

ACUERDO PLENARIO N° 05-2019/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Actuación policial y exención de responsabilidad penal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los jueces supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y dictar Acuerdos Plenarios concordantes con la jurisprudencia penal.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **a.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **b.** Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como y técnicas especiales de investigación en estos delitos. **c.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **d.** Absolución, sobreseimiento y reparación

civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y delito de peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Presentaron, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema “La actuación policial y exención de responsabilidad penal”, los siguientes abogados:

1. Doña Silvia Nayda de la Cruz Quintana, abogada del Ministerio de Interior.
2. Don Felipe Villavicencio Terreros, profesor universitario.

∞ Cabe anotar que el Ministerio del Interior solicitó al Pleno la creación de instrumentos (entiéndase normas) que ayuden a los señores jueces en la resolución de solicitudes fiscales, y en la expedición de los fallos. Por tanto, al momento de imponer la prisión preventiva, se tome en cuenta que la muerte o las lesiones causadas a supuestos delincuentes se realizan en cumplimiento de un deber dispuesto en la Constitución y normas vigentes.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de una Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019 en que hicieron uso de la palabra los citados señores abogados.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, en segundo lugar, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores SALAS ARENAS y CASTAÑEDA ESPINOZA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MARCO PRELIMINAR

1.º En el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal –en adelante CP–, se estableció que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte está exento de responsabilidad. Los críticos a la vigencia del referido inciso consideran que la materia resulta ser fácilmente

reconducible al inciso 8 del artículo 20 del CP. Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS refiere que si se trata del cumplimiento de sus funciones lo más adecuado es considerar el cumplimiento del deber¹.

∞ Esta norma sufrió modificación, no de fondo como más adelante se desarrollará.

§ 2. POSICIONES SOBRE LA EXIMENTE “EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER”

2.º Sobre el fundamento esencial de las causas de justificación que eliminan la antijuridicidad de la conducta LUZÓN PEÑA considera que se defiende la ponderación de intereses o el interés preponderante; por tanto, en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entra en conflicto con otros intereses superiores, de mayor trascendencia para el derecho².

3.º ZUGALDÍA ESPINAR señala que las causas de justificación son autorizaciones o mandatos legales para realizar conductas típicas y operan sobre la base del binomio regla-excepción; puesto que la regla general es que una conducta típica es antijurídica cuando no concurren causas de justificación. La concurrencia excepcional de una causa de justificación determina que la conducta típica esté justificada, sea lícita y, por consiguiente, no constituya delito³.

4.º Según el propio ZUGALDÍA ESPINAR la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, viene a expresar un principio tan evidente que parece obvio declararlo: “quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente”. Con respecto al cumplimiento de un deber, considera que implica la ejecución de una conducta obligada por el derecho, impuesta a su autor, y que, además, es penalmente típica pues supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la ley⁴.

∞ Este deber, como es obvio, ha de ser necesariamente un deber jurídico o, mejor dicho, un deber que tenga necesariamente relevancia jurídica; en el presente caso, directamente derivado de una norma legal⁵.

5.º Mientras que CEREZO MIR detalla que, “el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber⁶”; es decir, que aunque en países como España el fundamento de esta causa de justificación se encuentre en el principio de “interés preponderante”; esto es, que a pesar que el sujeto actuó cumpliendo un deber de rango superior o igual o en

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *La Ley N.º 30151 no es una “carta blanca” para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Recuperado de http://www.vmrfirma.com/pdf/publicacion_tres.pdf

² LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B&F, Montevideo, 2016, p. 539,

³ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Fundamentos de derecho penal parte general. Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio 2010*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 303.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Op. Cit.*, p. 323.

⁵ POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 154-155.

⁶ CEREZO MIR, JOSÉ: *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. En: *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, T. 40, p. 273.

el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana⁷, por lo que es necesario interpretar restrictivamente esta eximente de responsabilidad, y fundarla sobre la base del principio de respeto por la dignidad de la persona⁸.

∞ Siendo así, el requisito general para la actuación al amparo de facultades públicas exigible estriba, de un lado, en la competencia material –la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente–; y, de otro lado, la facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad, como normas fundamentales del Estado de Derecho⁹.

6.º COCA VILA precisa que “lo relativo al cumplimiento de un deber como causa de justificación, está configurado como una norma (permisiva) de remisión a la normativa extrapenal que instituye los deberes que legitiman el comportamiento penalmente típico”. Por tanto, los problemas surgen cuando se trata de concretar el momento en que se reduce a cero el margen de discrecionalidad, en el actuar durante la intervención policial. Por ello, es importante que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tenga muy en claro los límites cuando se habla del uso de armas de fuego o el “uso de otros medios de defensa”¹⁰. En consecuencia, la interpretación de las normas sobre la materia 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.

7º. Siendo así, para valorar la eximente de responsabilidad penal en el caso del uso legítimo de la fuerza por la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber, corresponde analizar los hechos –en tanto requisitos especiales– conforme a la normativa especializada sobre la temática en particular; esto es, el Decreto Legislativo 1186 “Ley que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP”, el Decreto Supremo 012-2016-IN “Reglamento del Decreto Legislativo 1186”, la Resolución Ministerial 952-2018-IN “Manual de Derechos Humanos aplicados a

⁷ *Ib.* p. 274.

