

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Tercera parte). El uso de la fuerza policial *

Alexander Espinoza Rausseo **

1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula la actuación de los órganos de policía en Venezuela, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;
- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- N° 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 132¹

- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, contenida en el:

Informe sobre medidas de intervención policial. Proyecto de reforma de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica. Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 235²

* Extracto de Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Estudio sobre la teoría del efecto irradiante de los derechos fundamentales en todo el orden jurídico. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2015.

Véase también: Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte). REDIAJ-9 Marzo 2017, 762-821.

<http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/762-821.pdf>.

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Primera parte). REDIAJ-8 Febrero 2017, pp. 307-352

<http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/307-352.pdf>

** Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

¹ <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf>

² <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf>

2 El uso de la fuerza policial en Alemania

2.1 La intervención de las fuerzas armadas en la prevención de peligros

Las amenazas de la seguridad interna, por parte del terrorismo internacional han dado lugar a la controversia acerca de, sí y en qué medida las fuerzas armadas pueden intervenir en la prevención de peligros. De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 87^a y 35 de la Ley Fundamental, el combate del terrorismo dentro del territorio no es tarea de las fuerzas armadas, sino de la policía, por lo que no sería admisible tal intervención. Excepcionalmente, en determinadas situaciones de emergencia puede admitirse la intervención interna de las fuerzas armadas, como en el caso de la defensa, en cuyo caso las fuerzas armadas estarán autorizadas para proteger objetos civiles y asumir tareas de regulación del tráfico, o para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, el Gobierno Federal podrá utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados.³

³ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 64

2.2 La coerción directa

Ejercicio: Construcción de la instalación de energía atómica de Gorleben

Los recurrentes participaron en una manifestación de grandes dimensiones, en el área de construcción de una instalación de energía atómica. Luego que el organizador de la reunión dio por terminado el evento, permanecieron los recurrentes en el lugar de la reunión. Unas 300 a 500 personas intentaron forzar las vallas que rodeaban la construcción. La policía requirió en varias oportunidades a través del megáfono que se abandonara el lugar. Una parte de los manifestantes cumplieron voluntariamente la orden. Las restantes personas fueron obligadas con el uso del camión cisterna o lanza-agua de alta presión. Los recurrentes permanecieron detrás de una barricada de ramas y troncos. La policía elevó progresivamente la presión del agua, de 8 a 9 hasta 13 bar. Los recurrentes fueron golpeados con el lanza-agua a una distancia de unos 15 metros. Uno de los recurrentes sufrió múltiples hematomas y otro, fracturas múltiples de costillas.⁴

La coerción directa es la aplicación del funcionario de fuerza física, medios auxiliares a la fuerza física o de armas, sobre personas o cosas. Como medios de ayuda se admite el uso de esposas, lanza-agua de alta presión, obstáculos técnicos, perros de servicio, caballos, vehículos, sustancias irritantes y narcóticas, así como sustancias explosivas.⁵ De acuerdo con la opinión dominante, la coerción directa no constituye un acto administrativo, sino una actuación material o vía de hecho. El acto administrativo se ubica en la amenaza y en la decisión de llevar a cabo la medida, la cual es ejecutada de forma fáctica a través de la coerción.⁶

El procedimiento se inicia con la elección del medio idóneo y proporcional, el cual debe ser objeto de notificación a los destinatarios de la medida. Sólo cuando la amenaza de aplicar la medida de coerción ha resultado infructuosa, el órgano de policía establece su firmeza y procede a su aplicación. En la

⁴ BVerfG Beschluss vom 07. Dezember 1998 - 1 BvR 831/89

⁵ Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)

⁶ Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 278

medida de las posibilidades la notificación de la medida se produce en forma escrita y contiene un lapso para su cumplimiento.⁷

Los medios de coerción pueden ser aplicados para hacer cumplir determinada acción, omisión o a que se tolere la ejecución de una orden. Ejemplo de ello es el uso del lanza-agua, para la ejecución de la orden de abandonar el lugar, como en el caso de reuniones que han sido disueltas o prohibidas, o el traslado coactivo de un estudiante, para que cumpla el deber escolar.⁸

La amenaza del uso de la fuerza constituye una condición constitutiva de la conformidad a derecho del uso de la fuerza. Se considera un acto administrativo, debido a su contenido normativo. La amenaza del uso de la fuerza dispone una regulación indispensable para la continuación del procedimiento de ejecución. Como consecuencia de su carácter de acto administrativo, la amenaza debe ser comunicada al afectado para ser eficaz, salvo por casos urgentes, frente a un peligro inminente o ya presente, o en casos especiales, tales como el remolque de un vehículo. La amenaza sólo puede ser realizada en los casos en que es admisible el uso de la fuerza.⁹

A diferencia de las normas de procedimientos administrativos, las leyes de policía admiten la amenaza verbal e incluso por otros medios, como por ejemplo, a través del disparo al aire, o mediante la empuñadura del bastón. Además debe darse un tiempo razonable entre la amenaza y la aplicación de la fuerza, dado que la finalidad de la amenaza reside en dar oportunidad al

⁷ Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 275

⁸ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 388

⁹ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 972

afectado de asumir un comportamiento que haga innecesaria la aplicación de la fuerza.¹⁰

La ejecución forzosa por medio de coerción directa constituye una afectación del derecho de la integridad física. Tal derecho puede ser objeto de limitación, en base a una ley formal. Las leyes estatales sobre seguridad y orden público,¹¹ regulan el ejercicio de la ejecución forzosa de actos administrativos que han quedado firmes o cuando el recurso procedente no tiene efectos suspensivos.

El deber de alejamiento, así como la correspondiente orden policial de abandonar el lugar es una consecuencia de la orden de disolución de la reunión. Sólo cuando los participantes no cumplen voluntariamente el deber de alejamiento, son admisibles las medidas de ejecución de la policía.¹²

La elección de los medios de ejecución debe tomar en consideración en primer lugar la existencia de normas especiales y, en su defecto, es aplicable el principio de prohibición de exceso, en el marco del ejercicio del ámbito de evaluación, sujeto al orden jurídico. El órgano de policía debe elegir el medio de coerción que afecte en menor medida al sujeto y a la colectividad. El uso de la fuerza sólo constituiría la *ultima ratio*, frente a otros medios tales como la ejecución sustitutiva, la multa o incluso la prisión.¹³

¹⁰ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 975

¹¹ Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)

¹² OVG Schleswig-Holstein, 14.02.2006 - 4 LB 10/05

¹³ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 389

2.3 El uso de medios auxiliares y de armas

Mientras que el uso de armas requiere de una autorización legal expresa, la enumeración de los medios auxiliares no se considera exhaustiva, sino que está referida a los medios más utilizados. Entre ellos, cabe mencionar los bastones, los cuales pueden ser empleados contra brazos y piernas de personas, evitando lesiones graves. Las sustancias tóxicas sólo pueden ser utilizadas cuando la aplicación de la fuerza corporal o de otro medio auxiliar resultaría insuficiente y cuando con ello se logre evitar el uso de armas. Las sustancias tóxicas sólo pueden ser utilizadas frente a tumultos cuando los mismos realicen actos violentos o su realización sea inminente. En ningún caso es admisible la mezcla de sustancias tóxicas con el agua del lanza-agua. Con respecto al lanza-agua, su uso es controversial, aún cuando el Tribunal Federal Constitucional ha considerado admisible su uso frente a tumultos, incluso sin regulación legislativa expresa.¹⁴

El uso de armas por parte de funcionarios de policía se encuentra regulado en leyes estatales, aún cuando su uniformidad deriva de la existencia de un Proyecto Modelo de Ley de Policía. Mencionaremos al efecto, la redacción contenida en la Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG),¹⁵ la cual dispone que, el uso de armas de fuego sólo es admisible cuando se encuentran dados los presupuestos generales de la aplicación de coerción directa y cuando el uso de la fuerza corporal, así como de los medios auxiliares o las armas no letales ya hubieran sido utilizadas sin éxito o cuando fuera evidente que no serían idóneas. Sólo puede usarse el arma de fuego en contra de

¹⁴ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 965

¹⁵ Versión del 13.01.1992 modificada por ley del 29.07.2014 (GBl. S. 378)

personas, cuando la finalidad policial no puede ser alcanzada por medio del uso del arma contra cosas (§ 53 I). Ello deriva del principio de última ratio. Para determinar tal situación es relevante el criterio objetivo ex-ante.¹⁶

Un secuestrador abandona el lugar con un rehén, en dirección hacia su vehículo. Los funcionarios realizan un disparo de advertencia, que no produce ningún efecto en el delincuente. Antes de realizar un disparo a las piernas para dejarlo incapacitado para la huida, el principio de proporcionalidad y las leyes de policía exigen que se intente hacer un disparo hacia los cauchos del vehículo para impedir la fuga. Parte de la doctrina sostiene sin embargo, que un disparo a un vehículo tripulado es equivalente a un disparo contra personas.¹⁷

Si, a pesar de lo expuesto, es admisible el uso de armas contra personas, el mismo sólo se justifica con el objeto de inutilizar al sujeto para impedir la agresión o la huida. Con ello se excluye, en principio, la posibilidad del uso de la fuerza mortal. La inutilización para impedir la agresión puede exigir la incapacidad de usar los brazos o piernas, mientras que el impedimento de la fuga puede justificar la afectación de las piernas o de otra forma de locomoción.¹⁸ El uso de armas de fuego es inadmisibles en la medida en que exista una alta probabilidad de que puedan resultar afectados terceros no responsables. Esto no es aplicable cuando se trate del único medio para repeler un peligro actual contra la vida.¹⁹ El uso de armas en contra de un tumulto sería por ello inadmisibles.²⁰

Esquema del ejercicio: Construcción de la instalación de energía atómica de Gorleben

En el caso planteado, el acto administrativo objeto de ejecución consistía en la orden del funcionario de policía, dirigida a los manifestantes, de abandonar de inmediato el lugar. La notificación, mediante el altavoz le daba eficacia al acto administrativo. La orden de desalojo era aplicable al recurrente y el lugar en que se encontraba, estaba comprendido en la orden de desalojo. El acto era de ejecución inmediata, porque se trata

¹⁶ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 978

¹⁷ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 978

¹⁸ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 980

¹⁹ § 53, 2 Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG)

²⁰ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 974

de un acto de efectos no suspensivos y el recurso procedente tampoco hubiera tenido efectos suspensivos. La decisión sobre la aplicación de la coerción directa formaba parte del ámbito de evaluación de la policía. Para ello, se estableció que el desalojo del área inmediata a la construcción era necesario para enfrentar eficazmente la agresión violenta masiva, que ya había producido funcionarios lesionados.

En la elección de los medios de coerción la policía estaba obligada a procurar las consecuencias menos graves y que no condujeran a perjuicios desproporcionados. En el empleo del lanza-agua debió evaluarse el riesgo de lesiones. Ello exigía una forma de aplicación que, al menos, permitiera al afectado la posibilidad de eludir los riesgos de lesiones.

Un medio menos gravoso hubiera podido consistir en cargar a los manifestantes para retirarlos del lugar, pero hubiera sido una vía poco efectiva, para lograr el desalojo inmediato y asegurar la libertad de movimiento de los funcionarios, en su actividad de defensa frente a las agresiones de los manifestantes.

