



Proyecto de Ley N° 044-2021-CR

CONGRESISTA RUTH LUQUE IBARRA

"Decenio para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LA LEY N.º 31012 Y RESTITUYE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL USO DE LA FUERZA POLICIAL

Los congresistas de la República que suscriben, a iniciativa de la congresista **Ruth Luque Ibarra**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 22 literal c), 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente **PROYECTO DE LEY**.

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE DEROGA LA LEY N.º 31012 Y RESTITUYE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL USO DE LA FUERZA POLICIAL

Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto derogar la Ley N.º 31012, Ley de protección policial y restituir el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza policial, de modo que, se respeten los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el marco internacional de Derechos Humanos.

Artículo 2.- Derogación de la Ley N.º 31012

Se deroga la Ley N.º 31012, Ley de Protección Policial.

Artículo 3.- Restitución de la vigencia literal c) del numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1186

Se restituye la vigencia del literal c) del numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, en los siguientes términos:

Artículo 4.- Principios

4.1. El uso de la fuerza por el personal de la Policía Nacional se sustenta en el respeto de los derechos fundamentales y en la concurrencia de los siguientes principios:

(...)

C. Proporcionalidad.- El uso de la fuerza es proporcional 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 controlar.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Única.- Modificación del artículo 20 del Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal
Se modifica el artículo 20 del Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

1.1 La Ley N.º 31012 y el uso de la fuerza policial: *La exclusión de la antijuricidad*

La Ley N.º 31012, Ley de protección policial, o también conocida como la "ley del gatillo fácil", tuvo como principales efectos directos en la legislación penal y procesal penal la ampliación del catálogo de inimputabilidad y restricción de la determinación de las medidas de aseguramiento personal. Así, en cuanto al Código Penal (Decreto Legislativo N.º 635, se modificó el numeral 11 del artículo 20 y se estableció: *"El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria cause lesiones o muerte"*. Por lo que se refiere al Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957) se incorporó el artículo 292-A que regula: *"Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 al Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva"*.

Ahora, cabe precisar que, la reforma del artículo 20 del Código Penal, realizada con la Ley N.º 31012, ha significado el mantenimiento o sucesión de una causal de exclusión de la antijuricidad que fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con el Decreto Legislativo N.º 982, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N.º 635, de la siguiente manera: *"El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte"*. Posteriormente, la Ley N.º 30151, Ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, vuelve a modificar la redacción de la causal analizada y señala: *"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"*.

De la revisión comparada de las modificaciones del artículo 20 del Código Penal, podemos advertir que ha sido ampliada, de tal manera que, el numeral 11 sea una causal genérica en los casos en que el uso de fuerza, sea con las armas u otros medios de defensa, produzca muertes o lesiones. Decimos ello, porque la redacción inicial del artículo 20 del Código Penal no preveía un supuesto específico para el personal policial y de las Fuerzas Armadas, esto es, resultaba aplicable el numeral 8 que comprende a todo aquel que *"obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"*. Luego, con el mencionado Decreto Legislativo N.º 982 se incorpora la causal directa para el personal policial y de las Fuerzas Armadas que actúe en *"cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria"*; dicha causal tuvo su modificación con la citada Ley N.º 30151 que amplió ya no solo al uso de las armas, sino a cualquier "otro medio de defensa. Y, es así como, en el 2019, la Ley N.º 31012 modificó el extremo del cumplimiento del deber por el de *"cumplimiento de su función constitucional"*.

Además, el Dictamen recaído en los Proyectos 3846/2018-CR, 3860/2018-CR, 4027/2018-CR, 4027/2018-CR y 4351/2018-CR "Ley de Protección Policial", de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas, sustentó la reforma en análisis en el derecho a la legítima de defensa, esto es, en el numeral 23 del artículo 2 de la Constitución, razón por la cual, motiva el principio de igualdad de los derechos fundamentales. Ello significó también la

realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;

2. El menor de 18 años.

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

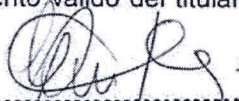
8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Lima, 16 de agosto de 2021


Isabel Cortez A.
Congresista de la
República


RUTH LUQUE IBARRA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

Ruth Luque Ibarra
Vocera T. Junta por el
Perú.


