



Crítica a la consideración del cumplimiento de un deber como causa de justificación en el Acuerdo Plenario n.º 05-2019-CJ-116, que trató la “problemática” sobre la actuación policial y la exención de responsabilidad penal

Por: Walter Palomino

1. Apunte previo

El 10 de septiembre de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, la Corte Suprema) emitió el Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116, que abordó el tema de la *actuación policial y exención de responsabilidad*. Específicamente, la Corte Suprema sometió a análisis el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, donde se indica que está exento de responsabilidad penal **“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 de u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”**.

Al respecto, la Corte Suprema, en el acápite 9 del Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116, bajo el título de *solución de la controversia* y en calidad de doctrina legal, consideró que “La exigente 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 debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber”¹.

Para dilucidar cuándo un policía actúa dentro del cumplimiento del deber, la Corte Suprema precisó que es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica que dirige dicha actuación, lo que nos conduce al análisis de los hechos conforme a la normativa especializada, esto es, de acuerdo a la Ley que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP (Dec. Leg. n.º 1186), el Reglamento del Dec. Leg. 1186 (Dec. Sup. 0112-2016-IN), el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial del 2018 (Res. Min. 952-2018-IN), la Directiva que regula el ejercicio de la función fiscal en caso de uso de la fuerza por parte de la PNP (003-2018-MP-FN)², que deben interpretarse a la luz de la normativa internacional y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)³.

Asimismo, en correspondencia con la idea de que el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal no comprende los tratos inhumanos o degradantes, la Corte Suprema aclaró que en el ámbito de la democracia no existe una denominada “ley de fuga” como mecanismo permisivo para disparar un arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave los bienes jurídicos de primer orden de quien interviene o de terceros personas, ya que, de lo contrario, podría

¹ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j.52)

² Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 7)

³ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 43)



convertirse en un mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial⁴.

La Corte Suprema también indicó que “no se pretende desarmar a la policía”, sino que se aspira a promover intervenciones policiales firmes, eficaces y “razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos”⁵. Precisó, además, que 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 lo que **“no hay [realmente] dilema jurídico para dilucidar, sino el cumplimiento responsable y sensato de las leyes sobre la materia.”**⁶.

Lo último, ciertamente, nos aleja del plano normativo para hacer incidencia en otro importante aspecto como es la formación y capacitación de los policías con el propósito de que realicen sus deberes de acuerdo al plexo normativo que se ha descrito líneas arriba, así como de los jueces y fiscales que tendrán que descartar o no la relevancia penal del uso de la fuerza de parte de un policía, en función de su correspondencia con los criterios fijados en la normativa especializada y a la luz de la normativa internacional y los pronunciamientos de la Corte IDH.

Ahora bien, a mi criterio, los comportamientos que expresan el *cumplimiento de deberes*⁷ están amparados, en clave de imputación objetiva, dentro del principio del riesgo permitido, pues no dan cuenta de conductas que comuniquen un desconocimiento de las libertades u obligaciones jurídicas. No es necesario un especial contexto conflictivo para considerarlas *disculpadas* (causa de justificación), sino que se hallan en sintonía con lo que el propio sistema jurídico *ordena*, encontrándose permitidas de manera general y no excepcional.

A continuación, explicaré las razones por las cuales considero que el cumplimiento de un deber no tiene por qué conducir a una excepcional autorización que se base en la realización de un comportamiento típico, pero finalmente justificado o “disculpado”; sino todo lo contrario, pues el cumplimiento de los deberes jurídicos que surgen de una determinada posición jurídica (Ej.: la función policial) es parte del estado normal de interacción social, que en el marco de una democracia constitucional como la nuestra, en modo alguno podría considerarse como un riesgo jurídicamente prohibido.

2. El cumplimiento de un deber como riesgo jurídicamente permitido

Considero que lo indicado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 se basa en la idea de que el Perú es una democracia constitucional⁸, donde se exige que sea desde la Constitución, y de su sistema de valores, principios, derechos y libertades ahí consagrados, que se elaboren y definan los límites y principios que orientan las distintas

⁴ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 55)

⁵ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 58)

⁶ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 58)

⁷ Nos referimos a un deber jurídico exigible a una determinada persona y no de un deber moral.