Por otra parte, los recurrentes tuvieron la oportunidad de retirarse voluntariamente del lugar, luego de la previa amenaza y el uso en intervalos del lanza-agua, así como el progresivo aumento de la presión del agua y el efecto del mismo sobre otros manifestantes.²¹

2.4 El uso de la fuerza mortal

Ejercicio: Ley de Seguridad Aérea

Con ocasión de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 fue dictada en Alemania en el año 2005 la Ley de Seguridad Aérea, que disponía lo siguiente:

§ 14 Medidas de Intervención

(1) Con el objeto de impedir un evento especialmente grave, las Fuerzas Armadas de Aviación pueden ase-diar a aeronaves en vuelo, obligarlas a aterrizar, amenazar con el uso de armas o realizar disparos de emergencia.

(2) Entre varias medidas igualmente admisibles debe emplearse aquella que afecte en menor medida a los individuos o la colectividad. El uso de la fuerza sólo puede ser empleado en el tiempo y proporción en que su finalidad lo exija. La medida no puede conducir a un perjuicio que se encuentre en desproporción con la finalidad perseguida.

(3) El uso de coacción por medio de las armas sólo es admisible, cuando de acuerdo con las circunstancias deba presumirse que la aeronave será empleada en contra de la vida de seres humanos y tal medida constituya la única forma de repeler el peligro inminente

La sentencia del Tribunal Federal Constitucional sobre la ley de seguridad aérea puede servir de directriz para la discusión en torno al uso de la fuerza mortal, especialmente cuando se dirige a la lucha contra el terrorismo. El tribunal declaró la nulidad de la norma que admitía el uso directo de armas en contra de una aeronave, en la que podían encontrarse personas no responsables del atentado. Por el contrario, sería admisible el uso directo de

²¹ BVerfG Beschluss vom 07. Dezember 1998 - 1 BvR 831/89, párr. 35

armas de fuego en contra del responsable del peligro contra de vida de otras personas.²²

2.4.1 El derecho a la vida y a la dignidad humana

El derecho a la vida también constituye un derecho de libertad. Con este derecho se protege frente a injerencias estatales la existencia físico-biológica de toda persona desde el momento de su concepción hasta la muerte, con independencia de las circunstancias vitales de cada uno, su situación física y psíquica. Toda vida humana es como tal igualmente valiosa. Aunque en el ordenamiento de la Ley Fundamental supone un valor superior, también este derecho se somete a la reserva de ley. También en el derecho fundamental a la vida puede, por tanto, producirse una injerencia sobre la base de una ley formal del Parlamento. Su presupuesto es que la ley respectiva responda desde todo punto de vista a los requisitos de la Ley Fundamental. Debe haber sido aprobada de conformidad con el reparto de competencias, no puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental y no puede contradecir las decisiones básicas de la Constitución.²³

Esquema del Ejercicio Ley de seguridad aérea (Parte I)

La orden de ataque directo con uso de armas contra el avión que ha producido el incidente aéreo se basa en el supuesto que el avión hubiera sido convertido en arma de ataque por quienes lo han hecho caer en su poder, y no meramente como medio auxiliar en la comisión de un hecho dirigido contra la vida humana. En esta situación extrema, los pasajeros y la tripulación no pueden influenciar sus circunstancias vitales. Esto los convierte en objeto no sólo de los autores. También el Estado los trata como mero objeto de su acción de protección de otros si en esta situación adopta la medida defensiva del § 14 párr. 3 LuftSiG. La tripulación y los pasajeros del avión no pueden escapar a esta actuación del Estado sobre la base de circunstancias que en absoluto pueden dominar, sino que se les disparará intencionalmente al mismo tiempo que al avión y a consecuencia de ello, encontrarán la muerte. Tal tratamiento desprecia a los afectados como sujetos con dignidad y derechos inalienables. Al utilizarse su muerte como medio para que otros se salven son convertidos en

²² Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 276

²³ BVerfGE 115, 118/139 Ley de seguridad aérea

un simple objeto, y al mismo tiempo, privados de derechos; al disponerse de sus vidas por parte del Estado se priva a los pasajeros del avión, que como víctimas también precisan protección, del valor que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo.²⁴

2.4.2 Efectos recíprocos

El derecho fundamental a la vida se somete a la reserva de ley. La ley limitadora debe, sin embargo, por su parte, considerarse a la luz de este derecho fundamental y de la garantía de la dignidad humana, que se vincula estrechamente con él. La vida humana es la base vital de la dignidad humana como principio constitutivo fundamentador y valor constitucional superior. Todo ser humano posee en su condición de persona esta dignidad, sin atención a sus cualidades, su situación física o psíquica, sus capacidades y su estatus social. No se puede privar de ella a nadie. Ello rige con independencia de la duración previsible de la vida humana individual.²⁵

El derecho a la dignidad humana prohíbe todo trato de la persona por parte del poder público que ponga en duda su calidad de sujeto, su estatus como sujeto de derecho, faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por sí mismo, por el mero hecho de ser persona.²⁶

2.4.3 La legítima defensa del funcionario o de un tercero

En opinión de un sector de la doctrina, no sería legítimo prohibir y sancionar el ejercicio de una defensa necesaria.²⁷ Si bien es admisible que el legislador establezca ciertas limitaciones socialmente adecuadas al ejercicio de la

²⁴ BVerfGE 115, 118/154 Ley de seguridad aérea

²⁵ BVerfGE 115, 118/152 Ley de seguridad aérea

²⁶ BVerfGE 115, 118/153 Ley de seguridad aérea

²⁷ Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 595

legítima defensa, sin embargo, existen posiciones jurídicas cuyo sacrificio en ningún caso puede considerarse razonable por parte de la víctima. Entre tales bienes jurídicos se encuentra indiscutiblemente la vida, pero también la integridad física o la libertad, cuando se trate de afectaciones graves a las mismas.²⁸ Tal posición es especialmente sostenida en la doctrina penal.²⁹

Una posición intermedia admitiría la aplicación de las causas de justificación, para el enjuiciamiento de la responsabilidad personal del funcionario, pero no para determinar la conformidad a derecho de la actuación del Estado.³⁰ El funcionario podría hacer uso de la legítima defensa, como decisión personal, pero tal disposición no puede servir de fundamento a un orden del superior jerárquico, ni puede considerarse como una norma atributiva de competencia.³¹

En opinión de otro sector de la doctrina, las normas de legítima defensa y de estado de necesidad, en derecho civil y penal, están destinadas a regular relaciones entre particulares.³² Tales normas no establecen facultades para los órganos de policía y orden público y no cumplen por ello los requisitos de la reserva legal en cuanto a la configuración de competencias de los órganos del poder público. Las actuaciones de los órganos de policía equivalentes a una legítima defensa o a un estado de necesidad deben encontrarse estable-

²⁸ Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 597

²⁹ Referencias en Jäger, Examens-Repetitorium, pág. 96; Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo I, pág. 658; BGHSt 27, 260 – bloqueo de contactos

³⁰ Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 278

³¹ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 983

³² Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 803; Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 103

cidas en normas especiales o en la cláusula general de protección de la seguridad y el orden públicos.³³

Si bien es cierto que el funcionario de policía, como todo ciudadano, puede hacer uso de tales mecanismos de defensa, sin embargo, en ejercicio de sus funciones, por ejemplo en la intervención de un comando especial en una situación de rehenes, no actúa el funcionario como un particular, sino inmerso en la línea de órdenes jerárquicas del Ejecutivo que se eleva hasta el Ministro competente en la materia. La admisibilidad del uso de la fuerza mortal en base a la defensa del patrimonio o la libertad de la víctima constituiría una evasión de la exhaustiva regulación de la legislación de policía y de sus elevadas condiciones de proporcionalidad y ponderación de bienes,³⁴ pero sobre todo constituiría una infracción a la prohibición expresa de las disposiciones legales sobre la materia, tal como la contenida en el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía venezolano.

La materia de las causas de justificación permite la corrección de las reglas de aplicación general en casos que no podían ser previstos por el legislador. Se trata, de circunstancias extraordinarias en las cuales la aplicación de una sanción podría dar lugar a una situación injusta en el caso concreto, es decir, a un sacrificio particular que exceda lo razonablemente exigible.

En nuestro criterio, el problema puede ser abordado con ayuda de los criterios que han sido desarrollados para establecer el legitimado pasivo de demandas por responsabilidad de declaraciones emanadas de funcionarios

³³ Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 103

³⁴ Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 803

públicos. Para ello, debe determinarse si el funcionario ha realizado una actuación en su condición de servidor público o como ciudadano. En la jurisprudencia se tiene como punto de partida, la presunción que tales pretensiones deben ser dirigidas en contra de la institución y no en contra del funcionario personalmente. Una excepción a la presunción de la imputación al Estado deriva de la naturaleza especial de la afectación. Dejando a salvo la responsabilidad del Estado, la actuación del funcionario puede ser atribuida directamente al funcionario, cuando en el caso concreto predominan los elementos personales, sobre el ejercicio del cargo.

En base a tales criterios, la actuación del funcionario se rige, en principio por las normas de derecho de policía y no por las causas de justificación de todo ciudadano. Sólo cuando el funcionario se encuentre en una situación, en la que predominan los elementos personales, como por ejemplo cuando, en una situación de tumulto queda aislado sin el respaldo del cuerpo de policía, entonces se trata sólo de defender su vida e integridad física y no ya del ejercicio de la función policial.

2.4.4 La facultad legislativa expresa

El uso de las armas, con la finalidad de quitarle la vida a una persona, esto es, ya no sólo con el objeto de impedir la agresión o la fuga, constituye la afectación de mayor gravedad en el derecho fundamental de la persona, por lo que requiere de una habilitación legislativa igualmente clara y determinada. No sería suficiente una norma que habilita la competencia para el uso de

las armas, sino que es preciso que haga referencia a la situación del uso de la fuerza mortal.³⁵

El uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía se encuentra regulado en leyes estatales. Un disparo que con alta probabilidad pueda resultar mortal sólo es admisible, cuando constituye el único medio para repeler un peligro actual contra la vida o un peligro actual de lesión grave de la integridad física. Las armas de fuego sólo puede ser utilizadas en contra de una multitud, cuando de la misma se producen hechos punibles o cuando los mismos sean inminentes y los medios de coerción en contra de individuos no sean idóneos.³⁶

2.4.5 El principio de idoneidad

La posibilidad de justificar el uso de armas que resulte capaz de quitarle la vida a una persona sólo es admisible en el marco de la policía preventiva, es decir, de protección de la seguridad y el orden públicos, y en ningún caso, en el marco de la persecución penal. En efecto, las normas del proceso penal que habilitan el uso de las armas no comprenden la facultad para hacer uso de la fuerza mortal. El disparo en contra de un delincuente que emprende la huida no se encuentra entonces justificado por las leyes de policía.³⁷

El principio de idoneidad también constituye un límite que impide la escogencia de determinadas medidas. El uso de la fuerza mortal no se encuentra

³⁵ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 984

³⁶ § 54, 2 y 3 Ley de Policía de Baden-Württemberg (PolG)

³⁷ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 987

justificado cuando probablemente no impida eficazmente la afectación a los bienes jurídicos protegidos.