Sergio



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **27** de **Agosto** del **2021**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 044** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO, DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS DROGAS.

.....
HUGO ROVIRA ZAGAL
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **10** de **mayo** del **2023**

De conformidad con lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión realizada el 2 de mayo de 2023, pase también la iniciativa legislativa 44/2021-CR para su estudio y dictamen, a la de: **JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**, como segunda Comisión.

.....
JAVIER ÁNGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

1.1 La Ley N.º 31012 y el uso de la fuerza policial: *La exclusión de la antijuricidad*

La Ley N.º 31012, Ley de protección policial, o también conocida como la "ley del gatillo fácil", tuvo como principales efectos directos en la legislación penal y procesal penal la ampliación del catálogo de inimputabilidad y restricción de la determinación de las medidas de aseguramiento personal. Así, en cuanto al Código Penal (Decreto Legislativo N.º 635, se modificó el numeral 11 del artículo 20 y se estableció: *"El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria cause lesiones o muerte"*. Por lo que se refiere al Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957) se incorporó el artículo 292-A que regula: *"Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 al Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva"*.

Ahora, cabe precisar que, la reforma del artículo 20 del Código Penal, realizada con la Ley N.º 31012, ha significado el mantenimiento o sucesión de una causal de exclusión de la antijuricidad que fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con el Decreto Legislativo N.º 982, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N.º 635, de la siguiente manera: *"El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte"*. Posteriormente, la Ley N.º 30151, Ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, vuelve a modificar la redacción de la causal analizada y señala: *"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"*.

De la revisión comparada de las modificaciones del artículo 20 del Código Penal, podemos advertir que ha sido ampliada, de tal manera que, el numeral 11 sea una causal genérica en los casos en que el uso de fuerza, sea con las armas u otros medios de defensa, produzca muertes o lesiones. Decimos ello, porque la redacción inicial del artículo 20 del Código Penal no preveía un supuesto específico para el personal policial y de las Fuerzas Armadas, esto es, resultaba aplicable el numeral 8 que comprende a todo aquel que *"obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"*. Luego, con el mencionado Decreto Legislativo N.º 982 se incorpora la causal directa para el personal policial y de las Fuerzas Armadas que actúe en "cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria"; dicha causal tuvo su modificación con la citada Ley N.º 30151 que amplió ya no solo al uso de las armas, sino a cualquier "otro medio de defensa. Y, es así como, en el 2019, la Ley N.º 31012 modificó el extremo del cumplimiento del deber por el de "cumplimiento de su función constitucional".

Además, el Dictamen recaído en los Proyectos 3846/2018-CR, 3860/2018-CR, 4027/2018-CR, 4027/2018-CR y 4351/2018-CR "Ley de Protección Policial", de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas, sustentó la reforma en análisis en el derecho a la legítima de defensa, esto es, en el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución, razón por la cual, motiva el principio de igualdad de los derechos fundamentales. Ello significó también la

fundamentación para la incorporación de un supuesto especial en la determinación y aplicación de las medidas de coerción personal.

Dicho lo anterior, el núcleo de la modificación del numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, con la Ley N.º 31012, constituye la invocación al *cumplimiento de la función constitucional de la policía*, como motivación del acto, y el cumplimiento del reglamento, como contexto de generación de la muerte o lesión. Al respecto, el artículo 166 de la Constitución establece que la Policía Nacional tiene "por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno", de igual manera, el artículo 165 del texto constitucional reconoce a las Fuerzas Armadas el control del orden interno durante los regímenes de excepción.

Adicionalmente, el impacto penal y procesal penal de la Ley N.º 31012, se agrava con la derogación del literal c) del numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1186, que significó la exclusión del principio de proporcionalidad que orientaba el uso de la *fuerza policial*. De tal modo, desde el plano penal, estamos frente a una exención de responsabilidad penal, mas no una causa de inimputabilidad (minoría de edad, alteración psíquica, etc.), confusión que puede surgir por la ubicación del supuesto analizado en el artículo 20 del Código Penal, por lo que, como señala Muñoz Conde, "en estos casos, el indicio de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuricidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico"¹.

