



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la causa de justificación en el ejercicio de la fuerza por la Policía Nacional y Fuerzas Armadas

Grounds justifying the unconstitutionality of the justification for the use of force by the National Police and Armed Forces

MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio*

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrolló los fundamentos que justifican la inconstitucionalidad de la causa de justificación en el ejercicio de la fuerza por la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, para ello se ha planteado como problemática que la incorporación y posterior modificación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal peruano enfrenta por un lado el bien jurídico vida e integridad personal con la función constitucional de causar lesiones o la muerte. Para dar respuesta a esta problemática primero se abordó el tema desde un enfoque ius filosófico, otorgándole un sentido al Derecho, por eso se tomó la corriente pospositivista que incorpora garantías constitucionales, encontrando sustento en la rigidez constitucional, el Derecho ya no entendido solamente como un conjunto normativo, sino que, debe considerarse principio, reglas y el respeto a la dignidad humana.

Por último, se determinó el elemento de antijuridicidad y la causa de justificación, analizando los elementos formales y materiales de la antijuridicidad como componente de la teoría del delito, entendiendo que el injusto penal debe ser abordado desde la conducta humana típica y antijurídica; y, en ese sentido la causa de justificación encuentra sustento en el ordenamiento jurídico al estudiar cuando el injusto penal amerita culpabilidad y en qué momento el injusto se justifica.

Palabras Claves — Derecho, pospositivismo, dignidad humana, bien jurídico protegido, vida e integridad personal, antijuridicidad, causas de justificación.

ABSTRACT

In this work, the foundations that justify the unconstitutionality of the cause of justification in the exercise of force in the National Police and Armed Forces have been developed, for this purpose it has been raised as a problem that the incorporation and subsequent modification of subsection 11 of article 20 of the Peruvian Penal Code confronts on the one hand the legal good of life and personal integrity with the constitutional function of causing injuries or death. To address this issue, the paper first approached the topic from a legal-philosophical perspective, giving meaning to Law.

Finally, the element of unlawfulness and the justification were determined, analyzing the formal and material elements of unlawfulness as a component of the theory of crime. Finally, conclusions were presented, and the list of references was provided.

Key words — Law, post-positivism, human dignity, protected legal right, life and personal integrity, unlawfulness, justifications.

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas · III. Problematicación · IV. Enfoque ius filosófico · V. Finalidad del Derecho Penal · VI. Antijuridicidad y causas de justificación · VII. Conclusiones · VIII. Lista de Referencias.

* Abogado y Maestro en Ciencias, mención Derecho Penal y Criminología, por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Ponente en eventos académicos, abogado litigante del Estudio Jurídico Wille Zur Macht. Código ORCID: [0000-0002-3844-8535](https://orcid.org/0000-0002-3844-8535). Correo electrónico: bemunozo@unc.edu.pe.

<https://doi.org/10.70467/rqi.n16.7>

Recibido: 11 de abril
Evaluado: 19 de mayo
Publicado: 31 de julio

I. Introducción

Este trabajo se desarrolló en el campo del derecho penal general, para ello nos hemos concentrado en el elemento de antijuridicidad, analizando de manera específica las causas que justificarían el comportamiento antijurídico en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la misma que se encuentra regulada en el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal peruano, en adelante CP.

Con ello se gesta una incongruencia entre los cimientos de un Estado Constitucional de Derecho y el ordenamiento jurídico, entendiendo que por un extremo el Estado Constitucional de Derecho protege al ser humano y su dignidad, mientras que el ordenamiento jurídico sustenta su funcionamiento en el respeto irrestricto a las normas vigentes y aplicables en este Estado Constitucional de derecho.

El Estado a través del Derecho Penal castiga con penas las conductas que no se adecuan al ordenamiento jurídico; el presente trabajo se desarrolla a partir del método dogmático, y explica las causas que justifican la conducta antijurídica cuando el fin es causar lesiones o muerte por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, atendiendo a la implementación y posterior modificación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal.

