

La Ley N° 30151 no es una “carta blanca” para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Felipe Villavicencio Terreros¹

Juan Elías Carrión Díaz²

I. Antecedentes

La modificación introducida por la Ley N° 30151, del 13 de enero del presente año, relativa al uso de armas por parte de miembros de las fuerzas armadas y policiales en el Perú, ya no resulta ser un tema novedoso en nuestra legislación. Esta es la segunda modificación en la redacción del artículo 20° del Código Penal, desde que entró en vigencia en 1991³. No es la primera vez que el legislador nacional busca establecer una figura expresa de ausencia de responsabilidad penal por el uso de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

En lo que respecta a la Ley N° 30151⁴, la reforma penal que se introduce modifica la redacción del inciso 11° del mencionado artículo 20° del Código penal. De esta nueva redacción normativa se observan algunas variantes. Así, la modificación que se ha hecho suprime la referencia al término «en forma reglamentaria», esto es, el uso de armas en forma reglamentaria (texto original), agregando «u otro medio de defensa». Entonces, quedan algunas cuestiones para analizar, en primer lugar, la regulación del uso de la fuerza en normas internacionales y su adaptación en el ordenamiento jurídico interno, para luego, en segundo lugar, desarrollando los alcances de la presente modificación –como la supresión de la referencia al uso de armas en forma reglamentaria y la incorporación de otros medios de defensa posibles para el caso de un miembro de las fuerzas armadas o policiales–

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas (Ginebra).

² Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Miembro del Estudio Jurídico Villavicencio, Meza & Rivera Abogados. Ex pasante de investigación penal en la Universidad del Estado de Rio de Janeiro.

³ Su origen legislativo lo encontramos en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982, 22/7/07, donde, mediante Ley N° 29009 se delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de Crimen Organizado.

⁴ Esta Ley se origina con el Proyecto de Ley 196/2011-CR, sobre el cual la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió dictamen. El Proyecto buscaba la eliminación de la frase “en uso de sus armas en forma reglamentaria”, y adicionando la existencia de “*peligro actual y no evitable de otro modo que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad personal o de terceros*”, ello como condicionante para el “uso de la fuerza letal”. Al respecto, más allá de un desarrollo únicamente descriptivo la CJDH recomendó su aprobación.

determinar si al momento de la adopción del Decreto Legislativo N° 982 existía una necesidad social y normativa, y si aquellas se siguen manteniendo en la última modificatoria, por Ley N° 30151.

II. Uso de la fuerza pública y Constitución Política

Cuando se habla de «uso de la fuerza pública»⁵ de las Fuerzas armadas y policiales se hace referencia inmediatamente al uso del poder del Estado, en ciertas ocasiones necesario para el mantenimiento de la seguridad pública, lo que constituye uno de sus principales deberes⁶.

A pesar que el uso de la fuerza pública viene a ser una violencia legitimada, está limitada a las regulaciones propias del Derecho Internacional, así contamos con el «Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley»⁷ y los «Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley»⁸. Estas normas internacionales

⁵ Su complejidad radica porque en la mayoría de casos se presenta contra el derecho a la vida. De ahí la importancia que su aplicación, por parte de las Fuerzas Armadas o policiales, no sean arbitraria, pero sí dentro de los límites que establecen las normas internacionales.

⁶ Artículo 44° de la Constitución Política; siendo objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional: “[E]l artículo 44° de la Constitución establece como deberes primordiales del Estado la defensa de la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, la protección de la población ante amenazas contra su seguridad y la promoción del bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Para el cumplimiento de tales deberes, el Estado se encuentra dotado de poder, el que, por su propia naturaleza, es uno solo, y cuyo ejercicio se manifiesta a través de las distintas actividades que realiza. En un Estado constitucional de derecho, como se precia de serlo el nuestro, la fuente de dicho poder se encuentra en el pueblo que lo legitima, y emana de la Constitución...” (STC, Exp. N° 1363-2002-AA/TC, FJ 1, 2/12/03).