El uso de armas de fuego destinado a causar la muerte de un secuestrador no constituiría un medio eficaz para proteger la vida de las víctimas del secuestro, en la medida en que exista la posibilidad que el secuestrador no muera de inmediato y que aún pueda quitarle la vida o lesionar gravemente a los secuestrados. Por tal motivo, incluso desde la perspectiva ex-ante, en el momento en que se desarrollan los hechos, la idoneidad de esta medida para salvar la vida de los secuestrados es muy cuestionable.³⁸

En todo caso, dado el carácter irreversible e irreparable del uso mortal de la fuerza, su ejercicio sólo podría encontrarse justificado cuando exista certeza con anterioridad al hecho, acerca de la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, así como de la responsabilidad de la persona sobre el peligro inminente.

Las leyes de policía establecen que es inadmisibles el uso de las armas cuando exista la elevada posibilidad de que terceros no participantes resulten afectados, especialmente en el caso de una multitud de personas. No participantes son aquellas personas frente a las cuales no se encuentran dados los supuestos para el uso de las armas.³⁹

Esquema del Ejercicio: Ley de seguridad aérea (Parte II)

En el caso de un eventual secuestro de una aeronave no siempre se pueden comprobar con la certeza necesaria los presupuestos fácticos necesarios para la orden y ejecución de la medida.⁴⁰ El peligro en la aplicación del § 14 párr. 3 LuftSiG consiste, pues, en que la orden de derribo sobre la base de hechos no confirmados se produce demasiado pronto, cuando el empleo de fuerza armada se adopta en el marco temporal existente a disposición. En otras palabras, se tendrá que reaccionar a menudo desproporcionadamente por exceso.⁴¹ Sería absolutamente inaceptable en el ámbito de vigencia del derecho a la dignidad humana, sobre la base

³⁸ Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802; una posición distinta, en Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 981

³⁹ Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 990

⁴⁰ BVerfGE 115, 118/154 Ley de seguridad aérea

⁴¹ BVerfGE 115, 118/155 Ley de seguridad aérea

de una habilitación legal, privar de la vida dolosamente a personas inocentes que, como la tripulación y los pasajeros de un avión secuestrado, aceptando incluso tales imponderables.⁴²

2.4.6 La existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero

En principio, el deber de protección de la vida supone que la mínima posibilidad de la amenaza a la vida de la víctima puede servir de justificación al ejercicio legítimo de su defensa.

En una situación de secuestro puede afirmarse que generalmente se encuentra en peligro la vida de la víctima. Aún cuando no exista certeza de si la víctima se encuentra con vida o si ha sido dejada en libertad puede admitirse que la presunción calificada del peligro actual es suficiente para justificar ciertas medidas policiales, distintas del uso mortal de la fuerza.⁴³

Sin embargo, el uso de la fuerza mortal, constituye una medida cuyas consecuencias tienen el carácter definitivo e irreversible de la muerte. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extremos. En el análisis de fondo, todos los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo. En cuanto al elemento relativo a la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, sólo puede considerarse como tal el mayor grado posible de presunción de la existencia del peligro, esto es, que exista certeza de su existencia.

2.4.7 La responsabilidad de una persona sobre el peligro inminente

La justificación de las medidas coercitivas (distintas al uso de la fuerza mortal) de la policía preventiva deben estar dirigidas fundamentalmente frente

⁴² BVerfGE 115, 118/156 Ley de seguridad aérea

⁴³ Haurand/Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, pág. 513

al perturbador y sólo excepcionalmente frente a terceros.⁴⁴ Tales medidas pueden ser aplicadas fundamentalmente frente al sujeto sobre el cual existen fundados indicios de la comisión del hecho. Si se establece posteriormente que tal sospecha era infundada, ello no afecta la conformidad a derecho de la medida, por cuanto su análisis debe ser realizado de acuerdo con los elementos disponibles en el momento de la intervención policial, esto es, una evaluación *ex-ante* de la situación.⁴⁵

En el caso extremo del uso mortal de la fuerza, los elementos que justifican la medida deben ser llevados al máximo exigible. El uso de la fuerza mortal no sería admisible en personas distintas del agresor. Es decir que sólo podría encontrarse justificado por la legítima defensa, pero no por un estado de necesidad.

Únicamente cuando exista *certeza* acerca de la responsabilidad del agresor puede ser considerada justificada una medida de tal naturaleza. Ello no resulta contrario al principio de presunción de inocencia, en razón de que no se trata de la imposición de una sanción sino de la protección frente a una situación de peligro.⁴⁶ Si se establece posteriormente que tal sospecha era infundada, ello no afecta la conformidad a derecho de la medida, por cuanto su análisis debe ser realizado de acuerdo con los elementos disponibles en el momento de la intervención policial, esto es, una evaluación *ex-ante* de la situación.⁴⁷

⁴⁴ Al efecto, son aplicables las consideraciones hechas antes, relativas a la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

⁴⁵ Haurand/Vahle, *Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen*, pág. 513

⁴⁶ Haurand/Vahle, *Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen*, pág. 513

⁴⁷ Haurand/Vahle, *Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen*, pág. 513

La responsabilidad del autor del peligro debe ser inmediata, es decir, que debe tratarse de la causa directa del peligro y no la causa remota de un eventual peligro que dependa de la participación de factores externos a la voluntad del sujeto. Además, el principio de actualidad supone que el sujeto contra quien se dirige la medida de coerción aún tenga el control de los efectos que se pretenden repeler y exista una obligación legal de su parte para hacerlos cesar. Si, por el contrario, los propios órganos de seguridad del Estado pueden impedir que se produzca el daño, tal remedio podría constituir una medida menos gravosa y por lo tanto de aplicación preferente, en los términos del principio de necesidad.

2.4.8 El principio de necesidad

En un caso de secuestro pueden ser realizadas negociaciones intensivas con el secuestrador, con el objeto de procurar que abandone su objetivo o incluso en determinados casos, el consentimiento de sus demandas como precio para la liberación de las víctimas. La persecución del delito sólo quedaría temporalmente suspendida, pero no abandonada.⁴⁸

2.4.9 El principio de proporcionalidad

La aplicación de una medida por parte de los órganos de seguridad ciudadana, que seguramente sea capaz de producir la muerte de una persona es sólo admisible cuando constituya la única forma de repeler un peligro actual e inminente de la vida de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero u otro bien jurídico, cuyo sacrificio no pueda ser razonablemente exigible al

⁴⁸ Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802

funcionario. En situaciones extraordinarias, para impedir que se produzcan resultados injustos, más allá de lo razonablemente exigible, podría admitirse que en determinados casos, se encuentre justificado el uso mortal de la fuerza por funcionarios de policía para brindar protección a posiciones jurídicas irrenunciables, tales como una grave afectación de la integridad física o la libertad.⁴⁹

Cierto que la vida de un agresor, por ejemplo, un secuestrador despiadado, no tiene un valor inferior a la vida de la víctima del secuestro. Sin embargo, frente a la alternativa entre permitir la muerte de la víctima o impedirla a través de la muerte del secuestrador, debe el Estado poder decidirse por la última opción.⁵⁰

Como hemos señalado, en general, la legítima defensa no exige una exacta proporcionalidad entre el daño que amenaza a quien hace uso de la defensa y los daños infligidos al agresor para hacer cesar la amenaza. En efecto, se admite el sacrificio de importantes bienes jurídicos del agresor, incluso hasta la vida. En la doctrina penal se afirma, en principio, la renuncia del principio de proporcionalidad en la legítima defensa. Con ello se alude a la posibilidad de considerar justificada una medida de defensa que cause daños al agresor mucho más graves que los que se pretendía impedir.⁵¹ Como justificación se señala que el instituto de la legítima defensa no sólo persigue la protección individual, sino que simultáneamente se basa en la obtención de un fin de prevención general, en el sentido que la defensa activa también

⁴⁹ Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 597

⁵⁰ Kutscha, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt, pág. 802

⁵¹ Roxin, Derecho Penal, pág. 609

produciría efectos intimidatorios eficaces, con lo cual puede afirmarse el orden legal, aún en los casos en que no estén presentes los órganos estatales para realizar la defensa.⁵²

Es determinante de tal valoración que el agresor ilegítimo hubiera podido evitar las consecuencias del hecho, sólo con abstenerse de realizar la agresión ilegítima.⁵³ Tal deber de abstención de afectar bienes jurídicos de terceros establecido sobre todo a través de normas penales en nuestro orden jurídico, supone una limitación adecuada al derecho a la libertad general de actuación del perturbador. La inobservancia de tales deberes, sin una causa justa no merece protección por parte del ordenamiento jurídico. Mientras que los bienes jurídicos del agredido, quien no provocó al agresor, merecen mayor protección jurídica.

El principio de proporcionalidad supone una valoración de los bienes jurídicos en conflicto, que tome en consideración todas las circunstancias del caso. El principio P_1 tiene un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2 , bajo las condiciones C , dadas en un caso concreto.⁵⁴

Esquema del Ejercicio Ley de seguridad aérea (Parte III)

El precepto impugnado del § 14 párr. 3 LuftSiG supone una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida, tanto de la tripulación y los pasajeros del avión afectado, como de aquellos que quieren utilizar el avión como un arma en contra de la vida humana. El uso de armas contra un avión lleva en la práctica siempre a su derribo, lo cual tiene como consecuencia, con una probabilidad rayana en la cer-

⁵² Roxin, Derecho Penal, pág. 608

⁵³ Erb, Notwehr als Menschenrecht, pág. 593

⁵⁴ Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, pág. 93

teza, la muerte de todos sus ocupantes.⁵⁵

La afectación del derecho a la vida de la tripulación y los pasajeros del avión secuestrado no pueden encontrarse justificado por la necesidad de proteger a otras personas inocentes, incluso tomando en consideración que se trate seguramente de un número menor de personas que las eventualmente afectadas por uso del avión como arma terrorista. Tampoco constituye justificación suficiente de la afectación del derecho a la vida, el argumento según el cual estas personas tienen en la situación concreta pocas probabilidades de salvar la vida.

Distinto es el resultado con respecto a los secuestradores de la aeronave, quienes pretenden utilizar el avión abusivamente como arma.⁵⁶ La valoración del derecho a la vida de tales personas debe tomar en consideración el ejercicio de una conducta antijurídica y culpable. Se corresponde con la posición subjetiva del atacante que se le imputen personalmente las consecuencias de la conducta que ha decidido adoptar y se le haga responsable por los hechos que ha puesto en marcha. Por este motivo, no se le infringe su derecho al respeto de la dignidad humana que también a él le corresponde.

El derribo del avión supone, de acuerdo con el resultado de la ponderación general entre la gravedad de la injerencia en derechos fundamentales que con él se relaciona y el peso de los bienes jurídicos a proteger, una medida defensiva adecuada, exigible a los afectados, cuando existe la certeza de que se dan los presupuestos típicos. Pero éstos sujetos responsables, son los que en su condición de autores han causado la necesidad del ataque estatal, y pueden evitar este ataque en todo momento apartándose de la realización de su plan delictivo.

