

Nº 4

Cariátides

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional

Contenido:

Presentación

Delitos contra los derechos humanos

El derecho a la resistencia

Los delitos de desobediencia

La legítima defensa frente a funcionarios de ejecución

Ediciones anteriores

OCTUBRE
2016

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Octubre 2016

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica
División de Estudios y Representación



Con la colaboración del
Instituto de Estudios Constitucionales



Presentación

Nos complace presentar la *Cuarta Edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*. En esta oportunidad hemos desarrollado algunos estudios, en torno a la vigencia del derecho frente a situaciones de facto, que dada su magnitud y su vinculación con el Poder del Estado, podrían dar la apariencia de haber roto con la validez de la Constitución. Veremos que, por el contrario, el propio ordenamiento jurídico establece mecanismos que dejan claro que, así como el delincuente no ha producido la derogación de la ley penal, tampoco quien hubiera usurpado la autoridad es capaz de afectar la validez de la Constitución.

Esperamos que la Revista sirva de vía para el diálogo en la comunidad jurídica y de integración de las opiniones de los expertos, por lo que reiteramos la convocatoria a juristas nacionales e internacionales, para la presentación de artículos de investigación y opinión jurídica en las materias prioritarias del debate parlamentario en Venezuela, los cuales con mucho gusto publicaremos en las próximas ediciones.

Les agradecemos de antemano, por compartir este trabajo con colegas y alumnos y, por hacer posible este proyecto.

Dr. Alexander Espinoza¹
Jefe de Estudios y Representación

¹ Doctor en derecho por la Universidad de Passau, Alemania

Delitos contra los derechos humanos ¹

DIAJ-DER Octubre 2016

Contenido:

Delitos contra los derechos humanos en Alemania

- La fórmula de Radbruch
- El principio de universalidad

La justicia universal en España

- Subsidiariedad o concurrencia
- La previsión expresa en un convenio internacional
- La presencia del autor en el territorio español
- La nacionalidad de las víctimas
- Vinculación con el interés nacional

Delitos contra los derechos humanos en Venezuela

- Tipicidad
- Delitos cometidos por funcionarios públicos
- Exclusión de impunidad
- La jurisdicción universal en Venezuela
- Venezuela frente a la jurisdicción universal

1. Delitos contra los derechos humanos en Alemania

1.1. La fórmula de Radbruch

Ejercicio: Guardianes del muro

A pesar de la prohibición casi absoluta de salir de la República Democrática de Alemania, había escapado un 15% de la población a inicios de los años 60s, por lo que se temía la desestabilización política y económica del sistema. La

¹ Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

migración se tipificó como delito grave y se ordenó a los soldados de la frontera impedir la fuga, incluso a costa de la vida del transgresor.

El 8 de abril de 1971 el joven S. de 18 años de edad pisó una mina en las cercanías del pueblo, en el intento de atravesar el campo minado. Esta le voló el pie izquierdo; a pesar de lo cual logró alcanzar el territorio de la República Federal de Alemania. Allí murió, luego de varias operaciones el 4 de mayo de 1971, como consecuencia de las lesiones.

El 1° de diciembre de 1984 dos soldados de frontera dispararon a las 3:15 sobre el joven S. de 20 años de edad con fuego sostenido, cuando este intentó atravesar el muro con una escalera. Los disparos lo alcanzaron en el área de la espalda. Al herido se le negó asistencia médica. A las 5:15 fue llevado al hospital de la policía popular. Para ese momento se había desangrado. Con asistencia médica oportuna hubiera tenido probabilidades de sobrevivir. Los soldados fueron recompensados, aún cuando sólo se reprochaba la cantidad de munición que había sido utilizada.²

Carl Schmitt aportó al régimen Nacional-Socialista la fórmula “*nullum crimen sine poena*”, en sentido inverso a la expresión tradicional “*nulla poena sine lege*”. Con ello, no quedaría “*ningún crimen sin castigo*”.³ El Código Penal de 1935 disponía que también podía ser objeto de sanción penal un hecho que merecía castigo, de acuerdo con la sana conciencia del pueblo. Si una ley penal no era directamente aplicable, entonces la sanción debía ser impuesta, de acuerdo con el espíritu de la norma que mejor se ajuste al caso.⁴

Por el contrario, el principio de legalidad penal supone que, por mucho que una conducta sea socialmente nociva, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente

² BGHSt 41, 101 – Guardianes del muro III; BVerfGE 95, 96

³ Ebert, Derecho Penal Parte General, pág. 8

⁴ Epping, Grundrechte, pág. 378

en la ley.⁵ Tal limitación puede dar lugar a graves contradicciones valorativas. Se establece una regla de ponderación de valores,⁶ según la cual, la potestad sancionatoria del Estado debe retroceder siempre, ante la garantía de seguridad jurídica del individuo.

Gustav Radbruch había sido profesor de la Universidad de Heidelberg, hasta su destitución por los nazis en 1933. Finalizada la guerra, publicó un artículo en 1946 denominado “*Injusticia legal y derecho suprapositivo*”, en el cual abordaba el problema de procesos judiciales en curso, tales como en el caso de los denunciantes del nacional-socialismo, quienes argumentaban generalmente su buena fe en la validez de las leyes nacional-socialistas y de las órdenes emitidas en base a las mismas. *Radbruch* desarrolló el tema de la relación entre la seguridad jurídica y la justicia, señalando que tal conflicto debía ser resuelto en el sentido que el derecho positivo conservaba su validez, incluso en casos en que resultare injusto o inconveniente, a menos que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia alcance un nivel tan intolerable que la ley deba retroceder ante la justicia, por su carácter de “*derecho incorrecto*”. No sería posible establecer una distinción clara entre los casos de leyes injustas y de leyes que, a pesar de su contenido incorrecto aún mantienen su validez. Pero si sería posible establecer una distinción clara: En los casos en que ni siquiera se pretende alcanzar la justicia; en que la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, es rechazada de forma

5 BVerfGE 47, 109/124 – Principio de determinabilidad; BVerfGE 71, 108/116 – Prendedor Anti-Energía Atómica; Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, pág. 137

⁶ Fuchs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, pág. 41

consciente, entonces la ley no sólo es un “*derecho incorrecto*” sino que pierde toda condición jurídica.⁷