⁷ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, 17/12/1979; en su artículo 2 señala expresamente: “(...) los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”; de su artículo 3 se desprenden varias características, como la “excepcionalidad del uso de la fuerza por los funcionarios”, y en la medida que “razonablemente sea necesario”, “según las circunstancias para la prevención del delito”, “no podrá usarse la fuerza en la medida que exceda estos límites”, rige también el criterio de “proporcionalidad”, “el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, especialmente contra niños” (Cfr. Recopilación de instrumentos internacionales, V. I, Naciones Unidas, 1994, p. 320).

⁸ Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana-Cuba, 1990; esta norma internacional exige a los gobiernos adoptar y aplicar normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Cfr. Disposiciones generales, numeral 1); También se pide a los gobiernos establecer métodos lo más amplio posible y dotar a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego, debiendo figurar: armas incapacitantes no letales, para ser usadas cuando sea apropiado, debiendo estar orientado a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes (Cfr. Disposiciones generales, numeral 2); deberá hacerse una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de las armas no letales incapacitantes, con la finalidad de reducir al mínimo el riesgo de lesiones (Cfr. Disposiciones generales, numeral 3); Los funcionarios, en la medida de lo posible, deberán usar medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego, estos últimos serán utilizados solamente cuando

contienen las exigencias mínimas que tienen los Estados al regular el uso de la fuerza⁹, exigencias plasmadas también a nivel regional a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)¹⁰.

otros medios resulten ineficaces (Cfr. Disposiciones generales, numeral 4); Se establecen reglas estrictas en caso que el uso de armas de fuego sea inevitable: a) ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito, y al objetivo que persiga, b) reducirán al mínimo los daños y lesiones, debiendo respetar y proteger siempre la vida humana, c) actuarán rápidamente para la asistencia y atención médica de las personas heridas o afectadas, d) notificar lo sucedido a los parientes o amigos, en la brevedad posible (Cfr. Disposiciones generales, numeral 5); los funcionarios después de haber hecho uso de la fuerza o arma de fuego que cause lesiones o muertes, deberá ser comunicado a sus superiores (Cfr. Disposiciones generales, numeral 6); de haber excesos en el empleo de la fuerza o arma de fuego los gobiernos deberán adoptar las medidas necesarias (Cfr. Disposiciones generales, numeral 7); “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida” (Disposiciones finales especiales, numeral 9); los funcionarios tienen que identificarse como tales y dar una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego (Cfr. Disposiciones finales especiales, numeral 10); Se indica que las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe contener algunas directrices: a) precisar las circunstancias en que el funcionario estaría autorizado a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego y municiones autorizados, b) exista seguridad que las armas se empleen únicamente en circunstancias necesarias, c) se prohíba el uso de armas de fuego o municiones que causen lesiones no deseados, d) se reglamente el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como también su procedimiento, e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, f) se establezca un sistema de presentación de informes siempre que el funcionario haga empleo de armas de fuego (Cfr. Disposiciones finales especiales, numeral 11); cuando se disperse reuniones ilícitas pero no violentas los funcionarios trataran de evitar el empleo de la fuerza, solo podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos (Cfr. Disposiciones finales especiales, numerales 13-14).

⁹ Vid. Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 27238, artículo 10: “*El personal de la Policía Nacional del Perú en el ejercicio de sus funciones observará y se sujetará a los principios del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*”, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2000-IN, artículo 12, primer párrafo: “*El Personal de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones respetará los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de la persona, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, de conformidad a los principios del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*”; Ley del Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 28857, artículo 66, numeral 7: “*Respetar y poner en práctica los principios contenidos en el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*”; Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, Resolución Ministerial N° 1452-2006-IN, Capítulo II; Normas para el control de las armas, municiones y equipo policial del estado y armas particulares del personal PNP, aprobado con RD-N° 1240-2009-DIRGEN/EMG, 20/10/09; Se tiene también el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, vid. STC, Exp. N° 00002-2008-PI/TC.