⁸ Ver las sentencias recaídas en el Exp. n.º 0008-2003-AI/TC. Caso: Nesta Brero (FJ 10) como en la del Exp. n.º 04232-2004-AA. Caso: Ormeño Cabrera (FJ 1), entre otras.



parcelas del ordenamiento jurídico, sobre todo, en aquellas que suponen una intromisión especialmente intensa en el conjunto de derechos y libertades de los individuos⁹.

Tal modo de comprender el uso de la fuerza o, en otras palabras, del poder institucionalizado, obliga a que el Estado Constitucional no solo se preocupe por preservar para sí el ejercicio de la fuerza, sino que, más que eso, se interese por su racionalización y justificación. Lo que se produce, a su vez, desde dos dimensiones de actuación: “desde los derechos fundamentales que lo limitan y desde la organización del poder que lo encauza y estructura”¹⁰.

El ámbito penal no es ajeno al contenido valorativo de la Constitución, pues se compone de reglas y principios que permiten desvalorar y prohibir la realización de ciertos comportamientos en sintonía, claro está, con el referente valorativo de la norma suprema. Por esto mismo, en el inciso 8° del artículo 20 del Código Penal se establece que está exento de responsabilidad penal “**el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**”.

En efecto, un comportamiento que se mantiene dentro del ámbito de actuación que el propio ordenamiento jurídico *ordena*, debe ser atípico, ya que sería ilógico suponer que se podría crear un riesgo jurídicamente prohibido, que se materialice en la lesión de un bien jurídico o que defraude las exigencias del ordenamiento jurídico contenidas en sede de tipicidad penal, mediante la adecuación del comportamiento a los criterios que el propio sistema jurídico exige u ordena de acuerdo a la posición jurídica que ocupa un ciudadano.

A mayor abundamiento, para la determinación del *riesgo típico* se emplean distintos principios (autorresponsabilidad, exigibilidad y proporcionalidad) en sede de tipicidad¹¹, lo que se observa al revisarse los diversos criterios de imputación objetiva que la doctrina ha sistematizado para orientar el juicio de tipicidad a través de la interpretación teleológica¹². Estos criterios se introducen en el tipo penal a través del análisis realizado mediante el empleo de la teoría imputación objetiva, que actualmente se considera como una herramienta necesaria para la atribución normativa de responsabilidad penal.

La teoría imputación objetiva, hoy en día, goza de un amplio arraigo en la jurisprudencia nacional (Du Puit 2009: 509-562) [Ver: R N n° 4288-97 Ancash, del 13 de abril de 1999 / R N n° 4166-99 Lima, de 7 de marzo de 2000/ RN n° 6239-97 Ancash, del 3 de julio de 1998/ 22vo Juzgado Penal de Lima. Exp. n° 5931-96 Lima, del once de junio de 1997, entre muchas otras] y difícilmente existe algún trabajo serio sobre la configuración objetiva

⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 49

¹⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Tesis Doctoral – Universidad Carlos III de Madrid, p. 396. Consulta: 04 de octubre de 2019. Recuperado de internet: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/4922/tesis_bustamente_alarcon.pdf

¹¹ MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 174.

¹² MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, pp. 174 y 175.



del tipo penal que no tome en cuenta dicha moderna teoría, lo que es una clara manifestación de su importancia.

Se aprecia así que, para afirmar la tipicidad de una comportamiento se requiere llevar a cabo un procedimiento especialmente complejo, donde entren en juego no solo las reglas ni formas de interpretación que se limitan a lo literalmente expresado al interior de la disposición; sino que también deben considerarse todos aquellos principios que sirven para legitimar la intervención del Estado en el marco de libertades ciudadanas o, en caso contrario, si es que estos principios son quebrados, cuestionar el carácter arbitrario de dicha intromisión estatal.

