prisonización de América Latina y ocupa el puesto 18 en el ranking mundial, con la vergonzante cifra de 370 presos por cada 100.000 habitantes.

Este panorama, muy someramente expuesto, denuncia a las claras la ausencia de una política criminal orgánica y coherente, la cual exige -ineluctablemente- ajustarse al principio de razonabilidad.⁵ Porque la política criminal, guía directriz y columna vertebral de todo el sistema penal, no puede construirse en base a improvisaciones, remiendos normativos coyunturales o innovaciones constantes, a veces meramente destinadas a colmar algún brote de alarma pública. Por otra parte, como se ha dicho tantas veces, la política criminal no es sino la punta del iceberg de las políticas sociales, sus indispensables compañeras de ruta. Y la resocialización penitenciaria, en el fondo, no pasa de ser un discurso de legitimación de la pena, pues la versión edulcorada de la prevención especial no logra ocultar, por más que lo intente, que el auténtico fundamento de la pena, tal cual lo planteaba el inolvidable JUAN BUSTOS, es en verdad la “*autoconstatación*” del Estado.⁶

En definitiva, además, a la luz de las nuevas figuras delictivas legisladas, es dable advertir la nula eficacia de la función político-criminal del bien jurídico en la fase legislativa⁷, pues a pesar de que la teoría del bien jurídico se ha consolidado dentro de la

⁵ JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 20 y ss.

⁶ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edic., Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1994, p. 86.

⁷ GONZALO D. FERNANDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, ps. 7-8.

dogmática penal como idea axial⁸, es evidente que ésta naufraga en el oleaje tormentoso de la realidad cotidiana, donde el legislador no le reconoce mayor incidencia y, bien por el contrario, lo arrincona a una mera y degradada función ornamental.

Para colmo de males, también se ha visto cómo ante la sanción de algún nuevo delito y por desquiciado que éste parezca, cierto sector doctrinal corre sin embargo presto a buscarle algún bien jurídico, susceptible de legitimar la criminalización. Esa actitud traiciona la regla de oro de la dogmática penal, cuya misión *princeps* es justamente la reducción del poder punitivo del Estado.

II) La ofensa al funcionario público

En el añejo Código Penal de 1934, cuyo modelo inspirador lo fuera el “*Codice Rocco*” italiano de 1931, el Estado y la Administración Pública fueron valores y entidades a los cuales hubo de deferírseles una tutela penal privilegiada, conforme al modelo autoritario que inequívocamente inspiraba a aquel cuerpo codificado de normas.

Por tanto, el art. 173 de nuestro Código Penal consagró al delito de desacato, que reconoce dos modalidades típicas alternativas: el llamado “*desacato por ofensa*”, que se comete por ofensas reales contra el funcionario público, ya fuere en su presencia o en el lugar donde éste ejerce sus funciones, y el denominado “*desacato por desobediencia*”, el cual se ejecuta mediante la desobediencia abierta al mandato legítimo de un funcionario público.⁹

La radiografía de la disposición revela pues que, en una misma norma, se protege por una parte el honor del funcionario público, y por la otra su autoridad, en tanto ambos aspectos se consideran esenciales para compaginar la adecuada tutela del ente Administración Pública, según lo entendiera el codificador.¹⁰ En menos palabras, detrás del funcionario público, la “*dignidad*” de la Administración Pública es el bien-interés contemplado como objeto prevalente de protección penal.

⁸ Ver por todos CLAUS ROXIN, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, en ROLAND HEFENDEHL (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, ps. 443-458.

⁹ NINO LEVI, *Delitti contro la publica Amministrazione*, en A.A.V.V., *Trattato di Diritto Penale*, Vallardi, Milano, 1935, p. 420.

¹⁰ FERNANDO BAYARDO BENGÓA, *Derecho Penal Uruguayo*, 2ª edic., Montevideo, 1971, tomo IV, ps. 289 y 297.