¹⁰ “*Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garantizan una existencia digna. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción*” (Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4/7/07, p. 26); En el mismo sentido, vid.,

Tan reiteradas han sido los pronunciamientos de la CIDH, en relación de cómo debe manifestarse el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, que de aquellas se pueden extraer ciertos parámetros:

a. Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad

Si asemejamos este primer criterio¹¹ del uso de la fuerza por parte de los funcionarios de hacer cumplir la ley a los márgenes del derecho penal, estaremos refiriéndonos a la garantía de «ultima ratio», es decir, su aplicación se dará frente al fracaso de otras formas de control menos gravosas. Juega aquí un papel muy importante la exigencia de excepcionalidad, actuando la racionalidad como un límite al uso de la fuerza por parte de los funcionarios. Constituyen así, principios generales que deben orientar el uso de la fuerza.

La excepcionalidad puede ser entendida desde un menor o mayor grado, ello en relación a la gravedad o intensidad del daño que se puede ocasionar a las personas. Entonces, este criterio establece un carácter general o común, y otra excepcional¹², donde se ubica el uso de la fuerza letal y también las armas de fuego, por parte de los agentes encargados de hacer cumplir la ley. De no respetar este criterio se caerá en el uso de fuerza excesiva, desproporcionada¹³, convirtiéndose

también Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 25/11/06, p. 87; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. La República Bolivariana de Venezuela, 5/7/06, pp. 37-38; Caso Servellón García y otros vs. Honduras, 21/9/06, p. 41.

¹¹ “El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control” (Caso Zambrano Vélez y otros, p. 26); De igual modo, vid., Caso Montero Aranguren y otros, p. 38.

¹² “Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el ‘absolutamente necesario’ en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler” (Caso Zambrano Vélez y otros, p. 26); También, Caso Montero Aranguren y otros, p. 38.

¹³ “El uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras” (Caso Zambrano Vélez y otros, p. 27).

en arbitraria¹⁴, pudiendo dar lugar a la pérdida de la vida de las personas, situación que la CIDH denomina «privación arbitraria de la vida»¹⁵.

b. Existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza.

Si el primer criterio hace referencia a principios que deben servir como guía al uso de la fuerza, un paso más es que debe encontrarse necesariamente, y de manera expresa, regulado por los Estados que pretendan hacer uso efectivo, adoptando siempre los parámetros ya previstos en normas internacionales. Esto también sirve para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma¹⁶.

Aquí se requiere contar con un cuerpo normativo, no sólo en el ámbito internacional, sino, en el derecho interno¹⁷. Siendo una exigencia sin excepciones, donde no importa el contexto social, económico o político imperante en el Estado cuyos funcionarios hacen uso de la fuerza.

c. Planificación del uso de la fuerza - Capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales

Ambos criterios anteriores: principios generales y marco normativo, tienen que verse inmersos en actos de «planificación estatal», por medio de la capacitación de los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Se busca que el reconocimiento normativo no quede en «letra muerta»¹⁸, sino en la correcta administración de las normas.

Resulta «imprescindible que los agentes del Estado conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo»¹⁹.

d. Control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza

Se hacen indispensables, a consecuencia de los criterios anteriores, la existencia de mecanismos y procedimientos adecuados, que sirve para verificar la legalidad del

¹⁴ Caso Montero Aranguren y otros, p. 38.

¹⁵ Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros, p. 27.

¹⁶ Vid. Caso Zambrano Vélez y otros, p. 27.

¹⁷ Vid. cita 9 y 10.

¹⁸ *“Una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”* (Caso Montero Aranguren y otros, p. 40).