El contenido central del argumento de *Radbruch* está referido a la validez de la norma. Determinadas normas, con contenido en extremo injusto no sólo son consideradas sin valor, inmorales, falsas o pervertidas, sino que simplemente se desconoce su carácter de norma jurídica. De tal forma, la injusticia extrema se convierte en no-derecho. Para ello, se ofrecen dos criterios distintos: por una parte, un criterio objetivo, relativo a un “*grado intolerable*” de contradicción entre el derecho positivo y la justicia; por otra parte, un aspecto subjetivo relativo a la falta de intención de establecer una regla justa. En la doctrina actual se emplea sólo la denominada “*tesis del grado intolerable*”, mientras que la tesis de la intencionalidad resulta en la práctica imposible de demostrar.⁸ En palabras de Alexy, “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”, es decir, la extrema injusticia no es derecho.⁹

En la actualidad se reconoce la posibilidad de establecer excepciones al principio de legalidad penal en casos extremos.¹⁰ Según la fórmula de *Radbruch*, el principio de legalidad penal no sería aplicable, cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un nivel insoportable.¹¹ Tal

⁷ Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, pág. 421

⁸ Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen. JZ 1997, pág. 423; Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 76

⁹ Alexy, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, pág. 205; Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 76

¹⁰ Art. 7 II del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Art. 15. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹¹ Alexy: El concepto y la validez del Derecho, pág. 45

sería el caso de normas que contraríen los principios fundamentales de la justicia, que su aplicación suponga un injusto en lugar de derecho.¹² Las situaciones en las que deban desconocerse tales principios, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.¹³ La vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.¹⁴

En caso de que una causa de justificación permitiera el incumplimiento de los elementales principios de la justicia y de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional, la misma debe ser desaplicada. En tales casos la condena penal no sería contraria al principio de legalidad penal, pues la causa de justificación habría sido ineficaz desde un principio, debido a la manifiesta injusticia que materializaba. Tales criterios son igualmente aplicables en caso de una práctica del Estado, que ignorarse una interpretación de la legislación aplicable que resulte respetuosa de los derechos humanos generalmente reconocidos. Tal práctica del Estado constituiría de igual forma una injusticia grave, por lo que no puede ser reconocida como una causa de justificación.¹⁵

Una causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada a causa de la vulneración de un derecho de mayor rango cuando en ella se exprese una vulneración notoriamente grave de las ideas básicas de justicia y humanidad: la vulneración debe tener tal

¹² BVerfGE 23, 98/106 – Revocatoria de la ciudadanía

¹³ BGHSt 41, 101/107– Guardianes del muro III

¹⁴ BGHSt 2, 234, 239

¹⁵ BGHSt 41, 101/105 - Mauerschützen III

peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.¹⁶ La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insoportable que la ley deba ceder ante la justicia como derecho injusto.¹⁷

La negación de la validez jurídica de las causas de justificación permite mantener inalterado el contexto normativo de las mismas. En el caso de los guardianes del muro, la eliminación de la causa de justificación permitió la aplicación de la norma penal de homicidio. Una situación distinta es la planteada en torno a si, el derecho natural puede servir de fundamento para la punibilidad de una conducta. Tal posibilidad ha sido rechazada por la doctrina, especialmente en razón de la indeterminabilidad de las normas de derecho natural. Un aspecto central en la historia del derecho natural, ha sido el conflicto entre la conciencia del individuo y la autoridad criminal. El derecho natural ha servido para justificar la resistencia, el levantamiento e incluso la muerte del tirano. Pero en ningún sistema de derecho natural se encuentra una justificación para la penalidad de quienes hubieran obedecido las normas inmorales.¹⁸

En criterio de la Corte Federal, la pérdida de validez de leyes extremadamente injustas no se aplica exclusivamente a los casos de genocidio o delitos contra la paz o de guerra o contra la humanidad, en los términos del Estatuto de la Corte Militar Internacional de 8 de agosto de 1945. El ámbito

¹⁶ BGHSt 2, 234, 239

¹⁷ Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 81

¹⁸ Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, pág. 428

de aplicación de la fórmula de *Radbruch* tampoco se limita a los delitos contra la Convención de Ginebra de 1949.¹⁹

La Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado que la posición de los tribunales alemanes es compatible con el art. 7 aparte 1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Estimó que era conforme al principio de derecho internacional que no exige una estricta positividad del derecho penal y que la solución del conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto debe ser realizada en favor de la justicia, tal como ha sido reconocido desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürnberg, en casos de una injusticia material extrema. Tal limitación se corresponde con la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁰

Esquema del ejercicio: Guardianes del muro

1) *Relación jurídica*: Con la penalización del delito de homicidio, el Estado protege el derecho a la vida y limita la libertad de las personas. En la República Democrática Alemana regía una causa de justificación que permitía hacer uso de armas en contra de personas que traspasaran ilegalmente la frontera, en protección del sistema socialista. Luego de la reunificación, debía revisarse si tal causa de justificación era nula, y por ello debía aplicarse una sanción penal por el delito de homicidio.

2) *Constitucionalidad de la causa de justificación*: La Corte Suprema de Alemania, dejó claro que, los disparos en el muro de Berlín no podían ser comparados con el homicidio en masa del nacional-socialismo, al cual estaban referidas las consideraciones de *Radbruch*. Pero de ello no se desprende que la inaplicabilidad de leyes en extremo injustas tenga lugar exclusivamente en el caso de genocidios, delitos contra la

¹⁹ BGHSt 41, 101/107– Guardianes del muro III

²⁰ EuGHMR, Urteil vom 22. März 2001 – Beschwerden Nr. 34044/96, 35532/97 u. 44801/98 (Streletz, Keßler u. Krenz ./ Deutschland); Dannecker, § 1 párr. 449 LK

paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad.²¹

Lo que hace especialmente odiosa la praxis estatal no es tanto la puesta en peligro de la vida de las personas sino su conexión con la prohibición casi absoluta de emigrar, que reducía al disidente o al descontento a la condición de prisionero en su propio país. Alexy agrega el argumento, según el cual, en el sistema político del que quería huir el fugitivo no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política.²²

Ello conduce a que el uso de las armas, como lo hiciera el imputado con dolo eventual, no estaba justificado, pues no puede ser reconocida una causa de justificación que se basa en la consideración que el impedimento de la fuga desde una parte de Alemania hacia otra, tuviera mayor valor la preservación de la vida del fugado.²³

En todo caso, las situaciones en las que deba desconocerse una causa de justificación que se admitía al tiempo del hecho, en razón de su injusticia, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.²⁴

Retroactividad: Es controvertido si la causa de justificación que permitía el uso de armas de fuego en contra de los transgresores de la frontera era conforme al derecho de la República Democrática Alemana. Tanto la Corte Federal de Alemania,²⁵ como la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁶ coincidieron en que la muerte de jóvenes, que no representaban peligro para nadie y sólo pretendían abandonar el país, era contrario al principio de proporcionalidad.²⁷