De por sí, no obstante, siempre devino harto discutible que una ofensa al honor de un funcionario público tuviera relevancia suficiente como para ameritar la condigna sanción penal, configurando además y por si fuera poco, un ilícito perseguible de oficio, a diferencia de cuanto ocurre con las ofensas proferidas contra cualquier particular, donde por lo menos resulta indispensable la previa formulación de instancia de parte del ofendido; condición de procedibilidad que deja pues librado al agraviado el ejercicio (o no) de la acción penal.

Desde otra perspectiva, de suyo que esa confusión entre la honra personal o individual del funcionario y la dignidad ínsita en la Administración Pública -que confunde al agente con el ente-, siempre fue un asunto cuestionable y no exento de críticas, lo que ponía en tela de juicio la propia subsistencia del desacato por ofensa como delito; esto es, el mérito y la propia lesividad de la figura penal de mención. En efecto, el test de ofensividad de la conducta y la relevancia del bien jurídico protegido -que debe ser un bien jurídico no tutelable mediante alternativas extrapenales de protección estatal-, es lo único susceptible de justificar o legitimar la tipificación de un delito.¹¹

III) El desacato por ofensa a la Policía

El cambio político ocurrido en el país a raíz de las últimas elecciones determinó que el nuevo gobierno promoviera una ley de urgente consideración -se la llama así porque tiene plazos acotados de aprobación parlamentaria-, comprensiva de más de 500 artículos, que entre otras múltiples modificaciones e innovaciones introducidas en los más diversos ámbitos de actividad, se ocupa también de la materia penal.

En tal sentido, el art. 11 de dicha Ley N° 19.889 de 9 de julio de 2020 viene a insertar una nueva disposición en el texto orgánico del Código Penal -la enésima agresión al sistema de la Parte Especial-, individualizada como art. 173bis y denominada “*Agravio a la autoridad policial*”.

La norma de referencia revitaliza por cierto y con todo énfasis al desacato por ofensa, sólo que ahora concentrado exclusivamente en la figura del funcionario policial y entremezclado, asimismo, con modalidades de acción ajenas al ámbito estricto del desacato punible y bien propias del delito de atentado. En definitiva, la norma de marras

¹¹ ANTONIO PAGLIARO, Principi di Diritto Penale. Parte Generale, 7ª edic., Giuffré Editore, Milano, 2000, p. 224.

traduce una amplificación de la punibilidad, que sobrepuja el espacio acotado de aplicación de la norma general en vigor sobre el desacato contra cualquier otro funcionario público.

El nuevo texto legal reza:

“El que obstaculice, menosprecie, agravie, atente, arroje objetos, amenace, menoscabe, insulte o afrente, por palabras, escritos o hechos, a un funcionario policial en ejercicio de sus funciones o con motivo de éstas, será castigado con una pena de 3 a 12 meses de prisión.

No será castigada la manifestación de mera discrepancia, emitida en respeto a las normas legales y reglamentarias.

Son circunstancias agravantes para este delito y ameritan la imposición de un guarismo punitivo superior al cincuenta por ciento de la pena:

- 1- *Que la conducta descrita se ejercite por tres o más personas.*
- 2- *Que la conducta descrita se ejecute contra un número plural de funcionarios.*
- 3- *La elevación jerárquica del funcionario ofendido.*
- 4- *En las inmediaciones de la sede donde el funcionario presta servicio habitualmente o del domicilio del mismo.*

Es circunstancia atenuante, la retractación del ofensor, aceptada por el funcionario en cuestión, manifestada y asentada en audiencia”.

Detrás de la génesis de la norma penal en cuestión está el *lobby* de la agencia y del sindicato policial, pues no existen suficientes elementos fácticos o sucesos precedentes, de dimensión bastante como para justificar esta modalidad exacerbada de defensa o tutela penal del funcionario policial.