¹⁹ Caso Montero Aranguren y otros, pp. 40-41; Caso Zambrano Vélez y otros, pp. 27-28.

uso de la fuerza, contrario a toda actividad arbitraria²⁰. La CIDH²¹ entiende que el uso de la fuerza no puede sobrepasar la obligación general del Estado de garantizar los derechos humanos (art. 1.1 de la Convención), convirtiéndose en «garante de su estabilidad». Esta obligación se materializa, una vez tenido el conocimiento de casos de violaciones de estos derechos, en labores de investigación. El Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva²².

III. La innecesaria Ley N° 30151

La inclusión del inciso 11° en el artículo 20° del Código penal, desde su Ley originaria (Decreto Legislativo N° 982) a la actual (Ley N° 30151), no se observan cambios relevantes, más allá de lo que implica en esta última la eliminación y aumento de ciertos términos en el texto legal. En primer lugar, se eliminó lo que parecía el límite a la actuación²³ de los miembros de las Fuerzas armadas y policiales, es decir, el uso reglamentario de sus armas de fuego, ampliando en un segundo término la referencia al uso de armas, configurándolo como un criterio abierto que permite aplicar esta exigente por el uso de otros medios de defensa.

A entender del Informe del MINJUS, la eliminación del término «en forma reglamentaria» y la incorporación de «otros medios de defensa» son acordes con la Constitución. Al constituir estas conductas de uso de la fuerza actuaciones en «cumplimiento de deber», no requieren una norma expresa, por ser inherente a ella²⁴. Siendo que, no se debe reducir la aplicación del cumplimiento del deber por parte de los miembros de las Fuerzas armadas y policiales a un análisis meramente reglamentario²⁵, con lo que concluye en su justificación.

Lo que ha buscado el MINJUS es una justificación descriptiva a todas luces, y no valorativa. Una justificación amparada en una lucha contra la delincuencia puede llevar a procesos legislativos de «sobrecriminalización», proceso en el que se encuentra inmerso nuestro ordenamiento jurídico penal hace mucho tiempo²⁶. Y de donde se está comenzando a distinguir un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo²⁷. Si bien no cabe duda que el Derecho penal moderno

²⁰ Cfr. Caso Montero Aranguren y otros, p. 41.

²¹ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/1/06, p. 107; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 22/9/06, p. 61.

²² Vid. Caso Goiburú y otros, p. 61.

²³ Situación reconocida también en el Informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

²⁴ Cfr. Informe MINJUS, FJ 12.

²⁵ Cfr. Informe MINJUS, FJ 17 y 24.

²⁶ Solo queda observar el gran listado de modificaciones que ha sufrido el Código penal, desde su adopción en 1991. No se debe confundir el derecho fundamental de seguridad con un concepto de carácter instrumental o funcional, como la seguridad ciudadana, que hace presencia cuando se habla de fuerzas de seguridad (Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos, en Nuevo Foro Penal, N° 32, 1986, p. 176).

²⁷ De modo tajante el Tribunal Constitucional ha establecido su prohibición: *“La política de persecución criminal de un Estado Constitucional Democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los*

se transformó en un Derecho de defensa frente al peligro, para salvaguardar la seguridad, a través del que el legislador penal –como viene sucediendo en nuestro país– viene tipificando de modo progresivo como delitos, siendo ahí que el Derecho penal del enemigo actúa como órgano que prueba la enorme presión bajo la que ha caído un derecho penal orientado hacia la seguridad²⁸. Pero esta actitud del legislador es ciertamente peligrosa, porque al amparo de la idea del aumento de la criminalidad (común u organizada), se tiende a justificar muchas formas de reacción que se le exigen al sistema penal. Sin embargo, no creemos que esta sea la alternativa correcta, por lo que a nuestro modo de ver, aquella debe orientarse en una exigencia de más «democracia y menos derecho penal», propia de una concepción garantistas del derecho penal.

Es claro que todas estas construcciones pueden ser consideradas legales, por el solo hecho de cumplir con el principio de legalidad (Ley N° 30151), pero tal legalidad también exige que la reacción penal sea vista desde criterios como el de racionalidad, lo que enlace cualquier construcción de reforma penal con normas que deben y son inherentes a ella, como las normas internacionales, y la opinión de la doctrina –pasibles de luchar también por la legalidad–²⁹, que vinculan a su necesidad tanto social como normativa.