El Tribunal Constitucional Federal resolvió el problema planteado en el sentido que, la prohibición estricta de retroactividad en el derecho penal tiene como fundamento la especial situación de confianza, en que se encuentran las leyes penales, cuando son dictadas por el legis-

²¹ BGHSt 41, 101/106– Guardianes del muro III

²² Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 91

²³ BGHSt 41, 101/106– Guardianes del muro III

²⁴ BGHSt 41, 101/107 – Guardianes del muro III

²⁵ BGHSt 41, 101/110 – Guardianes del muro III

²⁶ Keßler y Krenz Vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001

²⁷ Keßler y Krenz Vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001

lador democrático sujeto a los derechos fundamentales. Esta situación especial de confianza decae cuando el Estado deja espacios excluidos de tal regulación a través de causas de justificación, en las que promueve la situación injusta, la beneficia y con ello desconoce los derechos humanos que rigen en la comunidad internacional, de la forma más grave.²⁸ Por lo demás se garantiza la confianza de ser castigado según la ley que regía para el momento del hecho.²⁹

1.2. El principio de universalidad

Ejercicio: Nicola Jorgic

En 1969, el demandante, ciudadano de Bosnia Herzegovina de origen serbio, entró en Alemania, donde residió legalmente hasta principios de 1992. Posteriormente, volvió a Kostajnica, en la ciudad de Doboj (Bosnia), en la que nació. El 16 de diciembre de 1995, sospechoso de haber cometido actos de genocidio, fue arrestado al entrar en Alemania y detenido preventivamente. Por Sentencia de 26 septiembre 1997, el Tribunal de apelación de Dusseldorf declaró al demandante culpable de once delitos de genocidio, de la muerte de veintidós personas en un caso, de siete en otro caso y de uno en un tercer caso, y de varios cargos de lesiones peligrosas y de secuestro en otros casos. Le condenó a pena de privación de libertad de por vida, señalando la especial gravedad de su culpabilidad.

El Tribunal de apelación estableció que el demandante había creado un grupo paramilitar y con él formó parte de la limpieza étnica ordenada por los jefes políticos serbios de Bosnia y las fuerzas militares serbias en la región de Doboj: participó principalmente en el arresto y el secuestro, acompañados de violencia y de malos tratos, de los musulmanes de sexo masculino de tres ciudades de Bosnia a principios del mes de mayo y en junio de 1992; asesinó a varios habitantes de estas ciudades, y disparó, en junio de 1992, a veintidós habitantes de la ciudad de Grabska (mujeres, minusválidos y personas mayores); posteriormente, con el grupo paramilitar que dirigía, expulsó de su ciudad a

²⁸BVerfGE 95, 96/133 - Guardianes del muro

²⁹BVerfGE 95, 96/133 - Guardianes del muro

unos cuarenta hombres; bajo sus órdenes, éstos habían sufrido malos tratos y seis de ellos habían sido disparados con bala; un sexto, herido, murió quemado junto al cuerpo de seis hombres muertos; por último, en septiembre de 1992, mató con una porra de madera a un preso de la prisión de Doboij que fue maltratado por los soldados, con el fin de hacer la demostración de un nuevo método de malos tratos y de ejecución.³⁰

En el caso del enjuiciamiento a *Nicola Jorgic* la Corte Federal observó que § 6 Nr. 1 del Código Penal (StGB), el derecho penal alemán es aplicable en el caso de delitos de genocidio cometidos en el extranjero. El tribunal negó que existiera una prohibición en el derecho internacional para el ejercicio de la competencia por los tribunales nacionales, basada en el principio de intervención de los pueblos o en alguna norma de la Convención contra el genocidio.³¹ Tal criterio fue confirmado por el Tribunal Federal Constitucional.³²

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció acerca del argumento del demandante, según el cual el principio de no intervención, prohíbe a las jurisdicciones alemanas perseguir a un extranjero que reside en el extranjero por actos de genocidio que es sospechoso de haber cometido en un Estado extranjero contra víctimas extranjeras. Para determinar si la interpretación realizada por los Tribunales internos de las reglas y disposiciones de la legislación internacional pública aplicables en materia de competencia es razonable, el Tribunal observó que, en virtud del artículo primero de la Convención sobre el genocidio, pesa sobre las Partes contratantes una

³⁰ Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007

³¹ BGHSt 45, 64/66 - Völkermord und Weltrechtsprinzip

³² BVerfG · Beschluss vom 12. Dezember 2000 · Az. 2 BvR 1290/99

obligación erga omnes de prevenir y de reprimir el genocidio, cuya prohibición depende del jus cogens. En consecuencia, la competencia para sancionar los actos de genocidio de Estados cuyas leyes prevén que la extraterritorialidad no está excluida debe ser considerada como razonable e incluso convincente.³³

El Código Penal Internacional³⁴ define su ámbito de aplicación, relativo a todos los delitos en contra del derecho internacional, señalados en dicha ley, incluso cuando hubieran sido cometidos en el extranjero y no tuvieran una relación específica con Alemania (§ 1).

2. La justicia universal en España

El Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional resolvió incoar sumario por presuntos delitos de torturas y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, contra los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices de los actos cometidos sobre los perjudicados Simón, Juan Enrique, Bruno y Felicísimo durante el tiempo de sus detenciones en diferentes países, siempre bajo la autoridad del Ejército Norteamericano, a los que fueron entregados en los respectivos lugares en los que ésta aconteció (Afganistán Pakistán o Gambia) y su posterior traslado a la base militar estadounidense de Guantánamo (Cuba). El ámbito de los sujetos contra los que se dirigía el procedimiento quedaba delimitado a las personas que tuvieran bajo su guardia y custodia a los detenidos, las que autorizaron o practicaron los actos que se describen. Miembros todos ellos del Ejército Norteamericano o de la Inteligencia Militar y todos aquellos que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habían sido capturados en el

³³ Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007, párr. 68

³⁴ De 26.06.2002 (BGBl. I S. 2254)

marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terroristas.³⁵

La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.³⁶

La Audiencia Nacional, en su decisión dictada el 5 de noviembre de 1998 en el asunto Augusto Pinochet, concluyó que las jurisdicciones españolas eran competentes para conocer del asunto. Respecto al alcance de la Convención sobre el genocidio, los Jueces se expresaron que el artículo 6 del Convenio solo excluye a jurisdicciones distintas a las del territorio en el que se ha cometido el delito y jurisdicciones internacionales pueden ser competentes. Sería contrario al espíritu de la Convención, que trata de impedir que sea cometido con toda impunidad un delito tan grave, de considerar que este artículo limite el ejercicio de la competencia en la materia solo a las jurisdicciones consideradas por ella.³⁷