⁸ Al respecto LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B&F, Montevideo, 2016, p. 524-525, considera que si es válida la autorización oficial es suficiente para excluir la antijuridicidad de la conducta; por lo que es perfectamente posible que haya causas de exclusión de la antijuridicidad, pues la conducta es perfectamente conforme a derecho en atención a la salvaguardia de intereses preferentes, como el respeto a la autonomía de la voluntad del particular o el reconocimiento de los usos y convicciones de la generalidad de los ciudadanos, que simultáneamente excluyen ya la tipicidad porque queda claro desde el principio que la conducta ni siquiera es jurídicamente relevante o preocupante, por lo que no es ni puede ser tampoco jurídico-penalmente relevante, dado que se valora, tanto social como jurídicamente, normal y usual pese a la afectación de bienes jurídicos o dado que realmente ni siquiera se ve menoscabo o afectado el bien jurídico. Frente a esto es frecuente, quizás más frecuente, que las conductas amparadas por causas de exclusión de la antijuridicidad no sean tan totalmente usuales, normales ni irrelevantes jurídicamente y por ello sean en principio típicas, es decir, que estemos ante causas de justificación, que encajan en el tipo estricto o indiciario, aunque no en el tipo en sentido amplio o tipo total del injusto.

⁹ JESCHECK, HANS-HEINRICH – WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho – Penal Parte General*, Volumen I, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 577.

¹⁰ COCA VILA, IVO: *Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial*. En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología [RECPC 19-24 (2017)].

la función policial del 2018", y la Directiva General 003-2018-MP-FN "Directiva que regula el ejercicio de la función fiscal en caso de uso de la fuerza por parte de la PNP".

8.º El cumplimiento del deber como exención de responsabilidad (numeral 11 del artículo 20 del CP) contiene una remisión a la normativa extrapenal. Tal como indica COCA VILA "los problemas se plantean cuando se trata de concretar en qué momento un agente de policía ve reducido a cero el margen de discrecionalidad característico en toda intervención policial¹¹". *Contrario sensu*, "ningún policía estará obligado, ni siquiera facultado, a torturar a un detenido, incluso cuando ello sea el único modo de salvar la vida¹²".

9.º GARCÍA CAVERO especifica que "mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada¹³".

10.º ZUGALDÍA expone que una característica común a todos los supuestos contemplados en la causa de justificación "en cumplimiento de un deber" debe ser la continua remisión a normas jurídicas extrapenales a través de las cuales se deberá determinar la presencia o no del deber jurídico de la profesión bajo el que se actúa¹⁴.

11.º Aunque no fue propuesto, por tanto no es materia de análisis, es preciso señalar que efectivamente, en la ciencia penal peruana y extranjera es mayoritaria la postura que este actuar constituye una eximente. Para GARCÍA CAVERO "no debe confundirse esta causa de justificación con aquellos casos en los que, desde un principio, no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en ellos no se presenta una conducta típica justificada por razones excepcionales, sino la ausencia general de una base suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta"¹⁵. Aunándose a lo opinado por HURTADO POZO, PRADO SILDARRIAGA y ALCOCER POVIS, apunta que "la justificación en el cumplimiento de deberes se presenta cuando la actuación conforme al deber trae consigo la afectación de otros bienes jurídicos". Concluye que "[...] el ejercicio del deber autoriza, en el caso concreto, la afectación a un bien jurídico penalmente protegido, por lo tanto, no debe ubicarse analíticamente a nivel de la tipicidad como permisión general de la conducta, sino en la antijuridicidad como permisión excepcional en una situación de conflicto"¹⁶.

¹¹ *Ib.* pp. 8-9.

¹² *Ib.* p. 17.

¹³ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Jurista, Lima, 2012, p. 607.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Op. Cit.*, p. 323.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 643.

¹⁶ *Ib.* 647.

12.º En esta línea de opinión, y más allá de ese debate científico, WESSELS, BEULKE y SATZGER advierten que “se trata la cuestión acerca de si, en el caso individual, se puede hacer una excepción al mandato general, teniendo en cuenta los concretos requisitos descritos detalladamente en las causas de justificación”¹⁷.

13.º Según, ROXIN “bajo el punto de vista de la antijuridicidad, el respeto del riesgo permitido no puede ser interpretado como causa de justificación”, pues esta última “siempre presupone que tal acción sea necesaria para preservar el interés preponderante”, mientras que “en los casos de riesgo permitido no hay necesidad de efectuar tal ponderación del caso concreto”¹⁸.

14.º CARO JHON no comparte la posición de una causa de justificación en esta materia, “sino [que se está] ante una causa de exclusión de la tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva”, puesto que, “la conducta practicada nunca alcanzará un significado típico cuando reúna el sentido de un obrar conforme a ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo¹⁹”; mientras que VILLAVICENCIO TERREROS aclara que “cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara, presentándose una grave contradicción; no actuar sería tan típico como actuar”²⁰.

15.º Como se aprecia, CARO y VILLAVICENCIO acotan que el entendimiento mayoritario del cumplimiento del deber como causa de justificación debe ser reconducido a la imputación objetiva (riesgo permitido) como elemento integrante del tipo. Se trata de un debate relevante dado que si el miembro policial no cumpliera su deber de obrar incurriría en conducta omisiva probablemente delictiva, de modo que no puede constituir causa de justificación la obligación de no delinquir²¹. Solo corresponde indicar que se estaría ante una causa de justificación sin ánimo de agotar ahora el tema puesto que no es materia del pleno.

§ 3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA RECIENTE DE LA EXIMENTE EN “CUMPLIMIENTO DE UN DEBER”

3.1 LEGISLACIÓN NACIONAL

16.º. Mediante el Decreto Legislativo 982, de 22 de julio de 2007, se incorporó al artículo 20 del Código Penal, el apartado 11. Con ello el Congreso incidió en eximir de responsabilidad de forma precisa al “personal de las Fuerzas Armadas –

¹⁷ WESSELS, JOHANNES; BEULKE, WERNER y SATZGER, HELMUT: *Derecho penal. Parte general*. El delito y su estructura. Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 167

¹⁸ ROXIN, CLAUS: *La imputación objetiva en el derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2018, p. 346.

¹⁹ CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO: *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Editorial Ara Editores, Lima, 2014, p. 47.

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 336.

²¹ Esta materia no está sobre el tapete de los debates en este momento por lo que la referencia cumple solo el deber de enunciar esta opción interpretativa, bastante razonable.