Siguiendo la estructura de la teoría del delito y la reforma del numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, la exclusión de la antijuricidad procede por el cumplimiento de la función constitucional, lo cual, previo a la Ley N.º 31012, estaba previsto como el *cumplimiento del deber*. Ahora, dicha exclusión se sustenta en razones sociales, jurídicas o políticas, puesto que, la fórmula legal vigente no es más que el *cumplimiento del [deber] constitucional* de la policía, es decir, el *garantizar, mantener y restablecer el orden interno* (art. 166 Constitución), además, por definición un deber jurídico es la "orden o mandato impuesto por la autoridad jurídicamente competente que garantiza la obediencia mediante la amenaza de una fuerza jurídicamente organizada"².

En consecuencia, La Ley N.º 31012 excluye la antijuricidad de los tipos penales de lesiones y homicidio cuando se hace uso de la fuerza policial con la finalidad de garantizar, mantener o restablecer el orden interno, sin que se tenga que tener en cuenta el principio de proporcionalidad, sino el contexto de acción reglamentaria. Tal como hemos dicho y conviene reiterar, el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal es una causa de justificación y no una exclusión de culpabilidad, esta diferencia es importante porque "a diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, con todas las consecuencias que ello comporta"³. De ahí que, el efecto de la aplicación del numeral 11 del artículo 20 del Código Penal es que las muertes o lesiones generadas por el uso de la fuerza policial se convierten en hechos lícitos aprobados por el ordenamiento jurídico vigente, lo que —extendido al proceso penal—, ha permitido que el legislador

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 106.

² RUIZ RESA, Josefa, *Teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 187.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, cit., p. 106.

incorpore el supuesto de exclusión de la prisión preventiva y detención preliminar judicial como medidas de coerción aplicables en los casos de uso de la fuerza policial.

1.1. El principio de proporcionalidad en el Estado de Derecho: *El caso del uso de la fuerza policial*

En el apartado precedente hemos desarrollado que el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal (modificado con la Ley N.º 31012) tiene la naturaleza jurídica de una causal de exención de responsabilidad. Así, ello implica que debe sujetarse a unos requisitos que se sistematizan de la siguiente manera: a) El deber invocado sea jurídico y no religioso o moral; b) La conducta sea proporcional y de necesidad racional, de modo que el sujeto no puede extralimitarse del deber; y c) La voluntad del sujeto esté motivada por cumplir el deber⁴. Bajo esta línea de argumentación, la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha pronunciado acerca del uso racional de la fuerza policial, conforme se cita enseguida: "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"⁵.

Cabe precisar que, la doctrina legal establecida por la Corte Suprema de Justicia en el citado Acuerdo Plenario N.º 05-209/CJ-116, tuvo como objeto de pronunciamiento el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, previo a la reforma de la Ley N.º 31012 y el Decreto Legislativo N.º 1186. Sin embargo, la mencionada ley derogó el literal c) del numeral 4.1 del artículo 4, con lo que se desnaturalizó la causal de causa de justificación, porque, primero, prescinde del principio de proporcionalidad, a pesar que en el objeto de la ley se menciona al *principio de razonabilidad de medios*; segundo, se exige legalmente que la razonabilidad se interprete en favor del personal policial; y, tercero; se aplica la legítima defensa del personal policial y de la sociedad.

Además, no resulta de recibo asumir que la Ley N.º 31012 no haya trastocado la aplicación del *principio de proporcionalidad*, por el hecho de haber consignado en su artículo 3 que se excluyen los beneficios legales cuando el uso de las armas o medios de defensa contravengan la Constitución y las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos, por las siguientes razones: 1) La ley refuerza que el supuesto de exclusión de la antijuricidad es el *cumplimiento de la función constitucional*, de lo cual se puede colegir que, si los agentes policiales hacen uso de la fuerza para restablecer el orden interno cumplirían el supuesto normativo; 2) La misma ley deroga la vigencia del principio de proporcionalidad como principio rector del uso de la fuerza policial; y 3) La ley exige que la razonabilidad sea interpretada en favor del agente policial que haga uso de sus armas u otro medio de defensa.