El Estado a través del Decreto Legislativo N.º 982¹ incorpora al CP el inciso 11 en el Artículo 20, estableciendo justificación al comportamiento de los efectivos policiales y militares cuando lesionan bienes jurídicos como la vida y la salud de los ciudadanos, entregando una apariencia de legalidad; sin embargo, tal apariencia debería desvanecerse al someterlo al principio de proporcionalidad; introduciendo al debate la protección de bienes jurídicos y la legalidad de justificar su vulneración.

Ya la Defensoría del Pueblo adelantaba esta línea de análisis al describir que tal Decreto excedía las facultades legislativas que recibió el Poder Ejecutivo y por lo tanto era inconstitucional por forma; sin embargo, el Tribunal Constitucional estableció que dicho inciso 11 del Artículo 20 del CP no es inconstitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 0012-2008; ya que, el mismo Tribunal aclara que una mala técnica legislativa no es causa para la inconstitucionalidad.

Es así como el lunes 13 de enero de 2014 se publica en el Diario Oficial El Peruano 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. De la misma forma el 26 de marzo de 2020 se modificó nuevamente el inciso 11 de Artículo 20.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha resuelto que no habría material de inconstitucionalidad en el inciso 11 del Artículo 20 del CP; con este trabajo proponemos y desarrollamos tres fundamentos por los cuales se considera que debería atenderse la inconstitucionalidad: primero desde un aspecto ius filosófico, segundo desde el análisis del fin del derecho penal y tercero desde el estudio de las categorías jurídicas de antijuridicidad y causas de justificación.

II. Métodos y técnicas

Para el desarrollo de este artículo se acudió a los métodos cualitativos de investigación y propios del derecho, tales como la hermenéutica jurídica para analizar e interpretar los contenidos de las modificatorias de la ley penal, asimismo se acudió a la dogmática jurídica para analizar y darle contenido a los conceptos, instituciones y principios que regulan el derecho penal, tanto sustantivo como procesal. Se utilizó la argumentación para construir los argumentos jurídicos doctrinarios sobre los límites del uso de las fuerzas por parte de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas. Finalmente, como técnicas de investigación se acudió al análisis documental tanto de las fuentes doctrinales como legislativas del Derecho penal, sustantivo y procesal.

¹ Si bien es cierto que el poder encargado para promulgar leyes es el Legislativo; sin embargo, mediante la Ley N.º 29009, el Poder Legislativo delega facultades al Poder Ejecutivo, para que legisle en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de 60 días hábiles, en aras de implementar la estrategia para combatir el crimen organizado se incorporó el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal como una causal de justificación.

III. Problematización

El inciso 11 del Artículo 20 del Código Penal ha sido modificado dos veces desde su incorporación en el año 2007; se tiene que mediante el Decreto Legislativo N.º 982, el 22 de julio de 2007 se introduce como causa de justificación que 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.

Para el año 2014 se promulga la Ley N.º 30151 el 13 de enero, que modifica por primera vez el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal en los siguientes términos: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

Posteriormente, para el año 2020 se promulgó la Ley N.º 31012 el 28 de marzo, que vuelve a modificar el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal prescribiendo que: el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en el uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

Como podemos advertir la última modificatoria del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal otorga protección a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para causar lesiones o muerte en el ejercicio de la función constitucional, de tal suerte que la conducta desprendida por el sujeto agente aun cuando devenga en antijurídica exista una causa que la justifique.

En este contexto, la problemática se suscita al confrontarse dos intereses con relevancia jurídico penal: el derecho a la vida y la integridad personal en colisión con la facultad de causar lesiones o la muerte en el ejercicio de la función constitucional. Esta problemática lleva a replantear si esta causa de justificación de un comportamiento antijurídico es o no constitucional.

IV. Enfoque ius filosófico

El entendimiento del derecho parte por comprender su objeto de estudio y los métodos y técnicas que se utilizan para su análisis. Para lograr tal finalidad se han desarrollado una serie de corrientes ius filosóficas.

En esta línea de exposición el Derecho es, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas (Atienza, p.19). Por ende, para definir qué es el Derecho, se han especificado corrientes iusfilosóficas habiendo básicamente tres concepciones que han jugado un papel central y otras dos que se las puede considerar laterales.