2.4.10 Ámbito de evaluación de funcionarios de policía

El Tribunal Federal Administrativo ha rechazado la posición sostenida por algunos tribunales de instancia, con respecto al un parámetro de control distinto, para las decisiones de evaluación de los funcionarios de policía. Señaló el tribunal que el único parámetro de evaluación jurídico de la conformidad a derecho de una decisión de evaluación lo constituye un parámetro objetivo, de acuerdo con la norma aplicable y la situación planteada. El resultado no depende de si el funcionario de policía a asumido una decisión urgente, ni de la mayor o menor capacidad de valoración del caso y de juzgamiento, así como tampoco del grado de conocimiento jurídico del funcionario. Tales elementos sólo son relevantes en un proceso de determinación de la responsabilidad del funcionario, en el análisis de la culpa.⁵⁷

⁵⁵ BVerfGE 115, 118/140 Ley de seguridad aérea

⁵⁶ BVerfGE 115, 118/140 Ley de seguridad aérea

⁵⁷ BVerwG Urt. v. 31.01.1967, Az.: BVerwG I C 98.64, párr. 32

3 El uso de la fuerza policial en España

3.1 Los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desarrolla en su art. 5.2 los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Entre ellos, el apartado c) dispone que, en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. El apartado d) establece que solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

Según señala *Parejo*, el principio de congruencia está referido a la conexión lógica entre el daño riesgo o peligro de daño y la reacción frente a él; mientras que el principio de oportunidad, se refiere a la procedencia o no de la intervención policial en atención a las circunstancias. Sólo se cumplen las exigencias inherentes a la oportunidad de la intervención policial, en caso de existencia de un riesgo o peligro racionalmente grave para la vida o la integridad física, bien sea de los propios agentes o de terceras personas; o en

caso de suposición válida de grave riesgo o peligro para la seguridad ciudadana.⁵⁸

El Tribunal Supremo ha establecido que, los agentes de la autoridad tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva, con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.⁵⁹

3.2 La protección en el derecho penal frente al exceso policial

3.2.1 El delito contra la integridad moral

El delito contra la integridad moral requiere los siguientes elementos: a) el sujeto activo tiene que tratarse de funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del art. 173 C.P. 1995, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; b) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación.

⁵⁸ Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 102

⁵⁹ STS 6591/2007 Fj 9

ción para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el resultado consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. Derecho a la integridad moral reconocido en el art. 15 C.E.; y d) los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual⁶⁰

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el art. 15 C.E. permiten acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta - como manifestación directa de la dignidad humana- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impro-

⁶⁰ STS 8266/2011 Fj 4

pio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrentes en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias.⁶¹

3.2.2 El derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

Los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE se caracterizan por la irrogación de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Cada tipo de conducta prohibida se distingue por la diferente intensidad del sufrimiento causado en una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante, para cuya apreciación ha de concurrir un umbral mínimo de severidad. Tales conductas constituyen un atentado frontal y radical a la dignidad humana, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.⁶²

Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas. Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para

⁶¹ STS 8266/2011 Fj 4

⁶² STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 5

todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales.⁶³

Una denuncia, que comprendía golpes en la cabeza contra un automóvil durante la detención, agresiones “por todo el cuerpo” en el calabozo y, en particular, una “patada en las partes genitales”, que habría provocado al detenido vómitos durante media hora, alcanzaría la gravedad suficiente para constituir los tratos inhumanos o degradantes que prohíbe el art. 15 CE.⁶⁴

3.2.3 La investigación diligente de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes

El Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sin embargo, cuando se alega que la infracción penal consistió en la vulneración de derechos fundamentales, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, “reforzadas”. Tal cosa sucederá, significativamente en el caso de una demanda de protección penal del derecho a no padecer torturas ni tratos inhumanos o degradantes. Estamos en estos casos ante decisiones judiciales “especialmente calificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación.⁶⁵

⁶³ STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 5

⁶⁴ STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 8

⁶⁵ STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 2

En tales supuestos el art. 24.1 CE exige, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego. De este modo, es perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas.⁶⁶

El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE.⁶⁷

Si la gravedad es la primera de las características de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que importa destacar en orden al análisis de la suficiencia y de la efectividad de la tutela judicial que ha de seguir a su denuncia, constituye la segunda característica la difícil detectabilidad y perseguibilidad de este tipo de conductas. A su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, in-

⁶⁶ STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 3

⁶⁷ STC 34/2008, de 25 de febrero Fj 4

humanos o degradantes, y el art. 174 del Código penal, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad. A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte.⁶⁸

Se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial. Por lo mismo en un supuesto de valoración judicial de las declaraciones de unos acusados que habían sufrido previamente torturas y malos tratos, el Tribunal Constitucional consideró que resulta exigible una “diligencia reforzada del órgano judicial” no sólo “a la vista de los derechos fundamentales en juego” y “de la gravedad de la vulneración”, sino también “de la absoluta necesidad de tutela de los mismos en ese contexto”.⁶⁹

La tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que

⁶⁸ STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 5

⁶⁹ STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 6

se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas. En suma, “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral”.⁷⁰

Para valorar si existe una sospecha razonable de tortura, o de trato inhumano, o de trato degradante, y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias y de la instrucción a la que dan lugar:⁷¹

a) Se ha de atender así, en primer lugar, a la probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos que, por una parte, debe alentar la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otra, abunda en la dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba sobre su comisión.

⁷⁰ STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 6

⁷¹ STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 7

b) El derecho a la tutela judicial efectiva no resulta vulnerado si el órgano judicial decide no abrir la investigación o clausurar la iniciada porque la denuncia se revele como no demostrable o la sospecha como no razonable.

c) Constituye también una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que “el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva”.

El detenido fue trasladado en dos ocasiones al hospital y que en los partes médicos correspondientes se consignan ciertos dolores y contusiones. En su primera visita al hospital, en la misma noche de su detención y antes de recibir asistencia letrada, el recurrente manifestó al Médico que le atendía que había sido golpeado, y que poco después realizó sus manifestaciones de denuncia. Las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pueden no ser contundentes, pero sí, en lo que importa al juicio constitucional, suficientes para que deba perseverarse en la indagación.⁷²

3.3 Causas de justificación

3.3.1 El cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Es doctrina jurisprudencial consolidada, la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimientos de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Natural-

⁷² STC 34/2008, de 25 de febrero FJ 8

mente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada.⁷³

Según el tribunal, tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad.⁷⁴

Por ello la eximente prevista en el art. 20.7 CP requiere, con carácter general, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1- que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. 2- que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. 3- que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. Si falta cualquier-

⁷³ STS 8273/2006 Fj 5

⁷⁴ STS 6591/2007 Fj 9

ra de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente n° 7 art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta. 4- que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5- Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública. No se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y que se acepta la eximente putativa.⁷⁵

3.3.2 La violencia concreta utilizada

Ejercicio 62: Rodolfo, Constanza y Estíbaliz

Sobre las 5:15 horas Rodolfo, Constanza y Estíbaliz, caminaban en compañía de Andrés, cuando Rodolfo comenzó a simular unos ladridos dirigiéndose a los ocupantes de una furgoneta de la Ertzaintza con ánimo despectivo, razón por la cual el vehículo policial se detuvo. Desde dentro del mismo uno de los Ertzaina preguntó a los acusados sobre las razones de los ladridos proferidos, a lo que Rodolfo contestó diciendo, "¿te molesta que te ladre?, pues entonces no salgas de casa". Del mismo modo las acusadas Estíbaliz y Constanza dirigieron a la dotación policial frases tales como "Chulos de mierda" ó "si os ha ladrado, por algo será, aunque la cabeza no os da para entenderlo", lo que originó que los Ertzaina descendieran del vehículo con el objeto de proceder a la identificación de los acusados. Dado que Rodolfo no sólo hizo caso omiso al requerimiento policial de identificarse, sino que intentó abandonar el lugar, el Ertzaina Donato, le asió de un brazo con objeto de evitar su marcha, momento en el que el acusado comenzó a forcejear y a lanzar golpes contra él asiéndole finalmente del cuello, mientras que Constanza y Estíbaliz agarraban igualmente al agente del pelo y de la ropa. En ese momento, el resto de componentes del operativo policial, a excepción

⁷⁵ STS 8273/2006 Fj 5; STS 277/2010 Fj 1; STS 6591/2007 Fj 9; STS 1434/2013 Fj 10

del agente D. Inocencio, rodearon al grupo y con el fin de reducir a los agresores hicieron uso de sus defensas de goma, y en ese contexto el Agente Constantino, con ánimo de causar daño físico, golpeó con la citada porra en la espalda a Rodolfo y con idéntica intención e igual objeto golpeó asimismo a Constanza en la boca. Igualmente Estíbaliz fue golpeada en la cabeza por alguno de los cuatro agentes policiales, causándosele lesiones en el pabellón auricular y región retroauricular derecha.⁷⁶

No es sitúable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves. Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última.⁷⁷ La proporcionalidad en el empleo de la fuerza no es solo una cuestión aritmética de contar agresiones y agredidos. Lo decisivo es comprobar si hipotéticamente ubicados en tal situación se revela como imprescindible el uso de las defensas de esa forma o aparecen con facilidad otras alternativas menos lesivas mediante las cuales se alcanzaban los mismos resultados.⁷⁸

El simple blandir la defensa aparecía ya como una forma disuasoria que seguramente hubiera sido suficiente, solo sí en una escalada progresiva los tres implicados hubiesen incrementado su resistencia resultando insuficientes esos otros medios, cabría pensar en la legitimidad de un uso.⁷⁹

Esquema del ejercicio: Rodolfo, Constanza y Estíbaliz

En el caso presente nos encontramos con una dotación policial compuesta por 6 agentes y un grupo de cuatro personas, de las que una no intervino en los hechos y dos de ellas eran mujeres. Por ello, al tratar de dilucidar si para reducir a las tres personas era indispensable golpear con las defensas con tanta intensidad

⁷⁶ STS 6591/2007

⁷⁷ STS 6591/2007 Fj 9

⁷⁸ STS 6591/2007 Fj 9

⁷⁹ STS 6591/2007 Fj 9

como para producir en una de ellas lesiones graves del art. 150 CP. si puede compararse la complejión física de los intervinientes. Y resulta que la preparación profesional y potencia física de al menos, cinco Ertzainas, era lo suficientemente superior como para haber podido reducir a tres personas, dos de ellas mujeres, desarmadas, sin necesidad de usar directamente la defensa con golpes directos de especial intensidad. Por ello, eran factibles otras formas de cumplir ese deber que no implicaban un ataque tan grave a la integridad física de los dos lesionados y que hubiera llevado a la inmovilización de los agresores sin necesidad del uso de las defensas y menos dirigiendo los golpes a zonas vulnerables del cuerpo, como la boca en el caso de Constanza.⁸⁰

3.3.3 La incautación de cámara fotográfica

Ejercicio: Plaza de Roma

Los hechos suceden el día 18 de Agosto de 2005, alrededor de las 22:30 horas en el transcurso de los incidentes que se estaban produciendo en la Plaza de Roma, de esta Ciudad, con motivo de la decisión de la Corporación Municipal de construir un Parking en la Avenida Eladio Perlado. Cuando el recurrente observa como el denunciante hace fotografías de los Policías que trataban de restablecer el orden público alterado. Una vez comprobado que no pertenece a ningún medio informativo, sino que se trata de un particular le solicitan la entrega de la cámara y ante su negativa le fue quitada con ayuda de otros agentes.⁸¹

La Audiencia Provincial de Burgos se pronunció en torno a si un particular puede fotografiar a las Fuerzas de Orden Público, en este caso Policías Municipales cuando intervienen en un lugar público en razón de su cargo, o si, esta actuación del particular no afecta a la esfera privada de las personas. En criterio de la Audiencia Provincial de Burgos, no existe un derecho para obtener imágenes de una persona por medios que posteriormente permitan su posterior difusión sin su consentimiento, esta restricción se vería limitada cuando se trate de evitar o descubrir hechos delictivos o de acontecimientos de interés público y esta actuación se realice al amparo del derecho fundamental de comunicar libremente información veraz, reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, supuesto en el debería ponderarse cuál de los dos derechos fundamentales debía prevalecer en su protección, pero ello no

⁸⁰ STS 6591/2007 Fj 10

⁸¹ SAP BU 393/2006 Fj 3

ocurre en el supuesto en que el particular no pertenece a ningún medio de comunicación.