Sobre el particular, la Ley N.º 31012, no solo habría sido un intento de superar las limitaciones derivadas del citado Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116, sino, además, una defraudación a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que, claramente, señaló que "todo empleo de las armas, incluyendo el uso de la fuerza debe enmarcarse bajo los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, siendo estos aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario

⁴ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 111.

⁵ Véase, Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116, del 10 de septiembre de 2019, f.j. 27.

ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución"⁶.

Dicho lo anterior, conviene recordar la definición de la proporcionalidad aplicada al uso de la fuerza policial que estaba prevista en el derogado literal c) del numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1186: "El uso de la fuerza es proporcional 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 controlar". De este modo, la exclusión de este principio conlleva a que el uso de la fuerza policial, actualmente, no necesite cumplir la relación proporcional entre la fuerza empleada y la situación específica de control, por lo que, se convierte en una norma propia de un Estado policial.

Al respecto, tal como desarrolla Zaffaroni, los estados policiales están dentro de los estados reales, pero el Estado de derecho debe actuar como contención, de lo contrario, se debilita y avanza hacia el estado policial ideal en el que las agencias ejecutivas no tienen límites jurídicos y el sistema de justicia se convierte en un apéndice meramente formal⁷. Pues bien, con la entrada en vigencia de la Ley N.º 31012 se ha empoderado el estado policial y reducido el Estado de derecho, toda vez que, como veremos en el siguiente apartado, el uso de la fuerza policial, fuera de la necesaria limitación al principio de proporcionalidad, tiene impacto en el ejercicio del derecho a la protesta social y se ha convertido en un mecanismo de criminalización de la misma, todo lo cual, atenta contra la democracia dentro de un Estado de derecho.

1.2. Derechos fundamentales, protesta social y uso de la fuerza policial

Comenzamos el presente apartado, con la relación entre derechos fundamentales y democracia sustancial que describe Ferrajoli en los siguientes términos: "la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo: pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia"⁸.

Dicho lo anterior, la protección de los derechos fundamentales es la causa del contrato social que legitima el poder político, de ahí que, no habrá democracia allí donde los derechos fundamentales sean desconocidos. Ahora, conforme las bases de la democracia, en esta no se impone la voluntad de las mayorías, sino se respeta la libertad de crítica de todos los ciudadanos, por ello, la *protesta social* constituye un derecho fundamental que está reconocido en nuestro país, tal como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: "(...) a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la representación, resulta una exigencia del orden público

⁶ STC, del 9 de septiembre de 2009, Exp. N.º 02-2008-PI/TC.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *estructura básica del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 31.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 53.

constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política"⁹.

En esta línea de argumentación, en el Perú, toda persona tiene el derecho fundamental a protestar contra el poder público o privado como expresión de su posición crítica dentro del sistema democrático. Sin embargo, el derecho fundamental a la protesta social, al igual que todos los derechos fundamentales, no es absoluto y puede ser restringido en los casos que transgreda los límites constitucionales. Esta situación de límite al ejercicio de la protesta social se relaciona con el uso de la fuerza policial para el restablecimiento del orden interno, razón por la cual, el Tribunal Constitucional, de manera coherente con su línea jurisprudencial desde el año 2009, ha remarcado que, en los casos de restricción del derecho a la protesta social, el uso de la fuerza "debe ser, en todos los casos, conforme a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, esto es, debe ejercerse de manera estrictamente necesaria y proporcional, lo cual implica distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no es la violencia en sí misma y no emplean medios violentos, y aquellos que deliberada e injustificadamente incurren en actos o amenazas de violencia durante una protesta"¹⁰.

Así, resulta imprescindible la vigencia del principio de proporcionalidad para que oriente el uso de la fuerza policial, sobre todo, en los casos en que la población ejerza su derecho fundamental a la protesta social, dado que, la expresión crítica al poder no puede ser restringida *per se*, sino de acuerdo a las situaciones específicas que se presenten, es decir, la regla es el respeto al derecho a la protesta social y la excepción es su limitación. En caso contrario, se vacía de contenido al derecho fundamental y se produce una criminalización de la protesta social en la que se recurre al uso de la fuerza policial y, con ello, el aumento de víctimas de los conflictos sociales.