En esa línea de ideas la columna vertebral iusfilosófica que sustenta el análisis de la problemática suscitada a raíz de la incorporación de causas que justifican el comportamiento antijurídico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encajona en la corriente filosófica post positivista²; toda vez que las concepciones de derecho clásicas a partir de las últimas décadas del siglo XX parecen haber entrado en crisis, por lo que el constitucionalismo irrumpe con mayor fuerza a partir de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de constituciones rígidas, implicando asumir lo que Atienza (2013) describe: «entender que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral» (p. 29); tal es así que se introduce en la definición del derecho la discusión no solo de las normas reglas sino también de las normas principio.

Por lo antes expuesto, el tema que se aborda tiene su fundamento en la necesidad de construir el contenido del principio de dignidad humana como sustento de las causas que justifican el comportamiento de las Fuerzas Policiales y Militares que lesionan la salud y la vida de los ciudadanos en el cumplimiento de un deber constitucional; regulado en el artículo primero de la Constitución Política del Perú en concordancia con el artículo 44 del mismo cuerpo normativo que prescribe: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

El respeto a la dignidad de la persona humana son el fin supremo de la sociedad y del Estado, con ello las fuerzas policiales y militares que causen lesiones o muerte despliegan un comportamiento antijurídico que debería ser sancionado penalmente; sin embargo, al existir en el Código Penal una causa que justifique tal comportamiento antijurídico vendría en atentatorio a la dignidad humana. «Al hablar de dignidad supone necesariamente referirse a Kant» (Atienza, 2022), esta idea nos lleva a considerar la formulación del imperativo categórico: el deber de tratar a los demás y de tratarnos a nosotros mismos como fines en sí mismos y no meramente como instrumentos.

² El positivismo establece de manera clara cómo definir el derecho en relación con elementos descriptivos o empíricos y sin hacer valoraciones sobre el contenido sustantivo de la norma.

La dignidad humana responde a la protección de la vida del ser humano, ésta no puede ser vulnerada de manera arbitraria, así lo establece la Convención Americana de los Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica», que en su Artículo 4 refiere la protección al derecho a la vida y la no privación de éste de manera arbitraria.

Tales derechos fundamentales encuentran su sustento en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, que tiene como base iusfilosófica la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, parafraseando a Ferrajoli, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno jurídico.

Esta corriente de constitucionalización del ordenamiento jurídico encuentra sustento en la dignidad humana, toda vez que se considera al ser humano un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar una finalidad. Para esta corriente iusfilosófica la función del Estado se orienta a la protección de los derechos al margen de la ley; por el contrario, se evidencia la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.

Entonces si la sociedad y por ende el Estado tienen como fin supremo la defensa de la persona humana y su dignidad, ésta no se fundamenta en un derecho meramente normativo y legalista como proponía la escuela iuspositivista clásica con su máximo representante Hans Kelsen (1934), que manifestaba: «la teoría pura del Derecho es una teoría de Derecho positivo. Del Derecho positivo, a secas, no de un orden jurídico especial»; es decir, quiere separar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos extraños; ya que, por su parte, el iuspositivismo niega una conexión entre derecho y moral.

Al introducir a la esfera de debate la defensa de la persona humana y su dignidad, esta categoría jurídica encuentra sustento en la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución, incluyendo a los principios implícitos que de ella se derivan, bajo el respeto irrestricto a las garantías constitucionales que el pospositivismo incorpora a la manera de observar el derecho y cómo esta influye, ya no en una rama especial del derecho, sino en todo el orden jurídico en general.

Entonces, el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra vinculado a una concepción normativa de la persona como agente moral, responsable y libre, por ende, el reconocimiento de estos derechos responde a la capacidad de actuar legítimamente dentro del marco constitucional, respetando la dignidad y la vida humana de los ciudadanos, legitimando así el Estado constitucional y democrático de derecho.