En menos palabras, no hay explicación razonable para la creación de este nuevo e innecesario delito, como no sea dotar a las fuerzas o efectivos policiales de una tutela punitiva que no necesitan para el ejercicio de su función, aunque la misma tiende, por cierto, a robustecer su autoridad. La sanción de esta figura delictiva significa, en el fondo, un “*gesto*” gracioso dispensado a la fuerza policial, cuyo sentido no termina de

comprenderse. Porque sí el propósito era severizar la ofensa a la policía, frente a aquella otra ofensa homóloga comisible ante todo el resto de los funcionarios públicos (no policiales), no se entiende que el guarismo máximo legal abstracto de la pena conminada -12 meses- sea de grado inferior a la pena correspondiente al delito de desacato, cuya sanción mayor alcanza a los 18 meses de prisión.

IV) Análisis del tipo legal

Desde el punto de vista social, quiérase o no, entre policía y sociedad civil ha existido siempre -y en todas partes- un ámbito de tensión y rispidez, por cuanto aquella es la fuerza encargada de reprimir las grandes manifestaciones o demostraciones colectivas, a través de las cuales se canaliza y expresa la protesta social. Acaso por esa sola e indisputable razón, la novedosa norma penal aprobada ya preanuncia, desde la portada, su inconveniencia política.

Ahora bien, fuera de la crítica político-criminal que esta solución hartamente regresiva amerita, el análisis dogmático del nuevo tipo legal fortalece por un lado las objeciones jurídicas contra la reciente incriminación y pone de resalto la pésima técnica legislativa empleada en la construcción de la novel figura penal.

A) El concurso aparente de normas

El desacato por ofensa tipificado en el art. 173 del Código Penal incluye a todo funcionario público, cualquiera fuera su naturaleza y tarea. Por supuesto, abarca e incluye dentro de su ámbito también al funcionario policial. De tal modo, ya desde el frontispicio de la norma sancionada luce la advertencia irrecusable de que se está criminalizando algo que ya se encontraba satisfactoriamente tipificado como ilícito penal.

Por consiguiente, *prima facie* la nueva norma penal evoca un concurso aparente de tipos, que debe resolverse principalmente en aplicación del principio de especialidad.¹²

De tal modo, si la ofensa se dirigiera contra cualquier otro funcionario público, el intérprete debe hacer prevalecer la figura corriente del desacato por ofensa consagrada en el art. 173 C.P. En cambio, cuando se tratare el damnificado de un funcionario policial,

¹² Vid. LUIS E. ROMERO SOTO, Concurso aparente de leyes. Hechos co -penados, Temis, Bogotá, 1993, p. 24; CARLOS S. CARAMUTI, Concurso de delitos, 2ª edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 207.

por razón de *specificidad* está llamada a imperar esta disposición del art. 173 ter C.P., por la calificación personal que el tipo le atribuye al sujeto pasivo del reato.

Sólo que la calificación del sujeto pasivo del delito (v.gr.: “*funcionario policial*”) no despeja por completo la sombra del concurso aparente de normas -como se verá más adelante-, porque el nuevo texto incorpora otras modalidades de actuación que exceden o rebasan a la mera ofensa punible, evadiéndose del radio de acción del desacato e incursionando así en la égida de otras figuras delictivas ajenas al mismo, como lo es el caso del delito de atentado, caracterizado tan luego por el ejercicio de violencia o amenaza contra el funcionario público.

B) Las modalidades típicas

El principio de legalidad -la *lege stricta*- se concretiza a nivel legislativo en el *mandato de determinación*.¹³ Ello le impone al legislador el deber de describir con la mayor precisión semántica la materia prohibida, recortando con toda prolijidad descriptiva el contenido de la conducta punible, porque más allá impera el principio de libertad general de acción.