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL



en adelante FFAA– y de la Policía Nacional del Perú –en adelante PNP– que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

17°. Tal inciso fue modificado por la Ley 30151, de 13 de enero de 2014, en cuanto al uso de las armas. De su texto resulta que se abandonó la fórmula normativa “en uso de sus armas de forma reglamentaria” para considerar solo la frase “en uso de sus armas u otro medio de defensa”, con que se ocasione lesiones o muerte²².

18°. De modo complementario se promulgó el Decreto Legislativo 1186, de 16 de agosto de 2015, para regular el uso de la fuerza por parte de la PNP. En el artículo 4 se establecieron como principios: *a)* Legalidad, pues el uso de la fuerza debe estar orientado al logro de un fin legal, por tanto, los medios y métodos utilizados en cumplimiento del deber deben estar amparados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política del Perú, y demás normas nacionales sobre la materia. *b)* Necesidad, esto es, cuando sea necesario emplearla, en contrario, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del objetivo legal buscado. *c)* Proporcionalidad, es decir, cuando el nivel de fuerza empleado para alcanzar el objetivo legal buscado corresponde a la resistencia ofrecida y al peligro representado por la persona a intervenir o la situación a controlar²³.

19.º Mientras que en el artículo 5 del referido Decreto se precisa que sus disposiciones se interpretarán conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú, las normas del derecho internacional de los derechos humanos reconocidas por el Estado peruano, las decisiones de organismos supranacionales; los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

20.º En el Decreto Legislativo 1186, de 16 de agosto de 2015, se reconoció que el uso de la fuerza tiene lógicos niveles. En el artículo 6 se señaló que el uso de la fuerza corresponde de manera progresiva y diferenciada; en el artículo 7 se estipuló que los niveles corresponden al nivel de cooperación, resistencia o agresividad del ciudadano a intervenir, y son denominados (numeral 7.1.):

RESISTENCIA PASIVA

1. Riesgo latente, es la amenaza permanente no

²² Por tratarse de un deber jurídico (necesaria fuente legal), no resulta suficiente el deber moral.

²³ Además se estableció que el nivel de fuerza a ser usado por los efectivos policiales, deberá ser de manera diferenciada y progresiva, así como considerarse, razonablemente, entre otras circunstancias, el nivel de cooperación, resistencia o agresión de la persona intervenida y las condiciones del entorno; finalmente, el artículo concluye que se sujetará a los principios contemplados en el presente decreto legislativo.

visible presente en toda intervención policial.
2. <u>Cooperador</u> . Acata todas las indicaciones del efectivo policial sin resistencia manifiesta durante la intervención.
3. <u>No cooperador</u> . No acata las indicaciones. No reacciona ni agrede
RESISTENCIA ACTIVA
1. <u>Resistencia física</u> , quien se opone a su reducción, inmovilización y/o conducción, llegando a un nivel de desafío físico.
2. <u>Agresión no letal</u> . Agresión física al personal policial o personas involucradas en la intervención, pudiendo utilizar objetos que atenten contra la integridad física.
3. <u>Agresión letal</u> . Acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al efectivo policial o a personas involucradas en la intervención

21.º Los niveles de uso de la fuerza por el personal de la policía nacional son los siguientes (numeral 7.2.):

NIVELES PREVENTIVOS
1. <u>Presencia policial</u> . Entendida como demostración de autoridad del personal de la policía nacional uniformado, equipado, en actitud de alerta y realizando un control visual, que previene y disuade la comisión de una infracción o un delito.
2. <u>Verbalización</u> . Es el uso de la comunicación oral con la energía necesaria y el uso de términos adecuados que sean fácilmente entendidos y comprendidos por las personas a intervenir, facilitando su control individual o grupal.
3. <u>Control de contacto</u> . Es el uso de técnicas de comunicación, negociación y procedimientos destinados a guiar, contener la acción o actitud de la persona o grupos a ser intervenidos.
NIVELES REACTIVOS
1. <u>Control físico</u> . Es el uso de las técnicas policiales que permiten controlar, reducir, inmovilizar y conducir a la persona intervenida, evitando en lo posible causar lesiones.
2. <u>Tácticas defensivas no letales</u> . Es el uso de

medios de policía no letales para contrarrestar y/o superar el nivel de agresión o resistencia.

3. Fuerza letal. Es el uso de armas de fuego por el personal de la policía nacional, contra quién realiza una acción que representa un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, con el objetivo de controlarlo y defender la vida propia o de otras personas.

22.º Las reglas de conducta en el uso excepcional²⁴ de la fuerza por el personal policial son (numeral 8.3.):

SITUACIONES
a. En defensa propia o de personas en caso de peligro, real a inminente de muerte o lesiones graves.
b. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave.
c. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida.
d. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.
e. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta.

23.º El 27 de julio de 2016 se expidió el Decreto Supremo 012-2016-IN, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo 1186. En el Capítulo IV del mismo, denominado “Circunstancias y conducta en el uso de la fuerza” (artículo 10), se precisaron algunos supuestos en que será necesario el uso de la fuerza y las acciones posteriores a ello, que se detallan a continuación:

NUMERAL Y CONTENIDO	ACÁPITES
10.1. En caso de	1. Identificarse como policía, aun estando

²⁴ Cuando sea estrictamente necesario, y sólo cuando medidas menos extremas resulten insuficientes o sean inadecuadas.