Sobre este punto me parece acertado lo observado por Frisch, quien indica que el objeto del primer nivel de juicio de imputación objetiva es la *determinación de la existencia de un riesgo típicamente relevante*¹³, el mismo que no debe entenderse como mera causalidad dominada por la voluntad, sino que “lo realmente importante para la imputación es si esa creación está o no jurídico-penalmente desaprobada”¹⁴.

Así pues, si se quiere determinar si una conducta da cuenta de un *riesgo típicamente relevante*, entonces, será necesario acudir a criterios materiales (principios) que ayuden a racionalizar el sentido del tipo penal a fin de evaluar la relevancia penal de dicha concreta conducta¹⁵, lo que obliga a tomar en cuenta el aspecto axiológico, a fin de realizar un correcto procedimiento de desvaloración de conductas que nos permita afirmar o negar la relevancia penal de la misma, a razón de presentarse como graves injerencias en la esfera de libertades de las personas y no como meras causaciones de resultados.

A mayor abundamiento, la realización de una conducta típica expresa una ofensa de elevada magnitud, por lo que, incluso, desde una postura bipartita —como la que sostiene Mir Puig— se acepta que la sola configuración del tipo positivo basta para considerar «relevante» el hecho en clave jurídico-penal y activar una función de llamada o advertencia, lo que se explica a razón de que la realización del tipo supone un ataque imputable del bien jurídico, que no desaparece aun cuando se justifique dicha conducta y se excluya así la antijuridicidad de la misma¹⁶.

Siendo esto así, la realización de un comportamiento que consista en el cumplimiento de deberes¹⁷, debería encontrarse cubierto dentro del principio del riesgo permitido, pues no da cuenta de una conducta que crea un riesgo jurídicamente penalmente prohibido que comunique un abierto desconocimiento de las libertades u obligaciones jurídicas, sino todo lo contrario, pues expresa que un ciudadano adaptó su comportamiento a los deberes que surgen de una determinada posición jurídica y —si se quiere— que satisfizo de

¹³ ROBLES, Ricardo. *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 184 – 186.

¹⁴ ROBLES, Ricardo. *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 186.

¹⁵ MONTOYA, Iván. “Aproximación a una funcionalización constitucional de la teoría del delito”. *Derecho PUCP*. Lima, número 71, p. 129. Consulta: 03 de diciembre de 2014. Recuperado de internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8899>

¹⁶ MIR, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 9° edición. Montevideo-Buenos Aires (B de F Ltda.), 2011, pp. 428 – 429.

¹⁷ Nos referimos a un deber jurídico exigible a una determinada persona y no de un deber moral.



ese modo las expectativas de conducta dirigidas a él en su posición concreta (Ej.: la función policial).

No se requiere de un especial contexto conflictivo (causas de justificación) para considerarse toleradas al interior del sistema jurídico, sino que, por el contrario, se hallan en sintonía con lo que el propio sistema jurídico *ordena*, encontrándose tales conductas permitidas de manera general e independiente de circunstancias excepcionales del caso concreto. No nos hallamos, pues, antes lesiones de bienes jurídicos que devienen de la creación de riesgos jurídicamente prohibidos, que solo podrán ser excepcionalmente disculpados, y donde jamás se conseguirá desaparecer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ni la peligrosidad típica de la conducta.

Entonces, para saber cuándo un miembro de las fuerzas armadas, un policía, etc., actúan dentro del cumplimiento del deber, será necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica que dirige dicha actuación. La Corte Suprema ha indicado al respecto lo siguiente:

“Siendo así, para valorar la exigente de responsabilidad penal en el caso del uso legítimo de la fuerza por la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber, corresponder analizar los hechos —en tanto requisitos especiales— conforme a la normativa especializada sobre la temática en particular (...)”¹⁸.