Dicho de otro modo, el principio de legalidad -principio político de resguardo de la seguridad jurídica- se expresa a nivel dogmático en la exigente regla de tipicidad, conforme a la cual el legislador está obligado a determinar la conducta reprimible con la mayor justeza y claridad lingüística (*mandato de determinación*).¹⁴ De ello depende, a decir verdad, la inteligibilidad de la norma legal y la posibilidad de motivación eficaz de aquella en el diseño de los destinatarios.¹⁵

Pues bien, en el ámbito del derecho internacional se ha hecho costumbre -a vía de ejemplo, el fenómeno se constata en materia de drogas o de lavado de activos-, que las convenciones multilaterales empleen la deficiente técnica de acumulación de verbos en la descripción de los comportamientos penalizados, que luego se trasladan en versión intacta al ordenamiento positivo al aprobarse e internalizarse la convención internacional, convirtiéndola en derecho positivo local.

¹³ IRENE NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010, p. 61.

¹⁴ MARIO O. FOLCHI, *La importancia de la tipicidad en derecho penal*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1960, p. 149.

¹⁵ GONZALO D. FERNÁNDEZ, *La teoría de las normas en el derecho penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, p. 179.

Esa deficiente técnica (de adición reiterativa de verbos nucleares para la construcción del tipo) se transparenta en la norma que nos ocupa, donde el legislador ha utilizado la friolera de nueve verbos nucleares para circunscribir la conducta punible.

Entre ellos impera en algún caso la sinonimia, lo cual torna harto difícil captar el significado diferencial desde el punto de vista de la interpretación *ad literam*, pues -como lo enseña ROXIN-, el significado de la prohibición penal debe ajustarse al máximo sentido literal posible de la ley.¹⁶

Pero entre las conductas de “agraviar”, “insultar” o “afrentar”, la distinción resulta harto dificultosa por cuanto las tres modalidades -dables de cometerse todas por “palabras, escritos o hechos”-, nos remiten ineluctablemente al significado propio de una ofensa, la cual debe resultar lesiva del *honor objetivo* del funcionario, que es el único eventualmente merecedor de protección penal.¹⁷ Aquí corresponde implantar una valla interpretativa con total firmeza: el simple *honor subjetivo*, que depende en demasía de la susceptibilidad personal de quien se siente agraviado, de la opinión que éste tenga de sí mismo, no tiene cabida como objeto de tutela.

Sobre todo en el marco de las expresiones verbales -porque en este ámbito se trata de un claro delito de expresión-¹⁸, el significado semántico y la intencionalidad de los vocablos proferidos puede tener un sentido ambiguo, coloquial o jocoso, bien distinto al sentido ortodoxo del término verbal empleado.

Fuera de la expresión oral o escrita, el tipo reprime también las ofensas reales, las cuales se materializan en hechos, gestos o actitudes con potencialidad ofensiva “*per se stante*”, sin manifestación verbal.

También es difícil, si no imposible, la intelección de las modalidades típicas de “*menosprecio*” o “*menoscabo*”, que en teoría deberían realizarse sin transitar por el agravio, el insulto o la afrenta, porque resultan otras tantas modalidades alternativas del tipo. Además, en puridad el menosprecio o menoscabo serían subsecuentes o

¹⁶ CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1997, tomo I, p. 150. Asimismo, GUSTAVO A. AROCENA, Interpretación gramatical de la ley penal, Advocatus, Córdoba (R.A.), 2003, p. 87.

¹⁷ SALVATORE MESSINA, Teoria generale dei delitti contro l'onore, Librería Richerche Editrice, Roma, 1953, p. 72.

¹⁸ EDUARD KERN, Delitos de expresión, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 19. También MIGUEL POLAINO NAVARRETE – MIGUEL POLAINO ORTS, Cometer delitos con palabras, Dykinson, Madrid, 2004, p. 61.

consecuenciales al insulto o agravio precedentes, porque más que una conducta, definen un resultado causal del previo comportamiento ofensivo del agente.