2.1. Subsidiariedad o concurrencia

La Audiencia Nacional ha establecido que la no persecución penal de los hechos por parte de la justicia del Estado en que tuvieron lugar los delitos,

³⁵ AAN 70/2014

³⁶ SAN 2016/2005 de 16 de abril Fj 3

³⁷ Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007

constituye un elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española. Si resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio más allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y más natural de los principios de actuación jurisdiccional. La actuación jurisdiccional internacional pierde justificación cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal.³⁸

Al respecto señaló el Tribunal Constitucional que, resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Una elemental razonabilidad procesal y político-criminal

³⁸ SAN 2016/2005 de 16 de abril Fj 6

ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.³⁹

El Tribunal Constitucional advirtió que, una interpretación restrictiva de la competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles podría producir una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Por tal motivo ha rechazado el tribunal la exigencia de prueba de hechos negativos así como, la posibilidad de que precisamente la inactividad judicial del Estado diera lugar al bloqueo de la jurisdicción internacional del tercer Estado.⁴⁰

La L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, estableció que los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España, (a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte, y (b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión. Lo dispuesto en este apartado (b) no es de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no dis-

³⁹ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 4

⁴⁰ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 4

posición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

El Tribunal Supremo ha advertido que la nueva reforma resulta notablemente restrictiva del principio de justicia universal.⁴¹ Por otra parte, la valoración de si el Estado que ejerza su jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, supone «enjuiciar» la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, lo que no está exento de dificultades y puede conllevar el análisis de cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista

⁴¹ ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 2

político- diplomático e incluso histórico, que exigen prudencia en su ejercicio.⁴²

En la actualidad, se está tramitando en Chile - país en el que se perpetraron los actos investigados- un procedimiento penal para su investigación, en el que destacan los siguientes datos indiciarios acerca de la ineficacia de la investigación: 1) Tras una ligera actividad investigadora en los primeros meses, la investigación prácticamente se detuvo durante más de un año. 2) La paralización vino a producirse poco después de que la Corte Suprema de Justicia denegara la extradición de los presuntos responsables, precisamente invocando la razón de que se estaba siguiendo un proceso en Chile. 3) Apenas se ha producido impulso de oficio en la investigación, habiéndose limitado a depender de la instancia de parte. 4) En los dos años que la causa lleva abierta no se ha recibido declaración a implicados evidentes, y se ha rechazado la petición de diligencias expresas en ese sentido de la parte querellante. Una vez apreciada la escasa entidad y relevancia de las diligencias practicadas por la justicia chilena en los dos últimos años de investigación, cuando se reabrió el procedimiento penal por cuarta vez, después de haber transcurrido 37 años desde la perpetración de los hechos delictivos, concluyó el tribunal que concurren datos indiciarios suficientes para inferir la falta de voluntad de otro Estado para investigar los hechos delictivos.⁴³

2.2. La previsión expresa en un convenio internacional

El Tribunal Supremo ha sostenido que la competencia jurisdiccional española sólo sería aplicable, en caso de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. En criterio del Tribunal Constitucional tal interpretación sería en extremo rigo-rista, así como, además, carente de sostén argumental. Señaló que, en el caso del Convenio sobre genocidio, el mismo determina una obligación de

⁴² ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 2

⁴³ ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 4

mínimos que compromete a los Estados a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, el citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer posteriores mecanismos de persecución del genocidio.⁴⁴

Dicha falta de autorización para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tales crímenes de Derecho internacional, sino que, antes bien, entra en franca colisión con él.⁴⁵

2.3. La presencia del autor en el territorio español

El Tribunal Constitucional estableció que, la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en esa legislación. Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal.⁴⁶

Sin embargo, tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en

⁴⁴ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 5

⁴⁵ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 5

⁴⁶ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 7

la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.⁴⁷

A pesar de la anterior declaración, la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal estableció importantes limitaciones a la justicia universal, derivadas de la presencia del autor en el territorio español.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. En cuanto al delito de Genocidio, porque ninguna de las personas querreladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional.⁴⁸

El Tribunal Supremo interpretó que cuando el Tribunal Constitucional se refiere en la STC 237/2005, ordinariamente mal interpretada, a un " principio de jurisdicción universal absoluto" se está refiriendo al instaurado por la redacción concreta de la LOPJ de 1985, que no somete este principio a criterio restrictivo alguno. Pero no está estableciendo que este carácter absoluto venga impuesto necesariamente por principios constitucionales, sino por criterios de legalidad.⁴⁹

No compartimos esa posición. Al igual que en el caso de los restantes criterios de conexión, tales como la nacionalidad de la víctima y

⁴⁷ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 7; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

⁴⁸ Fuente: STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 2

⁴⁹ STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 15

la vinculación al interés nacional, el análisis realizado por el Tribunal Constitucional no estuvo únicamente referido a la reducción teleológica de la ley, sino especialmente a la conformidad con la naturaleza y fines de la jurisdicción universal. Estimamos que el legislador no puede imponer limitaciones al derecho de acceso a la jurisdicción, por motivos que no se encuentran justificados de acuerdo con la naturaleza del asunto.

2.4. La nacionalidad de las víctimas

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la eventual exigencia de otros vínculos de conexión, tales como, el de personalidad pasiva, el cual haría depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas. Observó el tribunal que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal, desbordaría los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional.⁵⁰

La restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito que no puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. El tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o

⁵⁰ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 8; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.⁵¹

A pesar de la anterior declaración, la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo) estableció importantes limitaciones a la justicia universal, derivadas de la nacionalidad de la víctima.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. Respecto al delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, no consta que los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español.⁵²

El Tribunal Supremo ratificó el anterior criterio.