Y



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL



<p>peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, el personal de la PNP, deberá:</p>	<p>uniformado o con elementos de identificación acorde a su especialidad funcional.</p> <p>2. Individualizar a la persona o personas a intervenir teniendo en cuenta el nivel de resistencia.</p> <p>3. Dar una clara advertencia de su intención de usar la fuerza, con tiempo suficiente para que ésta se tome en cuenta.</p>
<p>10.2. Este procedimiento no se observará cuando esta advertencia resultara evidentemente inadecuada, dadas las circunstancias o el tipo de intervención obligue al uso de la fuerza, de forma inmediata, en los niveles de control físico y tácticas defensivas no letales.</p>	
<p>10.3. El personal de la PNP puede usar la fuerza:</p>	<p>1. En flagrante delito o por mandato judicial conforme a ley. El mandato judicial debe encontrarse vigente con información obtenida del sistema informático de requisitorias en caso de no disponerse del oficio correspondiente.</p> <p>2. En cumplimiento de los mandatos escritos y debidamente motivados emitidos por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, la Oficina Nacional de Procesos Electorales así como en la atención de las solicitudes de las autoridades regionales, locales y administrativas, efectuadas en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>3. Para prevenir la comisión de delitos y faltas cuando se realice una intervención,</p>

retención o arresto al presunto infractor, así como para el control de identidad, realizar una pesquisa o un acto de investigación.

4. Para proteger o defender bienes jurídicos tutelados, especialmente en las operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público.

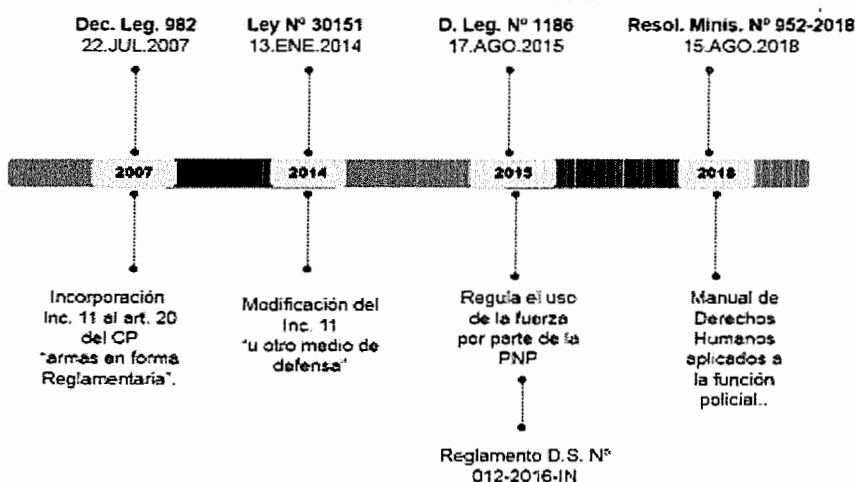
5. Para controlar a quien impida a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones.

24°. Finalmente, y en procura de fortalecer las conductas de respeto y protección de los derechos humanos en las funciones que realiza la Policía Nacional se promulgó el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial (Resolución Ministerial 952-2018-IN, de 14 de agosto de 2018²⁵).

∞ En dicha Resolución se estipula que el manual constituye una herramienta obligatoria en el ejercicio de la función, como también en la formación y especialización policial, para el debido uso de la fuerza y conforme lo estipulan la normativa interna y los tratados internacionales de derechos humanos.

25°. La normativa correspondiente se fue modificando y complementando en el tiempo, conforme se puede ver en el cuadro siguiente:

MARCO NORMATIVO INTERNO



Fuente: Elaboración propia.

²⁵ En la página 49, se precisa que el personal de la PNP, excepcionalmente, podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario y solo cuando otras medidas menos extremas resulten insuficientes o inadecuadas, cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.

3.2 NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES

26°. Es trascendente tener presente la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con que se expidió el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; en dicho documento se resaltó que los funcionarios encargados de tal labor observarán en todo momento: los deberes impuestos por ella (artículo 1), en respeto de la dignidad humana (artículo 2) y que solo podrán usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas (artículo 3).

“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley deberán cumplir los deberes impuestos en la Ley”.	Art. 1
“Estos funcionarios cumplirán su labor respetando y protegiendo la dignidad humana además de defender los derechos humanos de las personas”.	Art. 2
“Podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.	Art. 3

27. Los efectivos policiales solo podrán utilizar la fuerza y armas de fuego cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto, respetando los límites que establece la razonabilidad.

28. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tendrán que: *a)* Obrar con moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; *b)* Reducir al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; *c)* Proceder de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; y, *d)* Procurar notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas²⁶.

²⁶ Artículo 5 de las Disposiciones Generales aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana el 27 de agosto de 1990 (en que se crearon los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley).

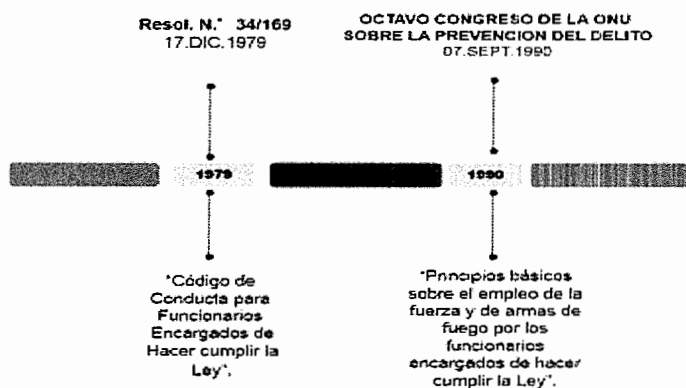
29. Mientras que en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana el 7 de septiembre de 1990 se establecieron “Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, y en la Primera Disposición General, se encomendó a los gobiernos y organismos encargados de hacer cumplir la ley, el adoptar y aplicar normas sobre la materia. En la Cuarta Disposición General se puntualizó que en la medida de lo posible no se debe emplear la fuerza y las armas de fuego, por lo que sólo podrán usarlas cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

**DISPOSICIONES ESPECIALES DE LOS
PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE
LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS
FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER
CUMPLIR LA LEY**

PRINCIPIO Nº.	CONTENIDO
9.	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, <u>o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga</u> , y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida (el resaltado es nuestro).
10.	En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en

cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso (el resaltado es nuestro).

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL



Fuente: Elaboración propia.