En consecuencia, para la limitación del derecho a la protesta social no se puede recurrir en primera instancia al uso de la fuerza policial, por el contrario, solo podrá ser utilizada en casos de necesidad y su empleo deberá ser proporcional, tales exigencias constitucionales buscan evitar que se causen lesiones o muertes de ciudadanos que hayan ejercido su derecho fundamental.

1.3. La racionalidad normativa y el respeto de la autonomía de los poderes del Estado.

Ahora veremos que la Ley N.º 31012 carece de racionalidad, no solo por carecer de sistematicidad, sino que tampoco es acorde a la realidad social peruana. En cuanto a la perspectiva sistemática de la legislación penal, el numeral 11 del artículo 20, tal como hemos señalado, se trata de un supuesto especial por razón del sujeto, dado que, el *cumplimiento de un deber* o, siguiendo la redacción de la Ley N.º 31012, el *cumplimiento de la función constitucional* ya se encuentra prevista en el numeral 8 del

⁹ STC, del 2 de junio de 2020, Exp. N.º 09-2018-PI/TC.

¹⁰ STC, del 2 de junio de 2020, Exp. N.º 09-2018-PI/TC.

mismo artículo 20 del Código 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"*.

De ahí que, se trata de un supuesto reiterativo e innecesario, incluso, desde una perspectiva de derecho comparado, los supuestos en que se hace uso de las armas por parte de la policía se resuelven con los requisitos generales de las causas de justificación. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español ha señalado lo siguiente: "Respecto a la eximente de cumplimiento de un deber, oficio o cargo, han sido diseñados sus requisitos por nuestra jurisprudencia, en el sentido de que se integra por los siguientes elementos: a) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; b) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados; c) que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y d) que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza"¹¹.

Ahora, si bien el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal carece de sistematicidad, sí se convierte en una norma diferenciadora para el uso de la fuerza policial sin que se tenga presente la proporcionalidad. Es decir, la pertinencia de esta norma debe ser analizada con el resultado de la Ley N.º 31012 que es la distorsión constitucional del uso de la fuerza policial, puesto que, como ha indicado la Defensoría del Pueblo "solo resultará constitucionalmente legítimo cuando tal acción resulte inevitable, dirigiéndolo a los autores de los hechos de violencia sin ataques generalizados o indiscriminados, guardando una actuación que se encuentre en directa proporción con la gravedad de los delitos perpetrados y procurando infligir el menor daño que resulta posible"¹².

Cabe destacar que, la Ley N.º 31012 carece de la racionalidad, en los términos que la define Díez Ripollés, que "garantizara decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación a la realidad social en la que se formulan"¹³. Por eso, dicha ley no es más que un retroceso, tal como lo ha calificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque "no solo reiteró la ya mencionada eximente de responsabilidad penal, sino que además estableció la prohibición de dictar mandatos de detención preliminar judicial o prisión preventiva contra policías investigados por las lesiones o muertes causados por estos (...). La derogación del principio de proporcionalidad contraviene los estándares aplicables. ACNUDH considera que la Ley de Protección plantea serios obstáculos para la lucha contra la impunidad, la rendición de cuentas y el acceso a la justicia"¹⁴.

¹¹ STS núm. 5251/2020, del 15 de octubre de 2010, Sala de lo Penal.

¹² DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Informe de Adjuntía N.º 011-2017/DP-AAC, Opinión de la Adjuntía de asuntos constitucionales sobre el proyecto de ley que propone modificar el decreto legislativo 1186 que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, versión digital disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-011-Uso-Fuerza-PNP.pdf>.

¹³ Díez RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 87.

¹⁴ NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS-ALTO COMISIONADO, "Informe sobre la Misión a Perú 17-22 de noviembre de 2020", versión digital disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/PE/Informe-Mission-Peru_SP.pdf, p. 5.

Adicionalmente, la creación de la figura del Procurador Público Especializado en la defensa legal del Policía Nacional del Perú, mediante la modificación del numeral 15.2 del artículo 15 del Decreto Legislativo N.° 1068, tampoco es sistemática, puesto que el numeral 15.1 del mismo artículo 15 señala que "el Procurador Público Especializado ejerce la defensa jurídica del Estado en los procesos o procedimientos que por necesidad y/o gravedad de la situación así lo requiera", esto resulta incoherente, con el objeto redactado en la Ley N.° 31012, cuando señala que se busca "brindar el servicio de asesoría y defensa legal gratuita al personal policial", porque no es lo mismo el Consejo de Defensa Jurídica del Estado que la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el primero defiende al Estado y el segundo otorga, justamente, el servicio de defensa pública para que se garantice el derecho fundamental de defensa técnica.