⁵¹ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 9

⁵² Fuente: STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 2

2.5. Vinculación con el interés nacional

El Tribunal Constitucional se pronunció igualmente acerca de la eventual exigencia del vínculo de conexión, referido a la vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes. Observó el tribunal que, el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad paradigmáticamente en el caso del genocidio, trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Tales criterios serían incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.⁵³

⁵³ STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 9; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

3. Delitos contra los derechos humanos en Venezuela

3.1. Tipicidad

La Sala de Casación Penal afirmó, que los delitos de contenido inhumano, castigados en el ámbito internacional, deben ser juzgados sin que valga como excepción la atipicidad.⁵⁴

No se trataba de un argumento central de la sentencia, sino más bien un *obiter dicta*, dado que el asunto estaba referido a la imposibilidad de que sea opuesta la prescripción para garantizar la impunidad de los autores de graves violaciones, especialmente, cuando se trata de delitos antihumanitarios. Debemos advertir en todo caso, que la afirmación de la Sala resulta excesiva. El principio de tipicidad, comprende una diversidad de elementos, por lo que debe estudiarse en cada caso la posibilidad de relativizar alguno de ellos, frente a la necesidad de impartir justicia en casos de lesa humanidad. Ejemplo de ello lo constituye la reiteración del principio *nullum crimen sine lege*, por parte del artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aún cuando el principio de determinabilidad resulta en buena medida flexibilizado en el artículo 7 K del citado Estatuto.

El tema es relevante en los casos en que un hecho que resulta a tal punto dañino como para ser calificado de violación a los derechos humanos, no se encuentre previsto como delito en la legislación penal. Una situación distinta, es la referida a si la calificación de un delito común, como un delito de lesa humanidad, requiere de disposición expresa de la ley.

En sentencia de 2001, la Sala Constitucional afirmó que el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes constituye un delito de lesa humani-

⁵⁴ SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

dad, en razón de que se equipara a los llamados crimen majestatis, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano. Según la Sala, el tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra comprendido en el supuesto del artículo 7 K del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referido a otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.⁵⁵

Desde el caso *Mirtha Josefina Zambrano Carrillo*, en 2000 la Sala de Casación Penal ha afirmado que los delitos de drogas son delitos de lesa humanidad y por tanto de lesa Derecho, ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social (por la violenta conducta que causa la ingestión o consumo de las sustancias prohibidas) y hasta la seguridad del Estado mismo, ya que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal hacen detentar a ésta un poder tan espurio cuan poderoso que puede infiltrar las instituciones y producir un “narcoestado”.⁵⁶ En criterio de *Cecilia Sosa*, tal posición carece de sustento jurídico. Tales sentencias comprueban la usurpación legislativa por parte del Tribunal Supremo de Justicia y la falta de seguridad jurídica que tales decisiones generan.⁵⁷

La calificación de lesa humanidad del delito permitió a la Sala a imponer una pena de 10 años de prisión. La acusada había sido sorprendida cuando se trasladaba en transporte público desde San Antonio del

⁵⁵ SCON-TSJ 12/09/2001 Exp. N° 01-1016

⁵⁶ SCP-TSJ 28/03/2000 Exp. N° C99-0098

⁵⁷ Sosa, Los crímenes contra la humanidad, la Corte Penal Internacional y la soberanía, pág. 455

Táchira hacia San Cristóbal, con un paquetico envuelto en papel transparente que contenía 49 gramos de cocaína. El Magistrado *Jorge L. Rosell Senhenn* salvó su voto. Señaló el Magistrado disidente que el criterio aplicado era contrario al principio de proporcionalidad de la pena, en razón de que permitía imponer penas de entre 10 a 20 años de prisión a una persona que posea más de dos (2) gramos de cocaína o más de veinte (20) gramos de marihuana, esto es, una pena mayor a la que corresponde por el delito de homicidio intencional. El fallo cambió el criterio que permitía distinguir entre la posesión y el tráfico. No sólo estar en posesión de droga demostraba que se traficaba con ella (a menos que la excesiva cantidad así lo indicara), sino que era necesario demostrar otros elementos que comprobaran el delito.

En una sentencia interpretativa de 2002, la Sala Constitucional afirmó, sin que hubiera realizado un análisis del tema, que la responsabilidad penal en las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva.⁵⁸ En jurisprudencia posterior, señaló la Sala Constitucional que, la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, en razón del principio de legalidad que establecen el artículo 49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica.⁵⁹

⁵⁸ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

⁵⁹ SCON-TSJ 15/04/2005 Exp. 04-2533; SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783; también en este sentido, el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en la sentencia SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

SCON-TSJ 15/04/2005 Exp. 04-2533

SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783

En otras oportunidades, la Sala Constitucional ha sostenido criterios distintos, sin advertir alguna justificación para una eventual variación de criterio.⁶⁰ La sala ha calificado como delito de lesa humanidad a delitos cometidos por empleados de instituciones financieras,⁶¹ delitos contra el patrimonio público y ha reiterado tal calificación en delitos de drogas,⁶² sin que la misma derive de una previsión legal expresa.

En nuestro criterio, los delitos mencionados no comprenden conductas que puedan ser calificadas como una “*injusticia insoportable y evidente*”, sino que pone en evidencia la ligereza en el manejo de una categoría de orden excepcional, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.⁶³ Estimamos que, en el caso de los delitos cometidos por empleados de instituciones financieras, así como los delitos de drogas, no se encuentra presente el elemento de conexión con una conducta imputable al Estado, mientras que en el caso de los delitos contra el patrimonio público, si bien resultan imprescriptibles, por disposición expresa del artículo 271 de la Constitución, sin embargo, no constituyen un atentado grave contra la integridad física o la salud mental o física de las víctimas.

3.2. Delitos cometidos por funcionarios públicos

Uno de los elementos que sirven para delimitar entre los delitos ordinarios y los delitos de lesa humanidad, deriva de la imputación del mismo a *la política de un Estado o de una organización*. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados “*escuadrones de la muer-*

⁶⁰ No se trata en sentido estricto de un cambio de criterio sino de los llamados criterios zig-zag, o bumeran, esto es, variaciones frecuentes de criterio sin que pueda establecerse una evolución temporal lógica.

⁶¹ SCON-TSJ 27/05/2011 Exp. N° AA50-T-2011-0439

⁶² SCON-TSJ 09/11/2005 Exp. 03-1844; criterio reiterado en abundantes casos, por ejemplo en SCON-TSJ 25/07/2012 Exp.- 11-0352

⁶³ Espinoza, La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales, pág 368

te”. Dentro de las mencionadas organizaciones se incluye a los grupos rebeldes.⁶⁴ Las violaciones a los derechos humanos se cometen desde el poder público o gracias a medios que este pone a su disposición de quienes lo ejercen. Tal es el caso, cuando el acto de violencia es realizado directamente por un órgano o funcionario del Estado que ejerce una función pública; cuando el acto de violencia es realizado por particulares que actúan con el apoyo de agentes del Estado o, cuando el acto de violencia se produce gracias al desconocimiento de los deberes de garantía y protección que tiene el Estado respecto a sus ciudadanos⁶⁵

Sin embargo, consideramos excesiva la afirmación de la Sala Constitucional, según la cual cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales de los ciudadanos, no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución.⁶⁶ Es claro que se trata de una afirmación demasiado amplia, que requiere para su delimitación de los correctivos que han sido indicados anteriormente.