30°. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido ajena a la problemática planteada, dado que emitió pronunciamientos en el Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador²⁷; el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, el caso Montero Aranguren y otro vs. Honduras²⁸; y, el caso Cruz Sánchez vs. Perú, señalando reiterativamente parámetros respecto al uso de la fuerza²⁹, los cuales han sido recogidos por la norma interna peruana en el Decreto Legislativo 1186, como fue referido en el FJ 18.

²⁷ El Estado alegó que la muerte de las víctimas ocurrió en un enfrentamiento con miembros de la fuerza pública durante dicho operativo, llevado a cabo como una medida legal y necesaria en el marco de un estado de emergencia debidamente declarado, en una época de alta delincuencia y de conformación de grupos terroristas. La Corte Interamericana refirió que 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 garanticen 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.

²⁸ 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.

²⁹ En el fundamento 39, de la sentencia en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, de 31 de enero de 2006, la CIDH estableció que el uso de la fuerza no puede sobrepasar la obligación general del Estado de garantizar los derechos humanos.

SENTENCIA CORTE IDH / CASO	CONTENIDO ESENCIAL
<ul style="list-style-type: none">- Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador- Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú- Caso Montero Aranguren y otro vs. Honduras- Caso Cruz Sánchez vs. Perú	Estableció como parámetros para usar la fuerza los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

31°. Por otro lado, comparativamente, ante la ausencia de concreción legal positiva específica en España, el Tribunal Supremo en 2013 consideró aplicable la eximente en la intervención policial cuando concurren los siguientes requisitos: *a)* Los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo. *b)* El recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada. *c)* La medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir, idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna. *d)* Concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza³⁰.

32°. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– emitió sentencia el 15 de mayo de 2018 en el caso Toubache vs. Francia, que concluyó que existió vulneración del acápite b, numeral 2 del artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades, en que se precisa que la muerte no se considerará infligida cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; puesto que el último disparo (que causó la muerte del agente que huía) fue cuando el vehículo estaba en marcha y alejado a más de veinte metros de distancia del

³⁰ STS 949/2013, de 19 de diciembre de 2013, FJ 5. Asimismo, en la STS 46/2014, de 11 de febrero, fijó los siguientes requisitos para que opere tal causa de justificación: 1. Que el sujeto sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. 2. Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. 3. Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), es decir que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. 4. Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del menor menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5. Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

gendarme por lo que no le generaba peligro real e inminente a la vida; en consecuencia se consideró que debió emplear un método menos letal³¹.

Los hechos del caso Toubache se resumen en el disparo realizado por un gendarme (policía francés) que causó la muerte al presunto delincuente que huía en un automóvil³².

§ 4. RESPECTO AL USO RACIONAL DE LA FUERZA

33°. Los efectivos policiales en el desempeño de su labor (como funcionarios) encargados de hacer cumplir la ley están autorizados, entre otras cosas, a emplear la fuerza y usar armas de fuego que el Estado les confía, pero dentro de los razonables límites permitidos³³.

34°. No obstante, aunque estén autorizados a usar la fuerza y las armas de fuego, como se señaló precedentemente, en el Derecho Internacional existen límites a dichas actuaciones para evitar los excesos y resultados fatales. Todo ello en respeto a la dignidad de la persona.

§ 5. NO SE APRECIA CONCURSO ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

35°. La legitimación del deber de intervenir usando la fuerza no presupone en modo alguno una agresión ilegítima actual en el sentido de la legítima defensa. La legítima defensa es “la defensa necesaria” ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente por el agredido, puede presentarse sobre las personas o sus derechos; sin embargo, es necesario apreciar la racionalidad del medio empleado. Mientras que en el actuar en cumplimiento del deber, la ejecución de una conducta que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico está protegido por la Ley³⁴.

36°. El personal de la PNP interviene obrando funcionalmente y en cumplimiento de su deber; es decir, en calidad de autoridad con fuerza pública. Al contar con un eximente expreso de responsabilidad (“cumplimiento del deber”) no cabe se

³¹ El disparar por la espalda al que huye de la autoridad, ha sido una práctica bastante recurrente pero reprochada por la democracia a tal punto de ser equiparada a una ejecución forzada; así como sucedió en Alemania en los homicidios cometidos el 15 de febrero de 1972 por los centinelas del Muro de Berlín, en que el Supremo Tribunal Federal recurriendo al principio de proporcionalidad concluyó que, aunque las muertes no eran punibles de acuerdo al derecho positivo vigente correspondía priorizar la necesidad de la defensa de los derechos y la dignidad de la persona humana. Cfr. GUERRERO LÓPEZ, IVÁN: Common Law en el Perú?, Editorial Idemsa, Lima, 2009, p. 89.

³² Los efectivos policiales dispararon en cinco oportunidades, cuatro de las cuales estaban justificadas debido a que se cumplieron los protocolos con el objetivo de buscar detener la marcha del vehículo, sin embargo, el conductor de aquel intentó atropellar a los gendarmes. El quinto disparo fue innecesario debido a que el vehículo estaba lejos por lo que no resultó lógico según la interpretación del TEDH.

³³ El uso de la fuerza por parte de la PNP, bajo los alcances del Decreto Legislativo 1186, tiene como objeto lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad y la vida de las personas, por lo que su uso responde a circunstancias distintas a la legítima defensa, previsto en el art. 20, inc. 3 del C.P.

³⁴ La legítima defensa tiene presupuestos diferentes como que, la agresión sea ilegítima e inminente, exista necesidad racional en el medio empleado para impedirla o repelerla, la falta de provocación sea suficiente y en defensa de terceros; mientras que el obrar en cumplimiento del deber policial nos remite a una ley extrapenal y tratados internacionales sobre el uso de la fuerza (no se analiza la racionalidad del medio empleado).

aplique la institución de la legítima defensa. Entonces, “no podrán invocar la eximente de legítima defensa si son víctimas de una agresión ilegítima cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones o con motivo de las mismas”. Por cuanto, “en la legítima defensa el agredido puede ir todo lo lejos que se necesario para impedir o repeler la agresión”, mientras que en la causa de justificación materia de análisis “ha de ser necesaria, oportuna y proporcionada”³⁵.