Esquema del ejercicio: Plaza de Roma

En criterio de la Audiencia Provincial de Burgos, una vez determinado que la actuación del denunciante de fotografiar a los agentes locales que por razón de su cargo trataban de reprimir los disturbios, y que actuaban a cara descubierta, no estaba amparada legalmente al hacerse sin su consentimiento, la orden dada de que entregase la cámara fotográfica era legítima, toda vez que se desconoce el uso que de esas imágenes de los agentes pudiera hacer el denunciante, y es obvio que por elementales medidas de seguridad tratarán de preservar su imagen ante el ignoto propósito que pudiera guiar a aquél, por lo que el requerimiento para la entrega de la cámara fotográfica es ajustado a Derecho. Ante la negativa del denunciante a hacer entrega de la cámara de fotos ante el requerimiento realizado, el denunciado ayudado de otros agentes le quitaron la cámara a la fuerza, tampoco esta acción sería constitutiva de infracción penal al ser aplicable a la misma la circunstancia eximente recogida en el artículo 20.7 del Código Penal.⁸²

3.3.4 El valor de las declaraciones de funcionarios acusados

El tribunal Supremo se ha pronunciado acerca del valor de las declaraciones testificales de un agente de la policía, singularmente en aquellos supuestos en que tal agente esté involucrado en los hechos, bien como víctima -por ejemplo, atentado, resistencia, desobediencia...- bien como sujeto activo -detención ilegal, torturas, contra la integridad moral...-. En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones personales del policía tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo destructora de la presunción de inocencia por si misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad de las mismas, y no puede ser así porque cualquier sobre estimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la defraudación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente derive, no del a priori de la

⁸² SAP BU 393/2006 Fj 3

condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.⁸³

3.4 La legítima defensa del funcionario o de un tercero

Los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa, según el artículo 20.4° del Código Penal, son: en primer lugar, la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; en segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el exclusivo ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.⁸⁴

3.4.1 La agresión actual o inminente

Ejercicio: Homicidio imprudente

El agente acusado había presenciado como en el intento de huida, quienes se comportaban en ese momento como delincuentes, habían intentado atropellarle, teniendo que saltar a un lado para evitarlo, y como seguidamente, tras colisionar contra el vehículo policial, continuaron su marcha. La sentencia de instancia señala en el hecho probado que el acusado, realizó dos disparos en dirección a la rueda posterior derecha del vehículo, que impactaron muy cerca de dicha rueda. Una de las balas topó contra el separador del maletero y el habitáculo del vehículo, desviando su trayectoria en sentido ascendente y yendo hacia el asiento del copiloto del vehículo, Andrés, a quien causó heridas que provocaron su muerte una hora más tarde.⁸⁵

⁸³ STS 250/2014 Fj 4

⁸⁴ STS 277/2010 Fj CUARTO

⁸⁵ STS 277/2010

Como requisitos de la agresión ilegítima, que opera en todo caso como primer e imprescindible requisito de la eximente, se ha señalado que debe ser actual o inminente, pues solo así se explica el carácter necesario de la defensa. No existirá, pues, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo.

Esquema del ejercicio: Homicidio imprudente

El funcionario solicita la aplicación de la eximente de legítima defensa. El empleo de tal clase de violencia, no solo contra los bienes, sino también contra la persona del agente de la autoridad, justifica que éste se preparara para hacer uso del arma. Pero al momento de hacer uso del arma ya había pasado el peligro para su vida. Tampoco había motivo alguno para entender que se hubiera iniciado un peligro para un tercero o que, al menos, era inminente de forma que exigiera una actuación defensiva. En esas circunstancias, su reacción se anticipó sin motivo a la aparición de actos que pudieran hacer pensar que la agresión era inminente, por lo que no puede ampararse bajo la legítima defensa

4 El uso de la fuerza policial en Venezuela

4.1 La participación de la Guardia Nacional en el control del orden público

Ejercicio: Caso del Caracazo Vs. Venezuela

El 27 de febrero de 1989 un número indeterminado de personas provenientes de los estratos populares iniciaron una serie de disturbios, que consistieron principalmente en la quema de vehículos destinados al transporte urbano y en el saqueo y la destrucción de locales comerciales, hechos que produjeron cuantiosos daños a propiedades públicas y privadas. El control de la situación se encomendó a fuerzas militares, para lo cual se trajeron del interior del país, aproximadamente nueve mil efectivos. De declaraciones de altos funcionarios se desprende que las fuerzas armadas no estaban preparadas para asumir el control del orden público y los jóvenes que se enviaron, por su juventud e inexperiencia, constituían un peligro para la vida e integridad física de las personas. De igual manera se desprende que dichos jóvenes fueron equipados con armas de asalto para controlar la población civil y vehículos blindados. Los oficiales usaron pistolas de gran potencia. En los casos estudiados existió un patrón común de comportamiento caracterizado por el uso desproporcionado de la fuerza armada en los barrios populares. Dicho comportamiento incluyó el ocultamiento y destrucción de evidencia, así como el empleo de mecanismos institucionales que han asegurado la impunidad de los hechos.⁸⁶

La controversia acerca de la participación de órganos de carácter militar en el control del orden público encuentra una regulación expresa en la constitución. La Constitución de 1999 establece al efecto en su art. 328 que la finalidad de la Fuerza Armada Nacional es la de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional. El artículo 329 viene a precisar tales principios. El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo)

operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley. El art. 332 I dispone que para el cumplimiento de la tarea de mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, el ejecutivo nacional debe organizar un cuerpo uniformado de policía nacional de carácter civil.

Estimamos que la interpretación de los mencionados artículos 328 y 332 I de la Constitución permite afirmar una relación de regla a excepción en la participación de la fuerza armada en tareas de protección del orden público. En términos similares al derecho alemán, tal excepción se encontraría justificada por una situación fáctica extraordinaria, que no hubiera podido preverse, en la que la organización de las policías no tuviera capacidad suficiente.⁸⁷ De resto, los órganos del Estado, se encuentran obligados a proveer a los cuerpos de policía dotación material y de personal suficiente para las tareas ordinarias y previsibles. La facultad expresa del artículo 329, que habilita al legislador a atribuir a la Fuerza Armada Nacional competencias en materia de policía administrativa y de investigación penal, debe ser entendida en ese marco de subsidiariedad y en ningún caso como una regla general que desconozca la garantía de un cuerpo uniformado de policía na-

⁸⁷ También en este sentido, Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140

cional de carácter civil. En este sentido, el Constituyente *Antonio Rodríguez*, señaló en el debate que, “la Guardia Nacional tiene la responsabilidad de colaborar en el mantenimiento del orden interno, sin embargo, la función de orden público principal es de la policía civil.”⁸⁸

El ejercicio de la competencia de control del orden público por parte de la Fuerza Armada, específicamente la Guardia Nacional requiere de una disposición legislativa expresa. Ello se desprende de la interpretación gramatical de la última frase del artículo 329. Una interpretación distinta es sostenida por el *prof. Peña Solís*, quien sostiene que la expresión “la Guardia Nacional... tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país”, estaría referido al control del orden público, de acuerdo con los criterios expuestos por los Constituyentes, por lo que no sería necesaria una disposición legislativa atributiva de competencia.⁸⁹

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley,⁹⁰ incluyen la posibilidad de que las autoridades militares ejerzan funciones de policía. Sin embargo, diversos organismos internacionales han advertido que la función normal de las fuerzas armadas de un Estado es defender el territorio nacional contra las amenazas externas (conflictos armados internacionales) y afrontar situaciones de conflicto armado interno (no internacional). Sin embargo, las fuerzas armadas normalmente no están ni formadas ni equipadas

⁸⁸ Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140

⁸⁹ Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág.140

⁹⁰ Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

para llevar a cabo esas tareas. Por ende, cuando esas responsabilidades se les confían, es posible que no las ejerzan adecuadamente.⁹¹

La Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos ha observado que, en la región es recurrente que se proponga, o directamente se establezca, que efectivos militares asuman de seguridad interior a partir del argumento del incremento de los hechos violentos o delictivos. Este tipo de planteos responden a la confusión entre los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional, cuando es indudable que la criminalidad ordinaria -por muy grave que sea- no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado”.⁹² Por tal motivo, ha recomendado la Comisión, establecer en las normas de derecho interno una clara distinción entre las funciones de defensa nacional, a cargo de las fuerzas armadas, y de seguridad ciudadana, a cargo de las fuerzas policiales. En este marco, determinar, que por la naturaleza de las situaciones que deben enfrentarse; por la formación y especialización funcional; y por los antecedentes negativos verificados en la región respecto a la intervención militar en asuntos de seguridad interna, las funciones vinculadas a la prevención, disuasión y represión legítima de la violencia y el delito corresponden exclusivamente a las fuerzas policiales, bajo la dirección superior de las autoridades legítimas del gobierno democrático.⁹³

En el Caso del Caracazo Vs. Venezuela, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que ordene al Estado, como garantía de no-repetición que, incorpore a los programas de estudio en academias militares y policiales asig-

⁹¹ Violencia y uso de la fuerza, Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, pág. 39

⁹² CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párr. 103

⁹³ CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, recomendación específica número 10

naturas relativas a la protección de los derechos humanos e impulse la creación de un organismo de Policía para actuar en seguridad pública con un carácter eminentemente civil.