Con frecuencia, la calificación del delito, como de lesa humanidad o violatorio de los derechos humanos, se encuentra asociado a la condición de funcionario público, del autor, especialmente en el caso de funcionarios de ejecución:

El día 28 de febrero de 1989 las Fuerzas Armadas asumieron el control del orden público. El balance de pérdidas humanas dejado por los

⁶⁴ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

⁶⁵ Corte de Apelaciones Edo Aragua 16/06/2008 Causa N° 1Aa 6894/08

⁶⁶ SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

hechos del 27 y 28 de febrero y primeros días de marzo 1989, fue de trescientos treinta y uno (331) fallecidos y cinco (5) lesionados (...) cifras estas que a las claras luces totalmente desproporcionadas a su sentido estratégico (...) los connacionales a quienes se reprimió, en su mayoría, eran personas que se encontraban desprovistas de armas de fuego y en consecuencia en clara minusvalía defensiva ante la excesiva actuación de las Fuerzas Armadas Nacionales. El imputado Italo Del Valle Alliegro entonces Ministro de la Defensa era la segunda más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno administración y supervisión de la Fuerzas Armadas, en su condición de responsable de la ejecución del Plan Ávila y por consiguiente de las actuaciones desplegadas por las Fuerzas Armadas.⁶⁷

La Sala Constitucional calificó como de lesa humanidad a los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, en un caso conexo con el delito de homicidio calificado de 3 estudiantes por funcionarios de policía.⁶⁸

La Sala Constitucional ha declarado que, los homicidios de José Rafael y Alberto, constituyeron violaciones graves a los derechos humanos. Presuntamente, el autor de tales delitos fue un funcionario policial, quien hizo un uso abusivo y desproporcionado de la fuerza letal (mediante el uso de un fusil *máuser* calibre 0.30 o 7 mm, también denominado FN-30) contra estudiantes del Liceo “Miguel José Sanz” de la ciudad de Maturín.⁶⁹

De acuerdo con el objeto del presente estudio, debe señalarse especialmente la calificación de lesa humanidad de delitos cometidos por funcionarios de policía, en razón del uso de armas de fuego en el control de manifestaciones públicas:

La parte actora está siendo acusada en el proceso penal que motivó el amparo, por el homicidio de varias personas que fueron impactadas por disparos supuestamente provenientes de las armas de reglamento

⁶⁷ SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

⁶⁸ SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783

⁶⁹ SCON-TSJ 11/03/2015 Exp. nro. 13-0458

que los acusados portaban el 11 de abril de 2002, en la Avenida Baralt de la ciudad de Caracas, en las inmediaciones del denominado Puente Llaguno, cuando desempeñaban activamente sus funciones de agentes del Estado Venezolano, investidos de autoridad y con el equipamiento que prevé la administración para cumplir con la función de policía, en resguardo de una manifestación política de ciudadanos. El delito imputado constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna, razón por la cual considera esta Sala que se verificaron todos los requisitos que establece el artículo 29 de la Constitución para impedir que se les aplique a los accionantes en amparo lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal.⁷⁰

3.3. Exclusión de impunidad

Con respecto al contenido del artículo 29 de la Constitución, la Exposición de Motivos señala que el mismo constituye una conquista de la lucha por la protección integral de los derechos humanos; la Constitución impone al Estado la obligación de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, al tiempo que establece, sin excepción, que las violaciones de tales derechos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por tribunales ordinarios, a fin de excluir tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.

La Sala Constitucional se ha referido a la inclusión expresa del indulto y la amnistía en la prohibición de beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad. Estas dos instituciones extinguen la acción penal dirigi-

⁷⁰ SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899; Corte de Apelaciones Edo Aragua 16/06/2008 Causa N° 1Aa 6894/08
Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional | N° 4 Octubre 2016 pág. 655
<http://www.estudiosconstitucionales.com/site2008/index2.php?seccion=legi>

da a castigar una determinada conducta delictiva y/o hacen cesar la condena y sus efectos, por lo que se prohíbe su aplicación ante la gravedad que implica las violaciones a los derechos humanos.⁷¹ Al respecto ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas.⁷²

Si bien en 2002 la Sala Constitucional afirmó que, no es oponible *stricto sensu* el contenido del artículo 29 constitucional a las fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena (suspensión condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena, fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y la redención judicial de la pena por el estudio y el trabajo), pues tales fórmulas no implican la impunidad.⁷³ Sin embargo, posteriormente ha cambiado tal criterio, sin indicar una justificación particular.

Según la Sala Constitucional el artículo 29 de la Constitución no hace distinción entre procesados y penados por esos tipos penales, por lo que se entiende, que deben afrontar el proceso, en sus distintas fases, incluyendo la fase de ejecución, *privados de libertad*; así como tampoco hace distinción entre los tipos de beneficios que les está negado aplicar a los jueces a quienes se encuentren incurso en este supuesto, pues de su contexto se des-

⁷¹ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

⁷² Corte IDH Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos Vs. Perú, párr. 41; Fernández, El proceso penal internacional, pág. 198

⁷³ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

prende que abarca tanto los previstos dentro del proceso de juzgamiento como los establecidos en la fase de ejecución, entendiéndose, entonces que esta excepción opera en ambos casos, tanto en el otorgamiento de beneficios procesales como en el de los beneficios postprocesales.⁷⁴

En base a tal criterio se ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal,⁷⁵ la inaplicación de la retroactividad penal,⁷⁶ de la amnistía,⁷⁷ así como la negativa de importantes garantías procesales, como las medidas cautelares sustitutivas de la medida de privación de libertad.⁷⁸ También ha sido declarada la no aplicación de la garantía prevista en el artículo 244 COPP, referida al decaimiento de la medida de coerción personal al sobrepasar el lapso de dos (02) años.⁷⁹ Recientemente, la Sala flexibilizó su criterio, al establecer, con carácter vinculante, la posibilidad de conceder a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena.

Con ello se plantea una interpretación doblemente extensiva, tanto por el tipo de delitos calificados de lesa humanidad, como por las consecuencias procesales y de ejecución de la pena. Con ello se subvierte el orden que deriva del principio de presunción de inocencia, así como los principios de resocialización que informan la ejecución de la pena.