37°. El agente de policía, en definitiva, no actúa bajo la lógica de la legítima defensa de terceros, sino en cumplimiento de un deber positivo institucional que le obliga a proteger los intereses de los particulares y la seguridad ciudadana cuando se ven amenazados. Por otro lado, la legitimidad de la intervención coactiva policial para conjurar un peligro depende a su vez de que aquélla se dirija contra un destinatario adecuado³⁶.

38°. La eximente descrita en el numeral 11 del artículo 20 no es más que lo descrito en el numeral 8 de dicho artículo, por tanto constituye una norma *ad hoc* particularizada para casos de intervenciones a través del uso de la fuerza de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

39°. Existen mecanismos previstos en el mundo para el empleo de instrumentos no letales para enfrentar el delito.

∞ A guisa de ejemplo, la policía colombiana tiene reglamentado el uso de armas no letales desde 2009 para “no violar en ningún caso los derechos humanos”.

CRITERIOS PARA EL EMPLEO DE ARMAS NO LETALES

El accionar coercitivo para hacer cumplir la ley, en muchos casos conlleva a la policía a enfrentar situaciones en las cuales el empleo de la fuerza puede ser necesario, por lo que debe estar siempre provista de algunos elementos para el servicio, y de efectos incapacitantes, instrumentos o dispositivos “no letales”, o con mecanismos de restricción (bastones policiales, esposas, etc.). La presencia física de estos elementos refuerza la reservada amenaza de la coerción policial: la fuerza está a su disposición, sujeta sí, a substanciales restricciones y limitaciones, si es que no logra que la sociedad a su cargo cumpla con la normatividad rectora, sin hacer uso de dicha fuerza.

1. Para el uso de la vigilancia urbana está el bastón de mando y los dispositivos individuales para la aspersion o propulsión de

³⁵ CEREZO MIR, JOSÉ: *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. En: Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1987, T. 40, p. 283.

³⁶ COCA VILA, IVO. *Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial*. En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología [RECPC 19-24 (2017)], pp. 14-15.

agentes irritantes, como el gas pimienta.

2. Para el control de disturbios, las granadas de mano, con emisión de agentes irritantes y/o lacrimógenos, granadas de mano de aturdimiento (generadoras de sonido), granadas de mano de efecto múltiple (luz y sonido, sonido y gas, sonido, gas y luz, entre otras opciones disponibles), granadas de mano con proyección de perdigones de goma y gas irritante (Granadas “multi-impacto”) y cartuchos de 37/38 mm., para fusil lanzador no letal, con perdigones de goma o cápsulas de gas irritante.

3. Para operaciones policiales, en este grupo pueden incluirse todos los anteriores y serán utilizados de acuerdo al cometido táctico específico a cumplir; entendiendo que los procedimientos y tácticas de operaciones especiales están orientados a la resolución de situaciones muy específicas, en las cuales, por lo general es lícito el uso de la fuerza con toda la contundencia necesaria para la protección de derechos fundamentales (vida, libertad, entre otros).

Fuente: <http://finitrank.com/docs/63.pdf>

∞ Al respecto, en el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial en el Perú (Resolución Ministerial 952-2018-IN, de 14 de agosto de 2018) se señala que los planes y programas del sistema educativo policial deben garantizar una alta profesionalización, individual y colectiva, incidiendo en aspectos importantes para el desarrollo de la función policial como son las Tácticas defensivas no letales (entre otras, el uso de los bastones)³⁷, materia que debe ser objeto de debido desarrollo.

§ 6. INEXISTENCIA DE DILEMA JURÍDICO EN RELACIÓN AL EMPLEO DE LA FUERZA EN LA ACTUACIÓN POLICIAL

40°. El Estado peruano ha tomado en cuenta lo establecido en las disposiciones generales relativas a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Véanse fundamentos jurídicos 11 a 19), y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y acató el mandato de adoptar una ley y un reglamento sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y deber de cumplir con examinar “continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego” (para dar cuenta de la observancia debida).

41°. El Decreto Legislativo 1186, brinda criterios técnicos normativos y apropiados para analizar y evaluar las actuaciones policiales que, en el marco del

³⁷ Segunda parte, Capítulo I, p. 26.

cumplimiento de sus funciones, ocasionen lesiones o muertes como resultado del uso de la fuerza.

42°. En la configuración de la particularizada eximente de responsabilidad funcional, desde su incorporación originaria (Decreto Legislativo 982) hasta la última (Ley 30151) no se aprecian cambios relevantes. Ciertamente generó polémica la última modificación con la eliminación de la frase “armas reglamentarias” y la adición de la frase “otros medios de defensa” en el texto legal. GARCÍA CAVERO considera que puede resultar cuestionable la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP por ser “absolutamente innecesaria pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber, hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y posterior modificación”³⁸.

43°. Los deberes que cumple el funcionario policial al obrar ejerciendo la fuerza, y que han de eximirlo responsabilidad son los que se hallan pre establecidos dentro del marco conglobado y normativamente jerárquico de lo legalmente autorizado; se encuentran por tanto en normas extrapenales (como afirma ZUGALDÍA ESPINAR citado líneas arriba en este acuerdo) pero no solo a escala de las determinaciones internacionales (referidas también anteriormente) sino en el Decreto Legislativo 1186 y su Reglamento, así como en la Resolución Ministerial 952-2018-IN, cuyos contenidos no se contraponen al sentido del apartado o inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, sino que se han de interpretar armónicamente y bajo el principio de jerarquía normativa, precisamente a la luz de la normatividad internacional indicada y de los pronunciamientos de la Corte IDH (ya glosados).