La Guardia Nacional Bolivariana (GNB), órgano que ha tenido la mayor cuota de responsabilidad en el control de las protestas, es también el organismo sobre el que recaen la mayor cantidad de denuncias debido a los excesos que ha cometido en el ejercicio de estas funciones. Uso desproporcionado de la fuerza, empleo de armas de fuego y sustancias tóxicas en manifestaciones, casos de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes a detenidos, resaltan entre las principales denuncias que víctimas y organizaciones de derechos humanos del país han documentado a propósito de la actuación de este componente de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB), en el marco de las protestas de febrero-mayo 2014.⁹⁴

Esquema del ejercicio: Caso del Caracazo Vs. Venezuela

La Corte Interamericana estableció que no se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. Las características de los hechos de este caso, revelaron que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas. El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.⁹⁵

4.2 El uso de la fuerza en reuniones públicas

Ejercicio 66: Juan Francisco

En la denuncia interpuesta por el ciudadano Juan Francisco, se deja constancia de lo siguiente: “fui maltra-

⁹⁴ Civilis y otros, Venezuela, Informe Febrero-Mayo 2014, pág. 29

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), párr. 127

tado físicamente y brutalmente por los Guardias Nacionales (...) por hacer un fogata para alumbrar a las personas que manifestaban (...) yo le dije que el que encabezaba la protesta era mi persona y que yo era el responsable y estaba dispuesto a dialogar del dolor y del problema (...) me propinaron (7) siete peinillazos, puntapiés, culatazos, tengo el cuerpo con marcas de peinillas y casi no puedo caminar a causas de tantos golpes (...). El informe de medicatura forense arrojó como conclusión: Contusiones escoriadas y equimoticas en pared abdominal y muslo izquierdo, con tiempo de curación de 08 días, tiempo de incapacidad de 08 días y de carácter leve.

Consta del informe relacionado con el procedimiento lo siguiente: “En el lugar los manifestantes estaban quemando basura y ramas en la calle, construyeron dos barricadas impidiendo el paso de vehículos y peatones (...) en vista de esto y que la situación se había convertido en una manifestación violenta con actos vandálicos en contra de la ciudadanía y la población (...) se formó una comisión mixta (...) el Stte (GN) JOSE PIÑERO, con sus guardias avanzó por el frente de la manifestación y yo con mis policías avancé por la parte trasera (...) fueron detenidos tres ciudadanos para el momento cuando fueron trasladados al comando policial se encontraban borrachos y se negaron a ser identificados legalmente (...) también fueron trasladados al Centro de Salud de esta población para ser atendidos medicamente (...) motivado a que los mismos manifestaron encontrarse lesionados (...)”.⁹⁶ [ver el esquema en párr. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**]

La Corte Interamericana ha condenado a la República de Venezuela a: a) adoptar las medidas necesarias para formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; b) ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos; y c) garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y

⁹⁶ Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Amazonas ASUNTO PRINCIPAL : XP01-P-2005-000623

de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto al derecho a la vida y a la integridad personal.⁹⁷

La Comisión Interamericana ha observado que en el ejercicio del derecho a manifestar pacíficamente, se producen a menudo violaciones a la vida y a la integridad personal, que en muchos casos son consecuencia del uso excesivo de la fuerza estatal venezolana.⁹⁸ En relación con los casos de muertos y heridos en el marco de manifestaciones, la Comisión ha reiterado al Estado venezolano que el uso de la fuerza es un recurso último que debe ser utilizado únicamente para impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal. Por ello, el uso legítimo de la fuerza pública implica, entre otros factores, que ésta debe ser tanto necesaria como proporcionada con respecto a la situación, es decir, que debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persiga, así como tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas. De tal forma, el grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado para que se considere adecuado con los parámetros internacionales, no debe ser más que el absolutamente necesario.⁹⁹

En lugar de establecer parámetros claros que sirvan para prevenir el exceso del uso de la fuerza, la posición adoptada por la Sala Constitucional ha sido la de impulsar la actuación policial. La Sala se pronunció en torno a la con-

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Caracazo Vs. Venezuela Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas), pág. 113

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y derechos humanos en Venezuela, 2009, párr. 120

⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y derechos humanos en Venezuela, 2009, párr. 133

sulta de, ¿qué facultades en materia de orden público posee el órgano competente si fuesen desobedecidas las limitaciones o condiciones al derecho de manifestar? Observó al respecto que, visto que las policías municipales detentan una competencia compartida en materia del control del orden público, estos organismos de seguridad tienen la obligación de coadyuvar con el resto de los cuerpos de seguridad (policías estatales, Policía Nacional Bolivariana y Guardia Nacional Bolivariana) en el control del orden público que resulte alterado con ocasión del ejercicio ilegal del derecho a la manifestación.¹⁰⁰

Esquema del ejercicio: Juan Francisco

El Fiscal Cuarto del Ministerio Público con Competencia en Materia de Derechos Fundamentales solicitó al Tribunal el sobreseimiento de la causa. Señaló que el uso de la fuerza pública fue utilizado en base a los principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la Ley. Aunado a ello, los funcionarios de la Guardia Nacional proporcionaron el dialogo con el objeto de que los manifestantes depusieran su actitud. El tribunal consideró que en el caso seguido a los funcionarios concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad, razón por la cual acordó el sobreseimiento.

Estimamos que tanto la solicitud del Ministerio Público, como la sentencia judicial no ofrecen una motivación suficiente que permita evaluar si la conducta del manifestante era a tal punto violenta que justificara la actuación policial. El sólo bloqueo de las vías no constituye un peligro al orden público que hubiera justificado la disolución de la reunión. No se establece la existencia de una advertencia previa del uso de la fuerza. Tampoco se hace referencia a una resistencia activa que hubiera justificado el uso de la fuerza física. Por el contrario, el cerco policial y militar por ambos lados de la vía, parece haber impedido la huída de los manifestantes. Las lesiones causadas son indicio del excesivo uso de la fuerza.

4.3 El uso de sustancias tóxicas

Representantes del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Capital interpusieron acción de amparo constitucional contra “...la amenaza cierta e inminente del uso de sustancias tóxicas por parte de la Guardia Nacional, para reprimir y disolver las manifestaciones y marchas pacíficas realizadas por la población venezolana en violación del derecho constitucional a la salud previsto y garantizado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”¹⁰¹

¹⁰⁰ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277

¹⁰¹ SCON-TSJ 05/08/2005 Exp. n° 04-0841

En Venezuela, el artículo 68 dispone que, se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. Estimamos que la norma establece una regla estricta que no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas o de limitaciones derivadas de la ponderación con otros bienes jurídicos. Tampoco utilizarse el calificativo de “pacífico” para permitir el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones no pacíficas. Tal interpretación gramatical produciría un resultado absurdo, en la que el valor de la norma quedaría reducido a lo obvio, dado que en una reunión pacífica no se justifica ninguna forma de uso de la fuerza, mucho menos medidas tan graves como armas de fuego y sustancias tóxicas. Por el contrario, la garantía constitucional tiene una justificación histórica y debería ser tomada en serio por los poderes públicos, debido al impacto negativo que tiene en la salud de las personas. De allí que, la única interpretación admisible es que en Venezuela existe una prohibición absoluta de uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en manifestaciones.

El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha advertido que no se debe modificar en modo alguno la composición química del gas con el único propósito de infligir fuertes dolores a los manifestantes, e indirectamente, a los transeúntes. El Relator Especial ha declarado que la utilización de gases lacrimógenos, no distingue entre manifestantes o no manifestantes, ni entre personas sanas o enfermas.¹⁰²

Con ello se alude a un importante argumento en contra del uso de armas en manifestaciones. Además de la evidente consecuencia negativa para el ejer-

¹⁰² Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai. Asamblea General de las Naciones Unidas. A/HRC/20/27 de 21 de mayo de 2012, párr. 35

cicio de un derecho fundamental constitutivo de la democracia, debe tenerse presente que el uso de la fuerza sólo puede estar justificado en contra de la persona responsable de la alteración del orden público. Excepcionalmente, puede estar justificada una afectación leve y tolerable de intereses de terceras personas no responsables. Pero en ningún caso puede admitirse la afectación del derecho a la integridad física, a la salud y a la vida de terceros. Sin embargo, no puede esperarse razonablemente que el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en una multitud no afecte a terceros no responsables.

En la práctica, la garantía constitucional del artículo 68 no ha impedido el uso reiterado de sustancias tóxicas contra manifestantes. Por el contrario, son numerosas las denuncias sobre uso de bombas lacrimógenas vencidas, empleo excesivo de las mismas, y uso dirigido no solo contra quienes participan en las protestas, sino al conjunto de la población civil que transita o reside en las adyacencias de los sitios donde se desarrollan las manifestaciones. Especialmente graves han sido los efectos negativos que el uso excesivo de estas sustancias en lugares residenciales, ocasionan a la población civil.¹⁰³

En una publicación oficial se afirma que, Venezuela cumple con la normativa internacional en el uso de equipos para la contención de manifestaciones violentas. Los funcionarios de seguridad y de orden público del Estado, en el despliegue de sus acciones de contención de la violencia, utilizan estrictamente equipos antimotines permitidos por la normativa nacional e internacional, tales como armas no letales (escudos de resguardo antimotín, gases

¹⁰³ Civilis y otros, Venezuela, Informe Febrero-Mayo 2014, pág. 33; Amnistía Internacional, Venezuela: Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas, pág. 7; Human Rights Watch, Castigados por protestar, pág. 6; Amnistía Internacional, Venezuela: Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas.

lacrimógenos y perdigones), a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a las personas.¹⁰⁴

4.4 El uso de la fuerza mortal como limitación del derecho a la vida

Ejercicio 67: Vehículo Ford Sierra rojo

El ciudadano ÁNGEL ELOY, en su carácter de funcionario del Instituto Autónomo de la Policía del Estado Miranda, se encontraba realizando trabajos de inteligencia inherentes a su cargo, ya que existía la denuncia de que unos ciudadanos que tripulaban un vehículo Ford Sierra rojo se dedicaban al tráfico de estupefacientes en el barrio Aquiles Nazoa de la ciudad de Los Teques. Una vez allí el ciudadano ÁNGEL ELOY y sus compañeros coincidieron con un vehículo de las características señaladas, por lo que procedieron a darle la voz de "alto" y ante la negativa y huida del mismo, los funcionarios dispararon y produjeron la muerte de su tripulante, ciudadano MIGUEL R.¹⁰⁵

Ejercicio: El ciudadano REINALDO R.

Los funcionarios policiales se encontraban realizando labores de prevención en horas de la madrugada, cuando se les acercó un ciudadano para denunciar que cinco sujetos lo habían despojado de una cadena de oro y dinero en efectivo. Los funcionarios policiales salieron a la captura de los antisociales y cuando vieron a un grupo sospechoso de personas les dieron la voz de alto, pero salieron corriendo y algunos se metieron en el patio de una casa. En ese momento los policías escucharon que les disparaban y ante el temor de resultar heridos hicieron varios disparos y resultó herido el ciudadano REINALDO R., quien falleció posteriormente y después fue reconocido por el denunciante como una de las personas que lo habían despojado del dinero y de una cadena de oro.¹⁰⁶

Aún cuando la redacción del artículo 43 de la Constitución pareciera excluir la posibilidad de limitación del derecho a la vida, en el sentido que “*el derecho a la vida es inviolable,*” sin embargo, tal limitación es técnicamente practicable, siempre que tal facultad derive de una habilitación legal expresa, que tenga una justificación válida y se ajuste a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Derechos humanos en revolución y cómo la derecha los viola, pág. 32

¹⁰⁵ SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009

¹⁰⁶ SCP-TSJ 21/12/2000 Exp. N° 00-0955 (AAF)

¹⁰⁷ No compartimos por tanto el criterio, según el cual el derecho a la vida es un derecho absoluto. Así por ejemplo, incidentalmente se sostuvo en SPA-TSJ 21/11/2006 EXP. N° 2004-1277

La afectación del derecho a la vida debe encontrarse establecida por una norma dictada por el Parlamento, de conformidad con el principio de reserva legal. La limitación del derecho a la vida debe encontrarse materialmente justificada, cuando resulte indispensable para proteger otros bienes jurídicos de mayor peso, luego de una ponderación que considere todas las circunstancias del caso.