De esta Ley no se observa una necesidad sustancial³⁰, por el contrario, la introducción de esta fórmula resulta ser una modificación innecesaria. Pero esta falta de necesidad no sólo recae en la última modificatoria, según Ley N° 30151, sino también en el Decreto Legislativo N° 982. Esto porque el conflicto que podría ocurrir con aquellos comportamientos son fácilmente reconducidos al inciso 8° del mismo artículo 20° del Código penal³¹. Insistimos que resulta mucho más preciso el inciso 8° específicamente en lo que corresponde al cumplimiento de un deber para conductas referidas a miembros de las Fuerzas armadas y policiales. Ello

ciudadanos y un derecho penal del enemigo, es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático” (STC, Exp. N° 003-2005-PI/TC, 9/8/06).

²⁸ Cfr. HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal, trad. Gabriela Córdoba / Julio Maier, en ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 37 y 52.

²⁹ Cfr. VASSALLI, Giuliano. Emergencia criminal y sistema penal, trad. Gerónimo Seminara, en El derecho penal de hoy (Homenaje al Prof. David Baigún), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 452.

³⁰ De igual opinión, Informe de la Defensoría del Pueblo, 14/1/14; Sobre la exigencia de necesidad de la modificación legislativa que debe plantearse el legislador, vid. GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, Piedad. Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?, Civitas, Madrid, 2010, pp. 141-143.

³¹ Que a la letra dice: “*El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”; Incluso muy parecido es la redacción normativa del inciso 5 del artículo 16° del Código Penal Militar-Policia: “*El que obra en cumplimiento legítimo de un deber militar o policial o en el ejercicio de un derecho*”.

debido a que, tanto el personal de las fuerzas armadas como el policía que hace uso de su arma, lo hace en el marco del cumplimiento de un deber³², y siempre, de ser éste el caso, se le eximirá de responsabilidad penal, aunque ello no implica que sea objeto de investigación policial y fiscal, e incluso objeto de un juicio hasta determinar su falta de responsabilidad.

El cumplimiento de un deber, como criterio que exime responsabilidad penal, es una figura aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia³³, aunque en sus orígenes era considerada como una causa de justificación, actualmente, con la adopción de la teoría de la imputación objetiva su ubicación pasó al tipo penal, por lo que se la considera una causa de ausencia de imputación objetiva³⁴.

La judicialización por el uso de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (fuerzas armadas y policiales) tienen en común la aplicación de normas internacionales, así como de un Código Penal Militar-Policial³⁵, no obstante, no pueden ser equiparadas del todo, dada su distinta

³² La actuación permanente ha sido destacada por la jurisprudencia (vid. Casación N° 3597-2002-Lima, Sala de Derecho Constitucional y Social, 16/11/04).

³³ *“Se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves”* (Ejecutoria Suprema, Exp. N° 2683-97-Lima, 21/5/1998).

³⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 336.

³⁵ La aplicación de esta jurisdicción es limitada, únicamente para delitos de función (vid. artículo 173° de la Constitución Política y artículo II del Título Preliminar del CPMP); La CIDH se ha ocupado de restringir su ámbito de aplicación desde el derecho internacional, señalando: *“esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”* (Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, 30/5/99, p. 45); En el mismo sentido (Caso Cantoral Benavides vs. Perú, 18/8/2000, p. 41); *“En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”* (Caso Durand y Ugarte vs. Perú, 16/8/2000, p. 38); Para el Tribunal Constitucional, al tratarse de un fuero privativo centrado en la protección de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía, su competencia no puede ampararse solo en identificar la calidad de sujeto activo o pasivo, porque pueden darse casos que miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales cometan delitos comunes. Tampoco es decisivo para determinar la competencia el lugar donde se cometa el delito, o que se realice en acto de servicio. Por lo que concluye estableciendo ciertas características básicas de los delitos de función: a) debe tratarse de conductas que afecten bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, b) el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, y c) cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio (Cfr. STC N° 0017-2003-AI/TC, 16/3/04, FJ 129, 130, 131); Partiendo de estas directrices, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, por medio de una Ejecutoria Vinculante, Competencia N° 18-2004, puntualizó algunos puntos: a) el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege

naturaleza funcional, por lo que necesitan de un tratamiento jurídico de lo más correcto posible. Una clasificación primigenia³⁶ radica en que, mientras las Fuerzas Armadas se ocupan del mantenimiento de la «Seguridad externa» del país, es decir, la denominada «Seguridad Nacional»³⁷, la Policía Nacional se encarga de la seguridad interna, entendida como «Seguridad Ciudadana», u «orden interno»³⁸.

El uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales es probablemente de mayor aplicación cotidiana en nuestro país, distinta al carácter más excepcional de la actuación de las fuerzas armadas, que ejercen funciones generalmente en casos de conflictos armados. Por ejemplo, el policía que tiene una orden de captura contra una persona, al realizar la detención muchas veces va a estar ante la posibilidad de una agresión por parte de la persona que se niega a la detención. En ese contexto es muy probable que el policía, para cumplir con su deber y realizar la detención,

un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado, b) se trata de un delito de infracción del deber, c) es un delito especial propio, d) cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función (vid. FJ Sexto).

³⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 166° de la Constitución Política, ha extendido estos alcances, indicando que, si bien, la función de garantizar y mantener el orden interno radica en la Policía Nacional, esta actividad no es exclusiva, pues, excepcionalmente las Fuerzas Armadas pueden adoptar dicha función, pero, no solo cuando se traten de zonas en estado de emergencia, sino, para situaciones comunes, como lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país (cfr. STC, Exp. N° 00002-2008-PI/TC, 9/9/09). Esta sentencia nace de un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N° 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional.

³⁷ El Tribunal Constitucional ha destacado que la Seguridad Nacional, como bien jurídico, está más vinculado a la Defensa Nacional, que a la Seguridad ciudadana (STC N° 005-2001-AI/TC, 15/11/2001, FJ 2); “(...) Sin seguridad no hay desarrollo, ni ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales. Ambos (seguridad y desarrollo), son necesarios para alcanzar el bienestar” (STC, Exp. N° 017-2003-AI/TC, 16/3/04).

³⁸ “Orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue. Fundamentalmente el orden interno comprende tres aspectos: a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto a la autoridad pública); c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como agua, energía eléctrica, etc.). La ejecución de las labores propias del control del orden interno, es un estado de normalidad constitucional, de la competencia de la Policía Nacional del Perú, según dispone el artículo 166 de la Constitución. Esta, como enunciativamente precisa la misma cláusula constitucional, presta atención y ayuda a las personas y a la comunidad, garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, previene, investiga y combate la delincuencia, vigila y controla las fronteras” (STC, Exp. N° 017-2003-AI/TC, 16/3/04); “la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología” (STC, Exp. N° 005-2001-AI/TC, 5/11/2001).

haga uso de la fuerza, e incluso no necesariamente del arma de fuego sino del uso de otros medios (técnicas de defensa personal, etc.). En ese caso el policía no tiene opción, debe cumplir su función, tiene que hacerlo y tiene el problema que cuando cumpla con la orden puede afectar un bien jurídico (vida, integridad física, etc.), sea por el uso de armas o sea por el uso de algún otro medio de defensa. Por ello, si se trata del cumplimiento de sus funciones lo más adecuado es el «cumplimiento del deber». Sin embargo, el legislador introdujo una fórmula nueva: el inciso 11º del artículo 20º del Código Penal (Decreto Legislativo N° 982 y Ley N° 30151) que en el fondo no es más que lo mismo que describe el inciso 8º del artículo 20º del mismo cuerpo normativo, es decir, una norma ad hoc para casos de intervenciones a través del uso de la fuerza de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Es evidente que estamos ante una nueva norma de efecto simbólico³⁹, pero de ninguna manera estamos ante una «carta blanca» para el uso de la fuerza por parte de funcionarios militares o policiales, menos aún en casos de uso de la fuerza en *protestas públicas*. Es de recordar que las normas internacionales garantizan la protesta pública, el derecho a la vida, la integridad física, así como el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Por tanto, esta norma debe ser interpretada desde una perspectiva restringida.