En la esfera del derecho penal la vida de la persona humana ha sido elevada a categoría de bien jurídico protegido, entendiendo a la vida no solo como un ente abstracto sino, por el contrario, como un derecho con sustento constitucional, siendo la base de todo Estado que se defina como constitucional y de derecho; para ello el derecho penal no se encuentra aislado de los cambios y transformaciones de los contenidos de los textos constitucionales.

El derecho penal sanciona con penas las conductas antijurídicas, el quitarle la vida a un ciudadano viene a ser una conducta antijurídica que se tipifica como homicidio en su tipo base; empero, el derecho penal también ha incluido causas que justifican la muerte de un ciudadano; sin embargo, una de estas causas tiene un sustento apartado de los alcances constitucionales: la facultad de causar lesiones o muerte en el ejercicio de la función constitucional.

Al haber incorporado una causa que justifica la muerte de una persona por accionar de las fuerzas policiales o militares no deviene en absoluto en constitucional; viceversa, la vida y la dignidad de la persona humana estrictamente hablando encuentran su fundamento en los parámetros de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, en principios que garantizan que la dignidad humana sea transversal en el análisis del ordenamiento jurídico.

Tal es así que sustentar la justificación de la muerte de una persona por el solo hecho de encontrarse en el ejercicio de un deber significaría aceptar la violación a la dignidad humana, y ésta es, o al menos debería ser, inviolable. Para ser lógicos con el razonamiento, el pospositivismo jurídico es la corriente que respalda con mayor criterio las ideas de este trabajo, toda vez que se entiende que el Derecho no solamente viene a ser un conjunto de reglas, sino que también lo integran principios; la dignidad humana y el respeto a la vida no deberán ser puestos en contraposición con el ejercicio constitucional de las Fuerzas Policiales y Militares.

V. Finalidad del Derecho Penal

De esta perspectiva es necesario resaltar el fin del derecho penal desde un sentido dogmático jurídico, para ello Ferrajoli (1995) explica: «la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza», en un entender general la limitante del ciudadano en el ejercicio de la venganza se concentra en la confianza de que el Estado, a través del derecho penal, pueda cumplir en alguna medida con una sanción.

Existe una estrecha vinculación entre el derecho penal y la pena, es sabido que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada (Ferrajoli, 1995). La finalidad del derecho penal la relacionamos con el fin del castigo punitivo, entre las varias teorías que se han desarrollado encontramos a dos que a lo largo de la historia se encuentran en contraposición: la teoría absoluta de la pena y la teoría de la prevención, las mismas que le dan contenido a la sanción penal.

Ahora, el fin del derecho penal lo podemos encontrar en la protección de bienes jurídicos: «el concepto —bien jurídico— se atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum» (Abanto, 2014, p. 27). En la misma línea de ideas, Abanto (2014) sustenta que:

(...) durante la primera mitad del siglo XX, quería oponerse así a la concepción individualista de la lesión de derechos de Paul Johann Anselm Feuerbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea, uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de Feuerbach, que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente lesionado por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea, sobre el interés de toda la colectividad (p. 28).

Entonces, si consideramos que el derecho penal protege «bienes jurídicos», la pregunta se manifiesta de manera rauda: ¿Qué es un bien jurídico? Abanto Vásquez nos dice que «ha resultado infructuosa la idea de pretender proporcionar un concepto exacto del bien jurídico»; en la actualidad se propone un concepto con un mínimo de contenido, referido a «algo» sobre el cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista: interés social, valores, relaciones reales de la persona con unidades sociales de función.

En la misma línea de pensamiento, el profesor de Zaragoza Gracia Martín (2004) considera que: «la misión del derecho penal, como está universalmente reconocido en nuestro ámbito jurídico, es la protección de los bienes jurídicos que configuran el orden valioso de la vida social» (p. 212). De la misma manera se tiene que el «bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos» (Roxin, 2007, p. 91).

En este sentido, encontramos que, si la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en la problemática planteada se encuentran en colisión, por una parte, bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, y, en contrasentido, la facultad de causar lesiones o muerte en miras del cumplimiento de la función constitucional, encerrada en una causa de justificación.