Asimismo, tanto las ofensas propiamente dichas como el menosprecio o menoscabo típicos, lesivos de la autoridad del funcionario policial, para que sean tales requieren de la necesaria publicidad de la conducta respectiva, del indispensable *strepitus fori* que la acción típica desencadena, al ser percibida por terceros.

Si el hecho es sólo unidireccional y privado, reservado al ámbito íntimo del posible ofensor y de la víctima, no parece admisible que esa conducta trascienda a otros y pueda realmente afectar al bien jurídico protegido por la norma: supuestamente, la dignidad y autoridad del ofendido en su condición funcional.

Empero, el legislador ha olvidado requerir ese extremo, limitándose sólo a reclamar que el hecho ocurra "*ratione functionem*", con lo cual mal puede advertirse cómo una conducta privada, de interacción sólo entre el sujeto activo y el funcionario policial, aunque responda a una razón funcional, podría llegar a tamaño resultado, al no ser advertida por terceros. En todos los delitos contra el honor es imprescindible la publicidad del hecho; requisito que esta norma sin embargo no reclama y que permitiría, erróneamente interpretada, la configuración del ilícito aunque solo fuere el policía agraviado, insultado, afrentado, menospreciado o menoscabado, el único receptor que percibe la ofensa. Por consiguiente, interpretado el tipo desde la perspectiva del bien jurídico -que es un elemento metatípico rector-, no cabe sino concluir que la trascendencia pública del hecho es la *conditio sine qua non* para franquear la punibilidad.

Para colmo de males, dentro de las modalidades del tipo se incluye la amenaza, que ya existe como delito autónomo en el art. 290 C.P., sólo que allí se castiga apenas con una pena pecuniaria (multa). Por ende, aquí sí media una clara diferencia penológica, en el sentido de que cuando la amenaza se profiere contra un funcionario policial, el hecho ya conlleva una pena privativa de libertad como sanción. La diversidad de la sanción prevista es bien indicativa del nivel de superior gravedad que el legislador ha querido concederle a este reato.

La norma se emparenta por consiguiente con el delito de Amenaza a un funcionario público, castigado por el art. 316 del Código Penal de Costa Rica.

No obstante, el tipo criminaliza también conductas que no son de mero orden verbal -no permiten ser categorizadas como delitos de expresión-, pues la disposición del art. 173 ter C.P. reprime a quien “*obstaculice*” el ejercicio de las funciones del policía, lo cual forzosamente debe entenderse como comprensivo de una ejecución material -un comportamiento que va más allá de las palabras-, a través de la cual se interpongan obstáculos o vallas al ejercicio efectivo de la función policíaca.

En ese sentido, la obstaculización de funciones puede conectarse también con el delito de resistencia previsto por el art. 312 del Código Penal de Costa Rica, sólo que allí el tipo reclama expresamente el empleo de intimidación o violencia contra el funcionario público, que hacen las veces de referencia modal de ejecución del tipo.

Una modalidad de ese tenor, prevista como otra modalidad típica alternativa, es la de “*arrojar objetos*” contra el policía. La mención es redundante, no se justifica la tipificación como modo de ejecución autónoma y parece haber sido hecha a modo ejemplificativo -técnicamente equivocado-, pues arrojar objetos contra un policía durante el ejercicio de sus funciones es una forma obvia de obstaculizar el desarrollo de las mismas, de por sí abarcada dentro de la hipótesis típica anterior.

Por añadidura, el concurso aparente de normas vuelve a reaparecer, tanto en esta modalidad cuanto en la forma típica de “*atentar*” contra el funcionario policial, puesto que el atentado -definido como el uso de violencia o amenaza contra un servidor público- ya está previsto como delito autónomo en el art. 171 C.P., al igual de cuanto ocurre en el art. 311 del Código Penal costarricense.