4.4.1 La previsión legal expresa

No es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona. El grado de determinabilidad de una ley de tal naturaleza debe ser proporcional a la gravedad de la limitación del derecho a la vida.¹⁰⁸

El fundamento legal del uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía, al grado de poner en peligro la vida de una persona, se encuentra regulado en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero.

¹⁰⁸ Espinoza, principios de Derecho Constitucional, pág. 157

La Ley de Control para la Defensa Integral del Espacio Aéreo establece la facultad de derribar aeronaves en vuelo. El art. 5 de dicha ley establece parámetros amplios, según los cuales toda aeronave en vuelo que infrinja las disposiciones sobre la circulación aérea dentro del espacio aéreo de la República, podrá ser objeto de medidas de interceptación, persuasión o inutilización, en los siguientes casos: 1. Cuando sea designada blanco de interés, por ser desconocida, al incumplir con la normativa en materia de circulación aérea, especialmente por carecer de signos de identificación o plan de vuelo, así como por suministrar datos falsos o desacatar las instrucciones emanadas de tales servicios. 2. Cuando se presuma que el vuelo atenta contra la soberanía nacional o su utilidad tenga conexión con actividades ilegales. 3. Cuando la aeronave sea identificada hostil, por desacatar las medidas de interceptación o persuasión, siendo susceptible de ser objeto de aplicación de medidas de inutilización. En la práctica, a pesar de que el reglamento exige la existencia de peligro grave e inminente a las personas, bienes e instituciones públicas o privadas, tal facultad ha sido aplicada en el caso de aeronaves bajo la sospecha de transportar droga, o por ingresar "sin autorización" al espacio aéreo venezolano. En 2013 fueron derivadas unas 30 aeronaves.

4.4.2 La protección de la vida como justificación material

La limitación del derecho a la vida debe encontrarse materialmente justificada, cuando resulte indispensable para proteger otros bienes jurídicos de mayor peso, luego de una ponderación que considere todas las circunstancias del caso. Ciertamente que la vida constituye un “*valor superior del ordena-*

miento jurídico”, tal como lo indica el artículo 2 de la Constitución, pero ello no impide su ponderación con respecto a otros bienes jurídicos igualmente valiosos.

El artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero.

Esquema parcial del Ejercicio: Vehículo Ford Sierra rojo

En el caso narrado no se encontraba en peligro la vida, sino que la medida se encontraba destinada al control de identidad y a la eventual revisión de un vehículo por la sospecha de comisión de un delito de tráfico de estupefacientes. En aplicación estricta del artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, según el cual, el uso de la fuerza mortal sólo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero, la actuación del funcionario debería ser considerado excesivo por cuanto no existía peligro inminente de la vida.

4.4.3 La protección de otros bienes jurídicos

La jurisprudencia había admitido pacíficamente la evaluación de las causas de justificación del artículo 65 del Código Penal, para establecer la antijuridicidad de una muerte ocasionada por funcionarios de policía.¹⁰⁹ El artículo 281 del Código Penal también ha sido considerado como una habilitación amplia para el uso de las armas, por parte de militares en servicio, funcionarios de policía, resguardos de aduanas, o los funcionarios o empleados públicos que estuvieren autorizados para tenerlas o portarlas por las leyes o reglamentos que rijan el desempeño de sus cargos, “*en defensa del orden público*”.

¹⁰⁹ SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009, SCP-TSJ 01/08/2000 Exp. Nro. 93-1089, SCP-TSJ 16/11/2000 Exp. 00-1242

Sin embargo, a partir de la vigencia de la regulación contenida en el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía, equivalente al actual artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, el cual limita la justificación del uso de la fuerza mortal exclusivamente a *la defensa de la vida* de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero, resulta cuestionable si la defensa de un bien jurídico distinto, por ejemplo el derecho de libertad personal o de propiedad o en general, del orden público, puede servir de fundamento a las eximentes de responsabilidad, a que se refiere el artículo 65 del Código Penal venezolano.

Al respecto, existe controversia en el derecho comparado. A favor de la aplicabilidad de otras causas de justificación, distintas a la protección de la vida, podría señalarse que al igual que el derecho a la vida, también gozan de protección constitucional otros bienes jurídicos irrenunciables, tales como la integridad física, psíquica y moral, o la libertad personal. De acuerdo con las circunstancias del caso concreto, el uso mortal de la fuerza podría considerarse idóneo, necesario y proporcional, con respecto a la defensa de tales bienes jurídicos. En otro contexto, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que sería contraria a la Constitución “*una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante*”.¹¹⁰ Con ello se alude a la difícil cuestión de si es posible que una norma legal excluya por completo la aplicación de una causa de justificación.

¹¹⁰ C-542-93

Ahora bien, la materia de las causas de justificación permite la corrección de las reglas de aplicación general en casos que no podían ser previstos por el legislador. Se trata, de circunstancias extraordinarias en las cuales la aplicación de una sanción podría dar lugar a una situación injusta en el caso concreto, es decir, a un sacrificio particular que exceda lo razonablemente exigible. La causa de justificación no cuestiona la validez de la regla. El conflicto entre dos bienes jurídicos o intereses protegidos constitucionalmente deriva de una situación excepcional y daría lugar a una regla especial de validez temporal, únicamente mientras dure la causa de justificación.¹¹¹

En fin, consideramos que el método que ofrece mayores probabilidades de alcanzar un resultado justo en el caso concreto debe tomar en consideración, como punto de partida, las limitaciones establecidas por las normas de policía de carácter exhaustivo, tales como la prohibición del uso de la fuerza mortal para proteger bienes jurídicos distintos de la vida del funcionario o de un tercero. Sin embargo, puede admitirse la existencia de situaciones extraordinarias, en las cuales el cumplimiento de tal prohibición exceda lo razonablemente exigible al funcionario de policía. En tales casos es admisible que un bien jurídico distinto sirva de fundamento a la legítima defensa del funcionario o de un tercero. Pero tal concesión no puede ser incondicional, porque con ello quedaría vacía la regla general. Por tal motivo, podemos hacer uso de algunos correctivos, que permiten dar tratamiento diferenciado a funcionarios de policía, con respecto a un particular. Entre ellos, podemos mencionar la adopción de escalas progresivas para el uso de la fuerza, deber

¹¹¹ Espinoza, Principios de derecho constitucional, pág. 41

de resistencia pasiva y la presunción de que el entrenamiento policial permanente le permite enfrentar la situación de una forma distinta.

En cuanto al entrenamiento policial permanente, es válido tomar en consideración que si bien es cierto que al funcionario de policía no se le puede exigir que se someta a un estado de indefensión en una situación en la cual un ciudadano común hubiera podido defenderse legítimamente, sin embargo, debe exigirse a éste un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros,¹¹² por lo que el análisis de los elementos de la causa de justificación debe exigir un nivel más elevado de indoneidad, necesidad y proporcionalidad, que en el caso de un ciudadano común.

De tal forma, podríamos afirmar que el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, la cual limita la justificación del uso de la fuerza mortal exclusivamente a la defensa de la vida de la funcionaria o funcionario policial o de un tercero es *lex specialis* frente al artículo 65 del Código Penal, por lo que es de aplicación preferente frente a aquél. Sin embargo, el artículo 65 del Código Penal puede ser empleado como un correctivo, en situaciones extraordinarias, cuando la aplicación estricta de la ley especial suponga un sacrificio de bienes irrenunciables del funcionario, que exceda lo razonablemente exigible.

¹¹² CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

4.4.4 El Ejercicio Legítimo de la Autoridad

Como ejemplo de las tareas inherentes al ejercicio de la autoridad, puede señalarse la detención de una persona, el allanamiento del hogar doméstico, siempre que cumplan las garantías establecidas en la Constitución y las leyes, así como los casos de fuga o la resistencia a la autoridad. En general, la aplicación de esta causa de justificación requiere, al igual que el caso de la legítima defensa, que el medio empleado hubiera sido idóneo para alcanzar el fin perseguido, necesario y que el bien jurídico protegido sea de tal importancia que justifique proporcionalmente el sacrificio de los bienes jurídicos afectados. De tal forma, se afirma que la fuga no justifica el uso de armas, aún cuando no hubiera otro medio para lograr la captura. En criterio de *Wolf*, la fuga de una persona podría justificar, según la gravedad de la falta o la peligrosidad del delincuente, que la autoridad use el arma para una lesión que impida la fuga, pero sería inexcusable una lesión mortal.¹¹³

Esquema parcial del Ejercicio: Vehículo Ford Sierra rojo

El funcionario de policía disparó en contra de un vehículo que no acató la voz de "alto" y produjo la muerte de su tripulante. La Sala de Casación Penal¹¹⁴ hizo uso de la eximente de responsabilidad prevista en el ordinal 1° del artículo 65 del Código Penal, sin detenerse en la evaluación de los principios de proporcionalidad. Un análisis de tal principio hubiera permitido constatar que la conducta del transgresor sólo constituye una falta en nuestra legislación penal y que el uso de armas por parte de funcionarios policiales sólo se justifica cuando está en peligro la vida o, en ciertos casos graves, la integridad física.¹¹⁵

En fin, en los casos en que el uso de la fuerza por parte de funcionarios de policía sea capaz de producir la muerte, el artículo 68 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, hace

¹¹³ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II, pág. 58

¹¹⁴ SCP-TSJ 25/07/2000 Exp. No:N-00-009

¹¹⁵ Voto salvado del Magistrado Rosell Senhenn

inaplicable el eximente de responsabilidad, a que se refieren los artículos 65, numeral 1 y 281 del Código Penal venezolano.

4.5 Esquema del análisis de fondo¹¹⁶

El uso de la fuerza mortal, por parte de funcionarios de los órganos de seguridad del Estado, constituye una medida cuyas consecuencias tienen el carácter definitivo e irreversible de la muerte. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extemos. En el análisis de fondo, los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo.

4.5.1 El principio de idoneidad

El principio de idoneidad constituye un límite mínimo de la facultad de actuación de los órganos del Estado.¹¹⁷ En tal sentido, justifica una obligación del funcionario de hacer lo posible para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en juego. En el caso de los órganos de seguridad ciudadana, el artículo 55 de la Constitución establece como tales bienes jurídicos dignos de protección *“la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes”*.