Las causas de justificación en nuestro ordenamiento jurídico penal se regulan en el Artículo 20 del Código Penal, refiriendo que previamente se cumpla con analizar la conducta humana desprendida por una acción que la desarrolla el efectivo policial o militar, que a la vez deberá ser típica y antijurídica: la tipicidad cumplirá con los elementos objetivos y subjetivos, y seguidamente la antijuridicidad analizará el comportamiento contrario al orden jurídico y la vulneración al bien jurídico vida o integridad personal.

Estas concepciones muestran una inconsistencia entre los cánones que constitucionalmente protege el derecho penal como bienes jurídicos y lo que políticamente el Estado puede considerar como una causa que justifica el comportamiento antijurídico. Desde esta perspectiva consideramos que la finalidad de mostrar a nivel social que otorgar facultades de causar la muerte o lesionar a las Fuerzas Policiales o Militares reduce los índices de criminalidad ha llevado a un contrasentido en la finalidad del derecho penal y en los mecanismos para justificar un comportamiento antijurídico.

VI. Antijuridicidad y causas de justificación

En el trabajo que se presenta se desarrolla la antijuridicidad de la conducta que ejercen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional al causar lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones, y la legitimación para realizarla nos hace pensar que los problemas de la delincuencia en el país se solucionarán. El Poder Ejecutivo, con el afán de combatir la delincuencia, regula como causas de justificación el causar lesiones o muerte como estrategia de lucha contra la inseguridad.

La conducta que despliegan al causar lesiones o muerte las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es antijurídica, respondiendo ésta a un hecho típico y a la vez contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo, la conducta que es considerada típica, si se la regula como causa de justificación en el ejercicio de un deber, se convierte en atípica.

En consecuencia, las causas de justificación juegan un rol importante entendiendo que una conducta pueda pasar de ser típica a ser no antijurídica; ello se relaciona con el concepto de antijuridicidad: Kelsen (2007) establece que «lo determinante para el concepto de lo antijurídico no es el motivo del legislador» (p. 33), sino «la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica» (p. 33).

Entonces, antijuridicidad se define como lo contrario a derecho, donde la conducta atenta contra las normas jurídicas legalmente establecidas: «el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que el juicio sería la conducta humana desvalorada» (Zaffaroni, 1981, p. 561). El profesor Zaffaroni (1981) añade que «la contrariedad que existe de la conducta humana con el orden jurídico no se establece con la mera anti normatividad de la conducta, sino con la falta de preceptos permisivos llamados causas de justificación» (p. 562).

Los aspectos de antijuridicidad los encontramos en todo el ordenamiento jurídico, por lo que no podemos afirmar que es un elemento propio del Derecho penal, es así como el profesor Bacigalupo (1999) manifiesta que:

La antijuridicidad establece en qué condiciones la realización de un tipo penal no corresponde a derecho; es decir, el hecho realizado no merece una desaprobación del orden jurídico. En este orden de ideas se puede establecer que la antijuridicidad es una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico, ello equivale a decir que un comportamiento es la acción desplegada por el autor con el permiso del ordenamiento jurídico para obrar como obró (p. 351).

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa de fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad, cuya verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad (Bacigalupo, 1999, p. 351).

Amerita establecer que, para dar mayor facilidad a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la voluntad del legislador al incluir en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal una forma de excluir de responsabilidad penal a las fuerzas del orden fue incluir una causa de justificación para que la conducta típica se convierta en atípica. Entendamos que «la realización de la acción típica y su materialización en una lesión o peligro de un bien jurídico constituye un indicio de la antijuridicidad, pudiendo quedar excluida por las causas de justificación» (Welzel, 2004, p. 124).

De acuerdo con la graduación de valores de la antijuridicidad se define si el hecho es antijurídico o conforme al ordenamiento jurídico. Por ello la antijuridicidad no es calificable: «un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico» (Bacigalupo, 1999, p. 352). Por el contrario, «la antijuridicidad es un juicio negativo de valor de una conducta humana frente a la norma, la acción es contraria al ordenamiento jurídico cuando desconoce un mandato legal» (Von, 2002, p. 48).