En consecuencia, la Ley N.° 31012 tiene un efecto negativo frente al avance del reconocimiento del derecho a la protesta social que ha efectuado el Tribunal Constitucional, sumado a la incorrecta interferencia en la actividad fiscal y judicial, debido a que, la incorporación del artículo 292-A en el Código Procesal Penal limita la discrecionalidad fiscal en la formulación de los requerimientos de las medidas de coerción personal y, a la vez, restringe el principio de jurisdiccionalidad que reserva a los jueces que determinen la procedencia de la restricción de la libertad en función al caso concreto.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta legislativa tiene efecto en la legislación penal, procesal penal y administrativa. Así, en cuanto al Código Penal, se elimina el supuesto específico de causa de justificación (artículo 20 numeral 11 del Código Penal), por cumplimiento de la función constitucional, que permite excluir la antijuricidad de la conducta de los integrantes de las Fuerzas Armadas y el personal policial que genere lesiones o muertes con uso de armas u otros medios de defensa para el mantenimiento o restablecimiento del orden interno. Además, en clave de regulación sistemática, se reintroduce el principio de proporcionalidad en el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 1186 para que actúe como un principio de rector en el uso de la fuerza policial.

En el plano procesal penal, con la derogatoria de la Ley N.° 31012, se deroga el numeral 292-A del Decreto Legislativo N.° 957, que obliga a los jueces y fiscales a imponer comparecencia con restricciones en los procedimientos penales que se inicien por hechos en que el uso de la fuerza policial haya sucedido en cumplimiento de la función constitucional, de tal manera que, en respeto de la función fiscal y jurisdiccional, se retorna a las reglas generales y específicas de las medidas de coerción personal. Por último, en el ámbito administrativo, la derogatoria tiene efecto en la composición del cuerpo de procuradores públicos especializados, debido a que, deja de existir la figura del Procurador público especializado en la defensa legal del Policía Nacional del Perú.

Por lo tanto, la legislación nacional retoma su camino en el progreso del respeto de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, debido a que el uso de la fuerza policial frente a las situaciones en que la población haga uso de su derecho fundamental a la protesta social, deba ser de forma necesaria y proporcional, con lo que, se refuerza el sistema democrático que permite el ejercicio de la crítica al poder público o privado.

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, realizaremos un análisis cuantitativo que identifique los efectos sobre las personas o los grupos de personas en las que impactará la propuesta. Así, tomamos como punto de partida las cifras de la Defensoría del Pueblo sobre los muertos y heridos que se han registrado producto de los conflictos sociales en nuestro país desde el año 2006 al 2021.

PERÚ: MUERTOS Y HERIDOS EN CONFLICTOS SOCIALES, SEGÚN AÑO, POR CONDICIÓN, 2006-2021 (Cantidad de personas)

Año	TOTAL	Muertos		TOTAL	Heridos		
		Civiles	PNP		Civiles	PNP	FF.AA.
TOTAL	301	266	35	5554	3710	1831	13
2006-2011	196	166	30	2360	1834	526	-
2012	24	24	-	649	355	289	5
2013	9	9	-	352	207	145	-
2014	16	16	-	203	160	43	-
2015	19	16	3	872	422	450	-
2016	6	4	2	206	117	89	-
2017	6	6	-	104	78	26	-
2018	5	5	-	134	86	40	8
2019	2	2	-	174	48	126	-
2020	14	14	-	378	299	79	-
2021	4	4	-	122	104	18	-

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

De la lectura del cuadro precedente, obtenemos que durante los años considerados ha habido 266 civiles muertos y 3710 civiles heridos. Ahora, conforme a la fundamentación de la propuesta legislativa, el factor que consideramos determinante es la incorporación de la causa de justificación del numeral 11 del artículo 20 del Código Penal y la exclusión del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza policial, en específico, en el contexto de los conflictos sociales, de tal modo que, con la exclusión de la causa de justificación específica mencionada y la reincorporación del principio de proporcionalidad se logrará un impacto positivo para evitar que se cause lesiones o muertes durante el ejercicio del derecho fundamental de protesta social.