Queda así demostrado, en suma, que esta novel figura del art. 173 ter C.P. no viene sino a duplicar algo que ya se encontraba penalizado con anterioridad por el ordenamiento positivo. La única especialidad estriba entonces en la calificante personal del damnificado -el funcionario policial-, a quien el legislador ha querido dotar de un estatuto protector propio, si bien innecesario, diferenciado del común de los servidores públicos. Por el contrario, el art. 312 inciso final del Código Penal de Costa Rica castiga el empleo de fuerza “*contra los equipamientos policiales utilizados por la autoridad policial para realizar su labor*”, pero no contra la persona misma de los agentes policiales.

De suyo, el *nomen iuris* del delito es errático, puesto que no sólo criminaliza agravios, sino también amenazas, obstaculización de funciones *-in genere-* y hasta atentados contra los agentes policiales. Y la única vía para dirimir el concurso aparente de leyes, que irrumpe *ipso facto*, es descartar la concurrencia de los delitos de amenazas (art. 290 C.P.) y de atentado (art. 171 C.P.), en mérito a la especialidad que denota el tipo en orden al sujeto pasivo de la conducta: el funcionario policial. Entonces, cuando la amenaza o el atentado se perpetran contra un policía, quedan íntegramente atrapados por la figura del art. 173 ter C.P. y descartan la aplicabilidad de las normas corrientes precitadas.

C) El supuesto de atipicidad

Amplificando la previsión consignada por el art. 173 C.P. para el delito de desacato corriente -la cual ya excriminaba la manifestación de la discrepancia con el mandato de la autoridad-, la nueva norma penal establece que *“no será castigada la manifestación de mera discrepancia, emitida en respeto a las normas legales y reglamentarias”*.

La fórmula empleada –*“no será castigada”*- también es equívoca, por cuanto repite los términos que se emplean para consagrar las excusas absolutorias instituidas en nuestro derecho como causas de impunidad de hechos típicos y antijurídicos, que sin embargo no se castigan por razones de orden político-criminal.

La mera discrepancia, respetuosa de las normas legales y reglamentarias, obviamente que no es una dispensa excepcional de pena fundada en razones políticas, ni constituye ninguna excusa absolutoria, sino lisa y llanamente un supuesto de atipicidad penal, en tanto ella no resulta subsumible bajo la égida de la figura delictiva examinada, en ninguna de sus modalidades de ejecución alternativas. Por ende, la salvedad legal resulta absolutamente redundante.

D) Las agravantes especiales

El art. 173 ter C.P. consagra ahora en el inciso 3º agravantes especiales, para cuyos supuestos tablifca que la condena a recaer debe ascender, preceptivamente, a un guarismo punitivo mínimo que sea superior al 50% de la pena. Vale decir, la norma mandata que en tales casos la sanción se individualice en un guarismo superior a los 6

meses de privación de libertad. Llama la atención, de entrada, el empleo de un porcentaje de pena por el texto legal, técnica que el Código Penal no recoge en todo su articulado, pues alude inexorablemente a fracciones de pena (no a porcentajes) y, en el caso concreto de este incremento cuantitativo, refiere a “*la mitad*” de la pena.

La primera agravante especial es de orden numérico o cuantitativo y se configura cuando el hecho punible se ejecute por tres o más personas; fórmula que repite la agravante del delito de atentado prevista en el art. 172 num. 1° C.P., que no es aplicable al desacato corriente. Se aparta sólo en el *quantum* numérico de los autores, porque la fórmula agravada del art. 172 num. 1° C.P., vigente en materia del atentado punible, reclama más de tres personas, pero menos de quince, en tanto que este art. 173bis.C.P. prevé tan solo el caso de “*tres o más personas*”.

El art. 172 num. 2° C.P. -aplicable al desacato por expresa remisión del art. 174 C.P.-, a su vez, agravaba el delito cuando se ejecutare contra “*más de dos funcionarios*”, mientras que el actual art. 173 ter C.P. opta, con una mínima diferencia de matiz, por aludir simplemente a “*un número plural*” de policías.