Es cierta la grave situación de inseguridad que se vive en nuestro país por el incremento de la criminalidad, sin embargo, ello no justifica la introducción de leyes innecesarias, sin ningún criterio teleológico y sistemático. Se debe tener en cuenta que existe una distinción entre la promulgación de normas de la parte general con aquellos de la parte especial, en el Código penal. Su tratamiento legislativo es diferente, así, un tipo penal de la parte especial requiere cumplir obligatoriamente con las reglas de técnica legislativas con relación al lenguaje de la ley⁴⁰, manifiestas a través de la claridad semántica y normativa⁴¹, situación que en los tipos penales de la parte general no son de tal exigencia, en razón que estos tipos deben regular criterios neutros en la medida de lo posible. Lo que sucede por ejemplo, con la estructura imprecisa y poco sistemática de las eximentes de responsabilidad penal prevista en el artículo 20º del Código penal, donde encontramos, causales de ausencia de culpabilidad, antijuridicidad y tipicidad, orientadas hacia la interpretación de «*numerus apertus*».

³⁹ Donde se busca un doble efecto: primero hacer notar a la ciudadanía que el Estado está ocupándose en hacer frente a la criminalidad, y a los miembros de las Fuerzas armadas y policiales que el Estado apoya su labor. Sin embargo, es de destacar que el efecto en la ciudadanía fue de modo contrario, desde el punto que incluso se entiende esta nueva ley como una licencia para matar o carta libre.

⁴⁰ Cfr. GARCIA-ESCUADERO, 2010, pp. 73-74.

⁴¹ SAINZ MORENO, F. Técnica normativa, en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, T. IV, Madrid, 1995, p. 6487.

Ahora, regresando a esta fórmula que trata de plantear una solución al problema del uso de la fuerza por parte de los funcionarios militares y policiales, se observan algunos problemas.

Primero: el hecho de haber eliminado o suprimido la referencia al uso de armas en forma reglamentaria, permitiría al funcionario que usa otra arma diferente a la que le ha entregado el Estado también estar comprendida dentro del alcance de esta norma. En otras palabras, se estaría buscado ampliar el marco de competencia de la figura del cumplimiento del deber, más allá del empleo del arma de uso reglamentario, abarcando también el uso de armas que son de su propiedad, por ejemplo aquellas que usan en actividades en los días de franco.

También hay que tomar en cuenta que los funcionarios policiales cuentan con regulaciones normativas internas acerca del uso de la fuerza, como el Manual de Derechos Humanos Aplicado a la Función Policial⁴² que regula la actuación policial en el marco de protección de los derechos humanos, y uno de los capítulos de ese reglamento regula el tema del uso de armas de fuego (los niveles de uso de armas, los riesgos, etc.). Por tanto, definitivamente no creemos correcta la interpretación que aparentemente buscaría entender que el uso de armas pueda hacerse de manera «antirreglamentaria». Incluso con la reforma el funcionario policial puede usar su arma de fuego pero de manera limitada, es decir, tanto en el marco de las regulaciones existentes a nivel internacional como interno.

Segundo: se ha introducido en el texto del inciso 11º del art. 20º CP la referencia a *otros medios de defensa* –no necesariamente al uso de armas de fuego–, entendiendo que no solo hay la posibilidad de usar un arma en la actuación policial, puede tratarse de otro tipo de violencia pero siempre estamos hablando de violencia legítima, limitada de la misma manera que lo expresado en el párrafo anterior.