⁷⁴ SCON-TSJ 26/06/2012 Exp. N° 11-0548

⁷⁵ SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

⁷⁶ SCON-TSJ 27/05/2011 Exp. N° AA50-T-2011-0439

⁷⁷ Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua 16 de Junio de 2008 Causa N° 1Aa 6894/08

⁷⁸ SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783

⁷⁹ SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

La Sala de Casación Penal ha declarado, con fundamento en el principio de irretroactividad de las leyes penales, que la acción penal para perseguir los hechos punibles conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, sí pueden beneficiarse de la prescripción de la acción penal.⁸⁰

La Sala Constitucional resolvió en sentido negativo la solicitud de interpretación, de sí el antejuicio de mérito, respecto del juzgamiento de los Altos Personeros del Estado, que gozan tal prerrogativa, constituye un beneficio procesal que pueda conllevar a la impunidad, sino que se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios.⁸¹ En la doctrina se afirma, en sentido opuesto al fallo citado, que la legislación venezolana debe garantizar que no exista inmunidad parlamentaria, diplomática, política, religiosa, militar ni cualquier otro tipo, en relación con cargo oficial alguno. Para el enjuiciamiento de delitos graves comprendidos en el derecho internacional no deben aplicarse las normas relativas al antejuicio de mérito o prerrogativa procesal alguna.⁸²

En la sentencia citada, la Sala Constitucional concluyó además que:

- 1.- No puede un tribunal penal ordinario actuar *ex officio* en los casos de denuncias o acusación por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, previstos en el artículo 29 constitucional;
- 2.- La investigación, instrucción y comprobación de los hechos denunciados ante la presunta comisión de los delitos contemplados en el an-

⁸⁰ SCP-TSJ 13/06/2006 EXP. RC06-021; SCP-TSJ 08/09/2005 Exp. N° 04-0234

⁸¹ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

⁸² Fernández, El proceso penal internacional, pág. 198

tedicho artículo 29, corresponde al Ministerio Público o a los órganos que actúen bajo su supervisión;

3.- La referencia los *tribunales ordinarios* alude tanto a ordinarios como a especiales, los cuales deben atender, como antes se apuntó, a la reserva legal, con el objeto de excluir a los tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.

Tal interpretación restrictiva fue objeto de críticas en el voto salvado de los Magistrados Antonio J. Garcia Garcia y Pedro Rafael Rondón Haaz.⁸³

3.4. La jurisdicción universal en Venezuela

El artículo 4.9 del Código Penal dispone que:

Artículo 4. Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena.

En la doctrina se advierte que esta norma de vieja data, sólo permite el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, tipificados en el derecho internacional, cuando se trate de actos cometidos en altamar, lo que limita la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dado que excluye los hechos atroces y contra la humanidad cometidos en territorio continental o insu-

⁸³ SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

lar.⁸⁴ De allí deriva la necesidad de reformar el paradigma del Código Penal y el Código de Justicia Militar.

En todo caso, se afirma que los Convenios de Ginebra de de 1949 imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer crímenes de guerra y, de ser el caso, hacerlas comparecer ante su propia justicia o entregarlas a otro Estado interesado en castigarlas.⁸⁵

3.5. Venezuela frente a la jurisdicción universal

La Corte de Apelación de Valparaíso de la República de Chile se pronunció acerca del recurso de protección deducido a favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, quienes según los recurrentes son detenidos de conciencia del gobierno de Venezuela; ambos, en dicho país, se encuentran acusados de instigación pública, agavillamiento, daños a la propiedad e incendio por las protestas antigubernamentales masivas y continuas desde febrero y hasta junio de 2014. La corte rechazó el recurso, señalando al efecto que no resulta posible sostener, que el ordenamiento jurídico chileno confiere a las cortes de apelaciones competencia para extender extraterritorialmente los efectos de ella y, más aún, con facultades de imperio, respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos fuera del territorio del Estado chileno.⁸⁶

⁸⁴ Fernández, El proceso penal internacional, pág. 189

⁸⁵ Fernández, El proceso penal internacional, pág. 190

⁸⁶ CA Valparaíso 28/09/2015 N° Protección-1850-2015

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile revocó la anterior decisión, y en su lugar acogió el recurso, disponiendo la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guárico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esa Corte.⁸⁷

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile observó que, en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad.

Según la Corte, las personas en cuyo favor se recurre, se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales, lo que se evidencia por el largo período de encarcelamiento y por la inaccesibilidad a la revi-

⁸⁷ CS 18/11/2015 Rol N° 17.393 -2015

sión de sus condiciones por organismos y personalidades internacionales (entre ellos un ex presidente chileno, como ha sido destacado en estrados).

La Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela emitió un pronunciamiento acerca de la decisión de la Corte Suprema de Chile, a través de un comunicado de prensa. El Tribunal Supremo condenó de forma categórica la afrenta contra el país mediante un documento emanado de un órgano de la Corte Suprema del Estado chileno, en el que se cuestiona el desempeño del Sistema de Justicia, especialmente del Poder Judicial, y por ende al pueblo venezolano. Indicó que el documento carece de validez y es absolutamente inejecutable en el orden internacional e interno por violentar principios y normas universales del Derecho Internacional.⁸⁸

En la doctrina venezolana se ha advertido que resulta previsible que Venezuela rechace la visita de la CIDH, tal como ha venido haciendo en otras oportunidades.⁸⁹

⁸⁸ Nota de prensa TSJ 19/11/2015. Con respecto al criterio de la inaplicabilidad de las sentencias internacionales en Venezuela, Sosa, Los crímenes contra la humanidad, la Corte Penal Internacional y la soberanía, pág. 461

⁸⁹ Brewer-Carías, Allan R.: Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela, pág. 6

El derecho a la resistencia ¹

DIAJ-DER Octubre 2016

- **Resumen**

De acuerdo con la doctrina de la edad media sobre origen contractual del Estado, sería justo que se desvincule al pueblo del deber de ser su súbdito, dado que el Monarca fue el primero en romper la fidelidad que cada parte le debe a la otra.

Para Lutero, los límites de la obediencia civil derivan del conflicto a la obediencia a Dios. Quien actúa contra la justicia no puede obligar a nadie; sino que debe obedecerse a Dios más que a los hombres.

La idea del derecho de resistencia es insostenible bajo la doctrina del positivismo jurídico. A esto se atribuye la responsabilidad por el fracaso de la justicia alemana frente al nacional-socialismo.

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, el derecho fundamental a la supremacía constitucional.

El derecho de resistencia sólo comprende los casos extremos de anulación grave y evidente del principio del Estado de derecho; de un retroceso cumplido o por lo menos inminente en el estado de naturaleza.