De este modo, los actores involucrados sobre los que se producirán los efectos la presente propuesta legislativa son el Poder Ejecutivo, Policía Nacional del Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público y la sociedad civil, conforme el detalle que se sistematiza en el cuadro siguiente:

Actores involucrados	Efectos directos	Efectos indirectos
Poder Ejecutivo, Policía Nacional del Perú y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Se fortalece el régimen democrático y Estado de Derecho. Se cumple el Plan Nacional de Derechos Humanos, sobre cultura de respeto a los derechos humanos y de la política pública. El uso de la fuerza policial se enmarca en el principio de proporcionalidad y las causas de justificación. Se excluye el Procurador Público Especializado de defensa legal del Policía Nacional del Perú. No genera gasto público.	Se incentiva que los protocolos de actuación policial respeten el principio de proporcionalidad. Se incentiva que las agencias del Poder Ejecutivo respeten el derecho de la protesta social.
Ministerio Público y Poder Judicial	Se fortalece la autonomía institucional del Poder Judicial y del Ministerio Público. No genera gasto público.	Incentiva que las decisiones judiciales y fiscales apliquen los principios constitucionales en la determinación de las medidas de coerción en los procesos penales generados por el exceso de uso de la fuerza policial.
Sociedad civil	Se fortalece el respeto del derecho fundamental a la protesta social. Se reduce el riesgo de lesiones o muertes frente a un uso desproporcionado de la fuerza policial.	Promueve que las organizaciones sociales ejerzan el derecho fundamental de la protesta social de forma constitucional.

IV. RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS NACIONALES DEL ESTADO

La presente propuesta legislativa se alinea dentro de la Primera Política de Estado del Acuerdo Nacional referida a la Democracia y Estado de Derecho, cuyo objetivo 1 se denomina "Fortalecimiento del Régimen Democrático y del Estado de Derecho" y que comprende lo siguiente: "(a) defenderá el imperio de la Constitución asegurando su funcionamiento como Estado constitucional unitario y descentralizado, bajo los principios de independencia, pluralismo, equilibrio de poderes y demás que lo integran; (b) garantizará el respeto a las ideas, organizaciones políticas y demás organizaciones de la sociedad civil, y velará por el resguardo de las garantías y libertades fundamentales, teniendo en cuenta que la persona y la sociedad son el fin supremo del Estado; (c) fomentará la afirmación de una cultura democrática que promueva una ciudadanía consciente de sus derechos y deberes; y (d) establecerá normas que sancionen a quienes violen o colaboren en la violación de la constitucionalidad, los derechos fundamentales y la legalidad".

De esta manera, la propuesta legislativa fortalece la cultura democrática del país, puesto que, con la aprobación se garantizará que el ejercicio del derecho fundamental a la protesta social no se vea restringido por un uso de la fuerza policial que no cumpla con el principio de proporcionalidad. A esto se añade la relación con el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, en específico con el lineamiento estratégico 1 de la Promoción de una cultura de derechos humanos y la Paz, entendido como "el proceso de educación, enseñanza y difusión de los derechos humanos y de los principios de dignidad, libertad, igualdad, justicia, solidaridad y paz en los que se cimientan normas básicas para la convivencia pacífica, justa y solidaria entre personas".

De igual manera con el lineamiento estratégico 2 del citado plan nacional que es el Diseño y fortalecimiento de la Política Pública de Promoción y Protección de los Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, con el que se resalta que "las instituciones democráticas del Estado y herramientas y estrategias cuentan con una clara orientación hacia la materialización de los derechos de las y los peruanos". Razón por la cual, la propuesta legislativa cumplirá con fomentar la cultura de respeto de los derechos humanos, al restringir que el uso de la fuerza policial cumpla con el principio de proporcionalidad, lo cual tiene como efecto fortalecer el respeto del derecho fundamental de la protesta social que, a la vez, refuerza el sistema democrático peruano.