44°. Tal como señala VILLAVICENCIO TERREROS, la reforma introducida por la Ley 30151 no es una carta en blanco para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley³⁹. En consecuencia, el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no constituye una licencia para matar o para lesionar, pues como señala ZUGALDÍA ESPINAR el principio de necesidad de la fuerza opera en dos momentos diferentes⁴⁰:

En sentido abstracto o cualitativo	El agente tiene condición orgánica y funcional, es miembro de las fuerzas policiales
En sentido concreto o cuantitativo	Se valora la fuerza empleada para saber si se usó la necesaria para controlar la situación.

³⁸ GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal. Parte general, Editorial Jurista, Lima, 2012, p. 608.

³⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. En Amicus Curiae: 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, p. 10; y en Audiencia Pública de 9 de julio de 2019.

⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: Op. Cit., p. 325.

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL



§ 7. ALCANCES DE LA CUESTIÓN PREVIA⁴¹

45°. Este mecanismo de defensa tiene como finalidad evitar la promoción de la acción penal, suspender o anular el proceso, si es que previamente no se ha cumplido una determinada exigencia legal establecida para iniciar el procesamiento de algunos delitos (como ocurre con el requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido)⁴².

46°. Tal como puntualiza SAN MARTÍN CASTRO a través de su ejercicio “no se cuestiona el fondo del asunto, de la imputación, sino la corrección formal de la incoación del procedimiento penal, instando su anulación o suspensión, según sea el caso”⁴³.

∞ Las condiciones de procedibilidad se manifiestan en: *a)* Los delitos privados, en donde la querella es un presupuesto procesal que expresa la voluntad de la víctima para que se sancione penalmente a una persona; *b)* Las autorizaciones para proceder y consentimiento de la autoridad, que se encuentran en los delitos contra el sistema crediticio y en el antejuicio constitucional; *c)* Los pronunciamientos de la autoridad sobre el objeto del proceso, puesto que la Ley exige la resolución emitida por la autoridad (ejemplo: delitos ecológicos)⁴⁴. Al respecto, LEONE, refiere que, efectivamente, en consideración a la naturaleza del delito, la particular cualidad del sujeto activo, o a la del sujeto pasivo, la ley prescribe en algunos casos (expresamente previstos), que la prosecución de la acción penal esté condicionada a la manifestación de la voluntad de la autoridad⁴⁵.

47. Conforme se precisó en el fundamento anterior, los delitos que requieren de previo pronunciamiento o acción de parte son aquellos en que los bienes jurídicos sean “de naturaleza disponible” (delitos de naturaleza privada como las querellas) y los conocidos como tipos incompletos (leyes penales en blanco) que se completan o “llenan” con el contenido previsto en otras normas, generalmente extrapenales (así, los delitos contra la propiedad intelectual, de orden económico, etcétera)⁴⁶, en el último supuesto se funda en el exacerbado tecnicismo que presentan, y que, por tanto, requieren un mayor conocimiento⁴⁷.

⁴¹ Según el artículo 4 del Código Procesal Penal, procede “cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley” (inciso uno). El efecto que genera la declaración de fundabilidad es que se anulará lo actuado; no obstante, si el requisito omitido fuera subsanado la Investigación Preparatoria podrá reiniciarse.

⁴² También considerada como elemento intermedio entre la perpetración del hecho punible y el ejercicio de la acción persecutoria.

⁴³ SAN MARTÍN CASTRO. CÉSAR: *Derecho procesal penal. Lecciones*, Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 274.

⁴⁴ Ib. p. 276-277.

⁴⁵ LEONE, GIOVANNI.: *Tratado de derecho procesal penal Tomo I*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1963, p. 160.

⁴⁶ ASENIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Prejudicialidad en el proceso penal y sobrecriminalización social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 30, aduce que “[...] en el ámbito económico y como consecuencia de la crisis, el legislador ha procedido a regular conductas que no tenían tal trascendencia con anterioridad, pero que, en todo caso, precisan para su integración ser conformadas con tipos no penales en los cuales encuentran su justificación [...]”.

⁴⁷ La razón de ser de las leyes penales en blanco radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante o continua debido al “carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación”. Se trata de sectores muy condicionados

48. La materia analizada en este pleno engloba la afectación de los bienes jurídicos vida e integridad física, que a criterio de PEÑA CABRERA “la posición que caracteriza al texto punitivo supone colocarlos, en un primer rango de valoración; en el sentido de la vitalidad elemental del ser humano”. Es decir, no se está frente a bienes de libre disponibilidad ni leyes penales en blanco, sino a derechos reconocidos en la Constitución Política (inciso 1, artículo 2) como de primer orden⁴⁸.

∞ En resumen, la cuestión previa para el pronunciamiento penal tiene carácter excepcional (puesto que condiciona el ejercicio de la acción del Fiscal y sin cuya presencia no es posible promoverla) y como tal sirve de control al debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas⁴⁹ por lo que opera para determinados delitos (que además deberán estar catalogados pacíficamente en la norma).

∞ No se advierte un motivo para tal excepcionalidad que la comunidad jurídica internacional de los países democráticos ya ha abordado suficientemente.

§ 8. **IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA AL EFECTIVO POLICIAL QUE HACIENDO MAL USO DEL ARMA DE FUEGO PROVOCÓ LESIONES O MUERTE DEL PRESUNTO DELINCUENTE**

49°. La prisión preventiva es la más gravosa medida de coerción personal del ordenamiento jurídico, puesto que se priva del derecho a la libertad al imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) el peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso⁵⁰, o riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba⁵¹.