Por su parte, el art. 173 ter num. 3° C.P. agrava especialmente el hecho en función de la elevación jerárquica del funcionario ofendido, repitiendo a la letra lo dispuesto por el art. 172 num. 5 C.P. en el caso del atentado, que ya era aplicable al desacato corriente del art. 173 C.P., por mandato de lo ordenado en el art. 174 C.P.

Por último, la nueva ley innova con la agravante del art. 173bis num. 4° C.P., porque agrava el delito en base a un factor territorial, cuando éste se comete “*en las inmediaciones de la sede donde el funcionario presta servicio habitualmente*”, o bien si el reato se ejecuta en las inmediaciones “*del domicilio del mismo*”. Ni que decirlo, ese concepto de “*inmediaciones*” es indeterminado y puede suscitar dudas interpretativas.

Simultáneamente, en sede de alteratorias, el inciso final del art. 173 ter C.P. consagra una única circunstancia atenuante, bien propia y extendida en materia de los delitos contra el honor, consistente en “*la retractación del ofensor, aceptada por el funcionario en cuestión, manifestada y aceptada en audiencia*”.

Es manifiesto que la retractación puede funcionar, a lo más, en los supuestos de los ilícitos de expresión compendiados en el tipo; a saber: en los casos de menosprecio, agravio, menoscabo, insulto o afrenta contra el damnificado.

En cambio, no tendría ninguna virtualidad en las modalidades de obstaculización, atentado, arrojamiento de objetos o amenazas realizadas contra el funcionario policial, puesto que no son en sí mismos comportamientos retractables.

V) Valoración crítica

Deliberadamente hemos escogido el análisis de este novedoso tipo delictivo de la Parte Especial, que no tiene igual correlato en el ordenamiento positivo costarricense -país de origen del distinguido colega homenajead-, para contribuir a este libro colectivo. Ello no es caprichoso, sino que obedece a varias razones.

En primer lugar, naturalmente, porque se trata de una *lex nova*, aprobada en el curso del corriente año 2020, harto heterodoxa, que introduce una radical modificación al régimen jurídico de la policía, dotándola de elementos legislativo-penales especiales de protección que estimamos inauditos.

No puede olvidarse, además, que la misma Ley de Urgente Consideración (Ley N° 19.889) tipifica también en su art. 4 como delito a “*la resistencia al arresto*”, tanto si se ejerciera violencia al efecto, cuanto si la persona simplemente huye del lugar para impedir la aprehensión. Lo incluye como un ilícito, integrándolo al art. 173 bis C.P.

Aquí también puede plantearse otro arduo problema concursal (concurso aparente de tipos), por cuanto la norma castiga la conducta del tercero tendiente a impedir la detención, que opusiere resistencia física, obstruyendo la acción de la autoridad, o facilitare la fuga de la persona destinada a ser arrestada.

Es evidentísimo que todo ello son acciones de “*obstaculización*” del ejercicio de la función policial, que sin embargo se autonomizan como delito independiente, porque la pena legal se eleva en tal caso a los 6 meses de prisión hasta los 3 años de penitenciaría.

Y si en el ejercicio de la resistencia al arresto se agrediera o atentara contra la autoridad pública, la pena se incrementa desde 6 meses de prisión hasta los 4 años de penitenciaría, pese a que el empleo de violencia contra cualquier otro funcionario público

está previsto como hecho punible en el delito de atentado consagrado por el art. 171 C.P. donde se lo sanciona con pena de 3 meses de prisión a 3 años de penitenciaría.

Obviamente, para dirimir el concurso aparente de leyes no queda otra salida que interpretar que la manida “*obstaculización*” de funciones policiales debe ser algo distinto a la resistencia o colaboración de la resistencia al arresto de una persona, o la contribución a la fuga de esta, porque esos comportamientos tipifican una modalidad autónoma.