Del artículo 55 de la Constitución deriva cierto ámbito de discrecionalidad, en la evaluación de si un funcionario tiene el deber de intervenir o no en una

¹¹⁶ Haremos uso del esquema de argumentación y del método de ponderación que es propio del derecho alemán, aún cuando los mismos no son aplicados en Venezuela, salvo por algunas referencias de la doctrina.

¹¹⁷ Espinoza, Derecho Constitucional en Alemania y Austria, pág. 70; Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 136

situación que constituya amenaza, vulnerabilidad o riesgo tales bienes jurídicos, así como en la selección de la medida a adoptar y su intensidad. Sin embargo, en situaciones graves, tal discrecionalidad puede quedar reducida a cero, esto es, el medio empleado no puede ser objetivamente ineficaz. Se trataría en tales casos de una obligación específica, cuyo incumplimiento constituiría una omisión contraria a derecho.

El principio de idoneidad también constituye un límite que impide la escogencia de determinadas medidas. El uso de la fuerza mortal no se encuentra justificado cuando probablemente no impida eficazmente la afectación a los bienes jurídicos protegidos. El análisis del principio de idoneidad debe tomar en consideración que a los funcionarios de policía les es exigible un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros.¹¹⁸

En todo caso, dado el carácter irreversible e irreparable del uso mortal de la fuerza, su ejercicio sólo podría encontrarse justificado cuando exista certeza con anterioridad al hecho, acerca de los elementos siguientes:

4.5.2 La existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero

En principio, el deber de protección de la vida supone que la mínima posibilidad de la amenaza a la vida de la víctima puede servir de justificación al

¹¹⁸CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

ejercicio legítimo de su defensa. Una medida de tal naturaleza tiene carácter extraordinario, solamente admisible en casos extremos. En el análisis de fondo, todos los elementos constitutivos de la causal de justificación deben encontrarse dados en su nivel máximo. En cuanto al elemento relativo a la existencia de un peligro actual e inminente para el funcionario o un tercero, sólo puede considerarse como tal el mayor grado posible de presunción de la existencia del peligro, esto es, que exista certeza de su existencia.

Esquema parcial del Ejercicio: El ciudadano REINALDO R.

En el caso narrado, los policías escucharon que les disparaban y ante el temor de resultar heridos hicieron varios disparos. En tal caso no existía certeza de la existencia de un peligro para la vida de los funcionarios. La Sala de Casación Penal declaró que el funcionario *“obró en estado de defensa putativa al sentir incertidumbre y temor de ser asesinado, durante la persecución que hacían para capturar a unos antisociales que habían ejecutado un robo, por lo que disparó y se produjo tal resultado.”* En realidad, la Sala hace referencia a la eximente consagrada en el numeral 3 del artículo 65 del Código Penal, relativo al exceso en la defensa. Sin embargo, no puede existir exceso en la defensa si no existió una situación objetiva de defensa, esto es, una agresión ilegítima. En todo caso, podría haber podido considerarse que el funcionario asumió erróneamente la existencia de la situación de defensa, lo cual afectaría la intencionalidad.¹¹⁹ En fin, llama la atención que la Sala obvió el argumento según el cual el estudio Planimétrico y el examen de Balística, habrían determinado que una de las balas pertenece a un fal, *“accionado a 50 centímetros de distancia.”*

4.5.3 La responsabilidad de una persona sobre el peligro inminente

La justificación de las medidas coercitivas (distintas al uso de la fuerza mortal) de la policía preventiva deben estar dirigidas fundamentalmente frente al perturbador y sólo excepcionalmente frente a terceros. Tales medidas pueden ser aplicadas fundamentalmente frente al sujeto sobre el cual existen fundados indicios de la comisión del hecho. Ejemplo de ello es el requisito de la existencia de un *“motivo suficiente”* exigido por los artículos 205 y 207 del Código Orgánico Procesal Penal para la inspección de vehículos y de personas. Como lo indica el artículo 70, numeral 1 de la Ley Orgánica

¹¹⁹ Arteaga, Derecho penal venezolano (1997), pág. 203

del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, “el nivel del uso de la fuerza a aplicar está determinado por la conducta de la persona.” Como se observa, tales medidas pueden ser aplicadas frente al sospechoso de la comisión del hecho.

En el caso extremo del uso mortal de la fuerza, los elementos que justifican la medida deben ser llevados al máximo exigible. El uso de la fuerza mortal no sería admisible en personas distintas del agresor. Es decir que sólo podría encontrarse justificado por la legítima defensa, pero no por un estado de necesidad.

4.5.4 El principio de necesidad

El principio de necesidad se encuentra establecido en el artículo 55 de la Constitución como uno de los límites del uso de armas de fuego por parte de funcionarios de policía. La Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana desarrolla tal principio en su artículo 70, el cual establece los criterios para graduar el uso de la fuerza. Según tal disposición, las funcionarias y funcionarios policiales emplearán la fuerza física con apego a los siguientes criterios:

1. El nivel del uso de la fuerza a aplicar está determinado por la conducta de la persona y no por la predisposición del funcionario o funcionaria.
2. El uso diferenciado de la fuerza implica que entre la intimidación psíquica y la fuerza potencialmente mortal, el funcionario o funcionaria graduará su utilización considerando la progresión desde la resistencia pasiva hasta la agresión que amenace la vida, por parte de la persona.
3. El funcionario o funcionaria policial debe mantener el menor nivel del uso de la fuerza posible para el logro del objetivo propuesto.
4. En ningún momento debe haber daño físico innecesario, ni maltratos morales a las personas objeto de la acción policial, ni emplearse la fuerza como forma de castigo directo.

El uso de un medio capaz de causar la muerte a una persona debe constituir una alternativa excepcional. Esto supone, a los efectos del principio de necesidad, que tal medida sea la única posible, es decir, que resulte *indispensable* para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en peligro. En la mayoría de los casos, existirán otras alternativas para salvar la vida de los propios funcionarios o de terceros.

El análisis debe tomar en consideración que a los funcionarios de policía les es exigible un mayor grado de control de la situación que al ciudadano común. A diferencia del ciudadano común, el funcionario de policía tiene la experiencia y el entrenamiento que se requiere para asumir situaciones de peligro a la vida e integridad propia y de terceros.¹²⁰ De tal forma que, por ejemplo, no se considera necesario el uso del arma de Reglamento para repeler “*palabras obscenas con tono amenazante*” o los golpes de un agresor,¹²¹ aún cuando la misma situación hubiera podido justificar la reacción de un ciudadano común.

4.5.5 Teoría de los niveles de afectación del derecho

Se trata de clasificar por niveles o escalones los diferentes grados posibles de afectación de la libertad. Las condiciones especiales de la materia pueden ser relevantes para formar un nuevo nivel. A partir de esta clasificación por grados o niveles puede aplicarse un trato ajustado y diferenciado.¹²²

En Venezuela, el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal (2012) establece que “Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del impu-

¹²⁰ CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

¹²¹ CA-CJP-CJ-EDO.LARA Agost. 2006 ASUNTO: KP01-R-2006-0113

¹²² Espinoza, Principios de derecho constitucional, pág. 107

tado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos (...) Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.”

En el ejemplo citado se distinguen claramente dos niveles de intervención del Estado, a pesar de que la afectación de la autonomía de la voluntad (art. 20) y de la integridad física son igualmente graves. Sin embargo, en un nivel inferior, existen suficientes indicios de una relación de causalidad entre el imputado y el hecho que se investiga. En el segundo nivel se trata de “*otras personas*”. El Legislador aplicó un trato distinto en cada nivel. En el primer nivel la intervención es admisible siempre que sea necesario, mientras que en el segundo nivel se requiere que sea “*absolutamente indispensable para descubrir la verdad*”.¹²³

4.5.6 El principio de proporcionalidad

En el caso de legítima defensa de particulares, el principio de proporcionalidad admitiría una valoración a favor de los bienes jurídicos del agredido, y al mismo tiempo un desvalor de la conducta del agresor ilegítimo. Sin embargo, en el caso del uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales, no encuentra igual aplicación el elemento de prevención general que le sirve de fundamento.

Como se indicó anteriormente, el artículo 73 de la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía es de aplicación preferente a los artículos 65 y 281 del Código Penal, por lo que el uso de la fuerza mortal por parte de un funcionario de policía *sólo* se encuentra justificado para la defensa de la vida de

¹²³ En todo caso, es cuestionable que el legislador no estableció distinciones en cuanto a la gravedad del hecho.

la funcionaria o funcionario policial o de un tercero y no ya en razón de el ejercicio legítimo de una autoridad, la legítima defensa o la “*defensa del orden público*”.

4.6 El uso de armas de fuego en manifestaciones públicas

Ejercicio: Resolución No. 008610

Mediante Resolución dictada por el Ministro para la Defensa, se reguló la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en reuniones públicas y manifestaciones.¹²⁴ Entre otras normas, el art. 15, num. 9 establece una excepción a la prohibición de portar o usar armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, cuando por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso. El art. 22 indica en el num. 7 que, frente al riesgo mortal la funcionaria o funcionario militar, aplicará el método del uso de la fuerza potencialmente mortal, bien con el arma de fuego o con otra arma potencialmente mortal.

4.6.1 Relación jurídica

La norma regula la eventual justificación de la conducta del funcionario militar, a partir de la legítima defensa de la vida. Se trata de una disposición que establece la competencia de un funcionario, que puede afectar el derecho a la vida y la integridad física de un particular.

4.6.2 Principio de reserva legal

La norma no tiene carácter sancionatorio, por lo que no es aplicable el principio de reserva legal penal. Sin embargo, se trata de una limitación a un derecho fundamental, por lo que es materia de reserva legal general. Tal como lo dispone el último aparte del artículo 55 de la Constitución venezolana, una limitación por parte del Estado del derecho a la vida debe encontrarse

¹²⁴ Resolución No. 008610 del 23 de enero de 2015, dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa G.O. No. 40.589 de 27/01/2015

establecida por una norma dictada por el Parlamento. Sin embargo, la Resolución del Ministro para la Defensa no constituye una ley formal.

El grado de determinabilidad debe ser proporcional a la gravedad de la afectación del derecho. La afectación del derecho a la vida sería definitiva e irreversible, incluso más gravosa que una sanción privativa de libertad. Por tal motivo, no es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona. Podría pensarse que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (2009) sería aplicable como fundamento legal, en la medida en que regula el uso de la fuerza mortal. Pero tal disposición no se encuentra destinada a regular la situación particular de las reuniones manifestaciones públicas. Una interpretación extensiva sería inadmisibles.

Además, el uso de armas de fuego en manifestaciones encuentra una prohibición constitucional expresa en el artículo 68, I de la Constitución venezolana: *“Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas”*. La Resolución dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa es abiertamente inconstitucional. Como veremos, tal prohibición no puede ser evadida a través de la interpretación de los derechos fundamentales como causas de justificación.

En el caso planteado, podemos asumir que la autorización general para el porte y uso de armas de fuego en el control de manifestaciones, a través de

una resolución, es una situación imputable sólo al Estado. Ello excluye la aplicación de las causas de justificación y exige la vigencia del principio de legalidad y de las garantías de protección de los derechos fundamentales frente a la actuación del funcionario. Además, el elevado riesgo para la vida de terceros no agresores no puede ser justificado, en ningún caso.