Se debe entender que la antijuridicidad tiene un concepto formal y otro material (Villavicencio, 2006, p. 529). **La antijuridicidad formal** viene a ser la contradicción que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico, la oposición al mandato normativo (Plasencia Villanueva, 2004, p.135). **La antijuridicidad material** está enfocada en la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger, sea una lesión o una puesta en peligro (Villavicencio Terreros, 2006, p. 529).

Injusto y espacio fuera del derecho. La teoría predominante establece que una conducta típica es, o conforme a Derecho, o antijurídica; una posición minoritaria opina que existiría una tercera categoría, «un espacio fuera del Derecho (o jurídicamente libre o exento)» (Roxin, 1997, p. 567). Bajo este contexto sería ilógico aceptar en absoluto la construcción de tal espacio: una vez que la conducta se valora como típica y vulnera un bien jurídico, «el Derecho ya no podría retroceder en una valoración por el sistema de retirar sus normas, ni siquiera para determinados casos» (Roxin, 1997, p. 568). Bajo este contexto, al lesionar o causar la muerte, estas acciones no serían una agresión antijurídica como lo establece el artículo 106 del Código Penal y, por tanto, no podrían dar lugar a un derecho del cumplimiento de un deber.

Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico. Corresponde determinar si la juridicidad o antijuridicidad de una acción ha de determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, puede enjuiciarse de modo diferente según las materias jurídicas concretas (Roxin, 1997, p. 570). El profesor Roxin responde que las autorizaciones del Derecho civil o público sí excluyen la antijuridicidad penal de una conducta típica, «pues de lo contrario estaríamos frente a una contradicción axiológica insoportable» (p. 570); pero no toda prohibición civil o administrativa exige necesariamente sanción penal, pues el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a consecuencias jurídicas de otros campos (Roxin, 1997, p. 570).

En el campo de las causas de justificación no se ha podido establecer una «sistematización fructífera y al parecer tampoco se podría lograr de modo cerrado y definitivo» (Roxin, 1997, p. 570); a través de ellas penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito, por lo que las teorías monistas que reconducen la justificación a una idea rectora omnicomprendensiva quedan en un plano abstracto, mientras que las teorías pluralistas la reconducen a dos principios: el interés preponderante y la ausencia de interés (Roxin, 1997, p. 574).

Todas las causas de justificación rigen cumulativamente: cuando las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en el ejercicio de sus funciones, realizan acciones que atentarían bienes jurídicos legalmente tutelados, éstas tendrían una justificación que los exime de responsabilidad (Roxin, 1997, p. 577). Sin embargo, esto no debe suponer rellenar simplemente marcos valorativos sin práctica; el número de causas de justificación es amplio y sometido a necesidades cambiantes, por lo que enfatizamos en la determinación de la acción punible y su antijuridicidad, no en aristas ajenas al comportamiento.

— VII. Conclusiones

Desde el pospositivismo, el causar lesiones o la muerte por parte de las fuerzas policiales o militares cumpliendo una función constitucional contradice la rigidez constitucional del ordenamiento jurídico, principios y garantías como la dignidad humana. Otorgar facultades de causar la muerte o lesionar a las Fuerzas Policiales o Militares en miras de una función constitucional contradice el fin del derecho penal que protege bienes jurídicos.

El análisis del elemento del delito antijuridicidad no amerita culpabilidad en caso exista una causa de justificación; sin embargo, otorgar facultades de causar lesiones o la muerte en cumplimiento de la función constitucional contradice los cimientos de un ordenamiento jurídico constitucionalizado. La causa de justificación regulada en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal deviene en inconstitucional, toda vez que la Constitución en su artículo primero refiere que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

— VIII. Lista de Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2022). *Dogmática penal delitos económico y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gracia Martín, L. (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1934). *La teoría pura del Derecho*. Tribuna Abierta.
- Plasencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. México: Instituto de Investigación Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley.
- Von Beling, E. (2002). *Esquema de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: El Foro.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.