En cualquier caso, oponer resistencia física para impedir la aprehensión de un tercero implicaría, en principio, un ejercicio cuando menos mínimo de violencia. Por lo tanto, es harto difícil distinguir esa forma simple de resistencia al arresto, con la forma delictual calificada del mismo comportamiento, que implica una agresión o atentado contra la autoridad pública y tiene, en tal caso, una penalidad agravada.

Para ser francos ello deviene dogmáticamente imposible, porque la oposición de resistencia física al arresto, hecha tanto por el propio sujeto destinado a ser arrestado como por un tercero, supone en sí misma una cierta entidad agresiva y difícilmente pueda ser interpretada como mero acto de desobediencia pasiva.

Desde luego, criminalizar la huida del lugar de la persona llamada a ser arrestada, que intenta de esa manera fugarse y evitar su aprehensión, conforma un rotundo desacierto, pues siempre se ha privilegiado ese impulso natural del hombre a la libertad, como un acto eximido de reprensión penal. No es casual, por ejemplo, que el delito de desobediencia tipificado por el art. 314 del Código Penal de Costa Rica excluya la tipicidad “*si se trata de la propia detención*”.

El segundo motivo que inspira la selección del tema se funda en que nos hallamos ante un ejemplo emblemático de pésima técnica legislativa, que no sólo genera los problemas concursales ya referidos por doquier, sino que asimismo autonomiza artificialmente conductas ya tipificadas penalmente con anterioridad, siguiendo la línea inequívoca de la inflación penal¹⁹ y, por su origen, revela ser una solución legislativa

¹⁹ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales, Civitas, Madrid, 1999, p. 18.

dictada al diapasón de la perenne emergencia, como lo sostuvo MOCCIA en su momento para determinadas soluciones implementadas en la legislación penal italiana.²⁰

En tercer lugar, creemos que esta solución penal de privilegiar la defensa del policía hasta límites inconcebibles, aún cuando parezca autóctona u original de nuestro país, viene coonestada desde antiguo por la manida ideología de la seguridad²¹ y apunta o contribuye a construir un modelo *securitizado* de derecho penal²², de abierta contravención al Estado constitucional de Derecho, al cual FERRAJOLI ha caracterizado con acierto como “*el populismo en la sociedad del miedo*”.²³

Por cierto, sería ingenuo pensar que una norma de esta índole está sólo destinada a reprimir conductas individuales. Antes bien, su objetivo último parecen serlo las protestas o demostraciones colectivas, como las hay con frecuencia en nuestro continente, y en tal caso, el instrumento penal implementado constituye a todas luces un modelo de criminalización de la protesta social.

BUSTOS argumentaba, con fina inteligencia, que una democratización del Estado necesariamente tiene que llevar a la consideración del policía como un ciudadano más.²⁴ Sin embargo, leyes de este tenor no hacen sino profundizar la grieta entre policía y comunidad -que son ámbitos de permanente tensión- e instaurar la lógica del enemigo en la sociedad civil, “*guetizando*” cada vez más a la policía como una franja de población vulnerable dotada por ello de una tutela penal especial, lo que desmerece a todas luces el nivel democrático del sistema penal y de su aparato de poder.

En consecuencia, creemos que vale la pena formular una alerta.

²⁰ SERGIO MOCCIA, *La perenne emergencia. Tendencias autoritarias en el sistema penal*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, ps. 9-10.

²¹ DAVID GARLAND, *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005, ps. 54-55.

²² PETER ALEXIS ALBRECHT, *Securitized Societies*, Berliner Wissenschafts -Verlag, Berlin, 2011, ps. 22 y ss.

²³ E. RAÚL ZAFFARONI- LUIGI FERRAJOLI-SERGIO G. TORRES-RICARDO A. BASILICO, *La emergencia del miedo*, EDIAR, Buenos Aires, 2013, p. 57.

²⁴ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, Promociones Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1987, p. 481.