De esta manera es muy importante que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tengan claros los límites cuando se habla del uso de armas de fuego o el uso de otros medios de defensa. La interpretación de esta norma no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y al uso de armas de fuego en particular. Por más que

⁴² “Las acciones que ejecuten los policías en el desarrollo de su función, deberán subordinarse y adecuarse al respeto de los derechos humanos, para así garantizar la legalidad y legitimidad de sus actuaciones, alcanzando la finalidad del servicio policial” (Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial, 2006, Capítulo III, B); ejercer el uso de la fuerza de ser necesario [vid. Manual, Segunda Parte, Capítulo I, C (Nivel de Seguridad)]; “(...) debe focalizar la amenaza y tener en mente una acción necesaria para controlarla: intervención verbal, fuerza física o fuerza letal, conforme las circunstancias exijan” [Manual, Segunda Parte, Capítulo I, D (Nivel de Reacción)]. El Manual hace referencia únicamente a armas de fuego reglamentarias (Manejo de Equipo, C, 3).

se haya producido una modificación en una norma interna, los instrumentos internacionales no pueden dejar de ser cumplidos por una modificación de tal naturaleza.

Por ello, la interpretación de la modificación del inciso 11º del artículo 20º del Código penal no significa que se esté «autorizando a matar», como algunos han dicho. El policía puede, en el marco del cumplimiento de un deber, usar la violencia legítima, pero eso no quiere decir que es una facultad ilimitada, porque existen normas tanto de carácter internacional como internas que limitan el uso de armas de fuego. Lo mismo opera para los miembros de las Fuerzas Armadas⁴³. Por lo tanto, esta regla no significa, una carta absolutamente blanca o una autorización completa para que las fuerzas armadas o policiales usen la violencia de manera ilimitada.

Aquí será fundamental el rol de los jueces y fiscales en el marco de la aplicación de las posibles exenciones de responsabilidad a fin de evitar excesos y originar impunidades innecesarias, y no repetir lo que sucedió con la figura penal de la legítima defensa como causa de justificación. En este caso, la legítima defensa requiere un margen de racionalidad incluso sobre el arma empleada. En el derecho penal peruano, este tema particular ha sido materia de mucha discusión porque algunos interpretaron que no se hablaba de una racionalidad en el empleo de los medios para ejercer la defensa sino de una proporcionalidad de los medios empleados, limitando notablemente la posibilidad de actuación, lo que origina la reforma del inciso 3º del art. 20º CP.

Entonces no se descarta que existan algunas interpretaciones excesivas, pero en términos reales lo que hay que recomendar es que estas figuras no desborden el marco de actuación ya fijados por las normas internacionales sobre el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; así como tampoco las normas internas que se han expedido. En definitiva, la reforma introducida por la Ley N° 30151 no es una carta blanca para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Consideramos que, una

⁴³ Nuestra jurisprudencia ha establecido parámetros máximos, es decir, cuando la conducta de un miembro de las Fuerzas Armadas no puede constituir un acto de servicio militar, y por tanto a nuestro entender no procede la figura del “cumplimiento del deber”, así ha señalado: *“los maltratos, las torturas y el prender fuego a una persona revelan palmariamente un animus vulnerandi, e incluso, probablemente, necandi, y, como tal, no tienen que ver con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos; que, por lo demás, en cuanto a las circunstancias externas del hecho, nunca puede considerarse “acto de servicio” la comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal”* (Ejecutoria Vinculante, Sala Penal Permanente, Competencia N° 18-2004). Claro está que los parámetros mínimos de actuación estarán regulados por las normas internas relativas a los actos de servicio específicos (v.gr. patrullaje).

salida más viable es orientar la solución de estos problemas a la luz de la figura del cumplimiento del deber, previsto en el inciso 8º del artículo 20º del Código penal, por lo que la reforma introducida por esta ley deviene en innecesaria.