∞ Tiene como características: **a)** La jurisdiccionalidad, debido a que solo un juez competente puede adoptarla; **b)** La excepcionalidad de la medida y su no obligatoriedad (último recurso), puesto que la regla general es que el procesado

por elementos histórico-sociales o “avances técnicos” en los que “deben ser tenidas cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo”. Recuperado:

<file:///G:/PLENOS%202019%20DR/exencion%20de%20responsabilidad%20PNP/leyes%20penales%20en%20blanco.pdf>

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho procesal penal*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 166, anota que: “la índole del deber violado es, central para determinar si un comportamiento determinado es común o militar”, puesto que “si el deber es común o genérico (propio de todos los ciudadanos) el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Estas se encuentran precisadas en los arts. 165, 166, 168 y 170 de la Constitución.

⁴⁹ No afecta la existencia del delito o de la sanción sino la posibilidad de persecución procesal.

⁵⁰ ROXIN, CLAUS/SCHUNEMANN, BERND: *Derecho procesal penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2019, p. 373, consideran que la prisión preventiva se sirve de tres fines: **a)** Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, **b)** garantizar la investigación de los hechos y, **c)** asegurar la ejecución penal. Por ende, los principios jurídicos-constitucionales de presunción de inocencia y proporcionalidad exigen restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo más estrictamente necesario.

⁵¹ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho procesal penal. Lecciones*. Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 453.

lleve el juicio en libertad; y, c) La proporcionalidad, es decir que deba adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos⁵².

50°. ASENSIO MELLADO afirma que la libertad ha de ser la regla, debiendo el inculpado permanecer en esta situación de forma ordinaria. Solo, pues, excepcionalmente, y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce⁵³.

51. La evaluación de las reglas de procedencia o improcedencia de la prisión preventiva están establecidas en los artículos 268 a 285 del Código Procesal Penal (CPP); que el Juez de Investigación Preparatoria no decide de oficio sino a pedido del Ministerio Público y en la audiencia correspondiente; ha sido materia de pronunciamientos plenario y ejecutorias de la Corte Suprema (Acuerdo Plenario Extraordinario 01-2017/CIJ-116, y las Casaciones 626-2013/Moquegua y 1445-2018-Nacional) y el Tribunal Constitucional (STC 01133-2014-PHC/TC, 03223-2014-PHC/TC y 04780-2017-PHC/TC) y en este mismo evento plenario se efectuarán precisiones, de modo que no corresponde establecer criterios particularizados más allá de los que fluyen de la orientaciones internacionales y las leyes nacionales armónicamente consideradas.

§ 9. SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

52°. La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber⁵⁴. Para que sea de aplicación la eximente referida “es preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible”⁵⁵.

53°. Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP —a través de los sucesivos actos legislativos indicados: el Decreto Legislativo 982 y la Ley 30151—, exoneran al Perú (y a sus funcionarios policiales) a reducir u obviar los parámetros del uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones

⁵² *Ib.*, p. 454., quien considera que junto a la necesidad e idoneidad de la medida se requiere la proporcionalidad estricta, esto es, un juicio de ponderación entre los intereses en juego.

⁵³ ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú*. Recuperado de: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacionprisionpreventiva.pdf>

⁵⁴ CEREZO MIR, JOSÉ: *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. En: *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, T. 40, p. 282.

⁵⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Ibid.*, p. 325.

unidas (en que nuestro país se inserta) se ha comprometido a cumplir⁵⁶; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengan aquellas.

54°. Es pertinente tener en cuenta los casos resueltos por la Corte IDH (Véase FJ 30), el Supremo Tribunal Español (véase FJ. 31) y el TEDH (Véase FJ 32), puesto que dichos órganos de justicia concluyeron que el empleo de las armas está restringido cuando se afecta la dignidad de la persona por tanto, los efectivos policiales siempre que requieran emplear la fuerza lo harán en respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida.

55°. No existe en el ámbito de la democracia la denominada “ley de fuga” como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial).

Cabe recordar que en el Perú no se impone la pena de muerte para delitos comunes desde 1979 y que con la Constitución de 1993 (art. 140) se derogó para los delitos comunes.

Resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugar ante la presencia policial (como forma de autotutela ante una inminente detención y posterior procesamiento), salvo que la vida o la integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando (Véase FJ. 18 a 22).

56°. Respecto al cambio de la fórmula normativa “en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria” sustituida por la frase “en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa”, resulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término “uso de sus armas” y de la referencia “otros medios de defensa”, dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio.

57°. El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios.

⁵⁶ Los jueces y fiscales despliegan un papel trascendental al enmarcar la aplicación de las posibles exenciones de responsabilidad para evitar excesos y generar impunidad.

58°. Desde luego no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo, sean razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos.

∞ La normativa internacional vigente para el Perú, hace referencia clara y reiterada de la fórmula “empleo de la fuerza en cumplimiento de la ley” por cuanto la ley ya ha limitado tanto el uso de armas letales como de armas no letales.

∞ En consecuencia, no hay dilema jurídico para dilucidar, sino el cumplimiento responsable y sensato de las leyes sobre la materia.

59°. El procesamiento penal corresponderá en los casos de afectación a los bienes jurídicos que el Código penal protege; no cabe en estas materias una cuestión previa⁵⁷ como condición para el inicio de la investigación preparatoria, ni es rol del Poder Judicial en general ni del pleno supremo penal en particular, establecerla pretorianamente.

60°. Finalmente, al momento de resolver el pedido de prisión preventiva el juez deberá analizar las circunstancias de cada caso en concreto para tal imposición, esencialmente en respeto de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida, de la mano con las normas nacionales e internacionales (*hard law*) y las decisiones jurisdiccionales locales y extranjeras (*soft law*) que establecen parámetros para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley (Véanse FFJJ 16 a 32).

III. DECISIÓN

61. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 3 y 4, del artículo 433, del CPP.

ACORDARON:

62. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios establecidos en los apartados, 52 al 60, del presente acuerdo.

63. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico

⁵⁷ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 274, precisa que con su ejercicio no se cuestiona el fondo del asunto, de la imputación, sino la corrección formal de la incoación del procedimiento formal, instando su anulación o suspensión.

64. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

65. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NÚÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHÁVEZ MELLA