La Corte Suprema se refiere a la Ley que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP (Dec. Leg. n.º 1186), Reglamento del Dec. Leg. 1186 (Dec. Sup. 0112-2016-IN), Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial del 2018 (Res. Min. 952-2018-IN) y a la Directiva que regula el ejercicio de la función fiscal en caso de uso de la fuerza por parte de la PNP (003-2018-MP-FN)¹⁹

Así las cosas, si consideramos que el cumplimiento de los deberes jurídicos son indispensables para el funcionamiento del sistema social y el aparato estatal, así como para que las personas nos desarrollemos en libertad; entonces, no podría entenderse —sin caer en una notoria contradicción— que el correcto cumplimiento de un deber pueda interpretarse como un comportamiento de riesgo jurídicamente prohibido, sobre todo si, en tales casos, el margen de decisión es sumamente limitado, toda vez que la única posibilidad que el ordenamiento jurídico ofrece para no incurrir en responsabilidad es cumplir el deber²⁰.

Aquello es sumamente importante, toda vez que, de acuerdo a la Corte Suprema, **“La exigente 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”**²¹.

¹⁸ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j.7)

¹⁹ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 7)

²⁰ MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 348.

²¹ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 15)



Por ello, no deja de ser interesante que la Corte Suprema —aun cuando no fue materia del pleno— comente la posición de los profesores Caro John y Villavicencio Terreros respecto a 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 delito”²². En específico, la Corte Suprema indica que “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 delinquir”²³. Luego, en el pie de página 21, agregó que “Esta materia no está sobre el tapete de los debates en este momento por lo que la referencia cumple solo el deber de enunciar una opción interpretativa bastante razonable”.

Ahora bien, otro aspecto interesante es lo referente al posible concurso entre “causas de justificación” (aunque a mi criterio el cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad), apartado del Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 donde la Corte Suprema sostuvo que **“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 aplique la institución de la legítima defensa”**²⁴.

La idea es que, en la legítima defensa, el agredido está excepcionalmente autorizado a repeler o impedir la agresión ilegítima dentro del amplio criterio de la *necesidad racional de la reacción defensiva*; mientras que, en el cumplimiento del deber, tanto el personal de las fuerzas armadas como el policía, deberá ceñirse al marco preciso del *deber*, esto es, a las *regulaciones normativas internas acerca del uso de la fuerza* para que el uso de su arma pueda ser calificado como violencia legítima. El cumplimiento de un deber es, pues, un comportamiento estereotipado en sociedad que no requiere de un contexto particular para su permisión, sino “el cumplimiento responsable y sensato de las leyes sobre la materia”²⁵.

Considero que existen distintas razones de peso para considerar que el cumplimiento de un deber²⁶, debe encontrarse amparado dentro del principio del riesgo jurídicamente permitido, pues no da cuenta de una conducta que exprese el desconocimiento de las libertades u obligaciones jurídicas, sino todo lo contrario, ya que es parte del estado normal de interacción social, que en el marco de una democracia constitucional como la nuestra, en modo alguno podría considerarse como un riesgo jurídicamente prohibido.

Finalmente, no debe olvidarse que la teoría del delito persigue, entre otras cosas, delimitar la responsabilidad penal conforme a principios y criterios que moderen razonablemente su contorno con el objeto de que se encuentre dirigido al resguardo de los miembros de la sociedad mediante la prevención limitada del delito, para solo de ese modo, contribuir a la optimización de los derechos y libertades fundamentales, encontrándose así en sintonía con el referente valorativo del Estado Constitucional y Democrático de

²² Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 15)

²³ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 15)

²⁴ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 36)

²⁵ Acuerdo Plenario n.º 05-2019/CJ-116 (f.j. 58)

²⁶ Nos referimos a un deber jurídico exigible a una determinada persona y no de un deber moral.



Derecho²⁷, por lo que es extraño pensar que el hecho de que un ciudadano adapte su comportamiento a los deberes que surgen de una determinada posición jurídica pueda considerarse como un riesgo prohibido que solo aspire a una excepcional disculpa.

Lima, 7 de octubre de 2019.

²⁷ CUELLO, Joaquin. “Ámbito y límites de la teoría de la imputación objetiva”. En URQUIZO, José (Coord) y SALAZAR, Nelson (Coord). *Imputación objetiva*. Lima: Indemsa, 2012, p. 113.