Estos elementos permiten diferenciar entre el derecho de resistencia, de otras figuras, que sólo procuran combatir algunas infracciones jurídicas particulares, como por ejemplo, en el caso de la desobediencia civil, los tipos penales de resistencia, o la legítima defensa frente a funcionarios de ejecución.

¹ Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

El injusto en contra del cual se dirige la resistencia debe ser evidente, en razón de que en tales circunstancias no existe una autoridad que determine en forma vinculante, si realmente se encuentran dadas las condiciones para el intento de combatir el orden establecido

Para el ejercicio del derecho de resistencia, todos los medios disponibles en el ordenamiento jurídico deben resultar tan ineficaces, que el ejercicio de la resistencia constituya el último medio restante para el mantenimiento o restablecimiento del derecho.

La diferencia entre el derecho de resistencia y el derecho de desobediencia civil reside en que en este último, no se requiere de una acción en contra de los principios estructurales de la Constitución, sino que se trata de una infracción en una situación singular.

El artículo 333 está referido a una clara ruptura de la vigencia de la Constitución, que resulta evidente, a partir de sus elementos formales. La norma ofrece el ejemplo del acto de fuerza que permite asumir el poder a través de un golpe de Estado.

Por su parte, el artículo 350 ofrece parámetros materiales, la infracción de los valores, principios y garantías democráticos o el menoscabo de los derechos humanos.

El *derecho de resistencia* tiene por finalidad la defensa y el mantenimiento de un orden constitucional, mientras que el *derecho a la revolución* se levanta en contra del orden formalmente establecido.

Una revolución sólo se justifica, si existe una violación grave de la constitución, contra la cual se pronuncia la voluntad del pueblo o si la constitución no admite su reforma por la voluntad popular. También se requiere una situación de necesidad, en el sentido de la imposibilidad de la mayoría de expresar su voluntad por medios pacíficos.

La legitimidad de la revolución está sujeta a una función instrumental, dado que el objeto regular del gobierno revolucionario es preparar y hacer posible una nueva Constitución.

Los derechos de resistencia y de revolución comparten la misma naturaleza que las causas de justificación del derecho penal. El ejercicio legítimo del derecho supone que la conducta no sea antijurídica y que por lo tanto no deba ser objeto de sanción alguna.

Debemos rechazar el intento de limitar el ámbito de aplicación de los derechos de resistencia y de revolución, a partir de la interpretación restrictiva del órgano que puede ser desconocido. La redacción de los artículos 333 y 350 de la Constitución exigen una interpretación amplia. Mientras que el artículo 333 no contiene ninguna limitación, derivada del ori-

gen del peligro, el artículo 350 ofrece una enumeración abierta. Se trata en efecto de “*cualquier régimen, legislación o autoridad*”.

Contenido:

Introducción

El derecho de resistencia

- Origen histórico
- Evolución en Alemania
- Evolución en España

El derecho de resistencia en Alemania

- Regulación en la Constitución
- Fundamentos
- Requisitos
- La desobediencia civil

El derecho de resistencia en Venezuela

1. Introducción

En el presente estudio procuramos desarrollar el contenido y alcance de los artículos 333 y 350 de la Constitución venezolana, para lo cual acudiremos al derecho comparado y a la doctrina nacional. Uno de los aspectos más complejos reside en la distinción entre la vigencia formal de la norma, frente a aparentes cambios en el derecho positivo, con respecto a su vigencia material, la cual se asocia a la idea del derecho natural o suprapositivo. Esto nos lleva a cuestionar la posibilidad de una regulación del ejercicio del derecho, especialmente porque el mismo sólo tendría justificación ante la ruptura o la amenaza de ruptura del orden jurídico. Entonces no habría garantías que hicieran posible su ejercicio.

Sin embargo, estimamos que es necesario distinguir entre el quebrantamiento que deriva de la infracción del orden jurídico y su vigencia. Ejemplo de ello, lo encontramos en el derecho penal: El delincuente quebranta la norma; su impunidad generalizada afecta gravemente la confianza de la colectividad en la vigencia del orden jurídico. Pero, incluso en situaciones de aceptación social del delito, no puede hablarse de pérdida de vigencia de la norma. No se cuestionaría la legitimidad de la imposición de la sanción prevista en la ley penal, aún cuando la misma hubiera sido sistemáticamente desconocida.

Se trata entonces de un análisis de dos niveles, que son frecuentemente objeto de confusión. La vigencia de la norma no resulta afectada, porque a nivel fáctico hubiera sido infringida o porque no se realice adecuadamente su ejecución.

Estimamos por ello, que los mecanismos establecidos en la Constitución, destinados a garantizar su defensa frente a actuaciones materiales o incluso frente a actos con aparente forma jurídica, deben ser objeto de un desarrollo legislativo, que establezca en términos precisos, las condiciones para el ejercicio de tales derechos. Una regulación de tal naturaleza daría seguridad jurídica en tiempos de crisis y tendría un efecto general preventivo, en tiempos de estabilidad democrática.

2. El derecho de resistencia

2.1. Origen histórico

En la edad media se planteó la cuestión de la resistencia frente al gobernante injusto. La resistencia se dirige en contra de la persona del tirano o de las formas arbitrarias de exteriorización del poder, mientras que se mantenían inalteradas las estructuras del orden político, a diferencia de la revolución, en la que se pretende transformar toda la estructura de poder.²

La idea del derecho de resistencia encontraba justificación en la doctrina de la edad media sobre origen contractual del Estado: *“El pueblo coloca a un soberano, para que gobierne en base a la justicia; que le dé a cada quien lo suyo, que fomente el progreso, que aplaque a los injustos y que, en resumen, imponga justicia frente a todos. Pero quien rompe el contrato, en base al cual fue elegido y quien confunde lo que debía mantener en orden, es justo y razonable que se desvincule al pueblo del deber de ser su súbdito, dado que él fue el primero en romper la fidelidad que cada parte le debe a la otra”* (Manegold von Lautenbach).³ Para Lutero, los límites de la obediencia civil derivan del conflicto a la obediencia a Dios: *“Cómo está obligado el pueblo a obedecer al Príncipe, si este no tiene razón? Respuesta: No. Pues quien actúa contra la justicia no puede obligar a nadie; sino que debe obedecerse a Dios más que a los hombres”*.⁴

² Zippelius, Allgemeine Staatslehre, pág. 121

³ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, pág. 91. Con respecto al origen del derecho de resistencia, Höfling, §121 Widerstand im Rechtsstaat, párr. 1

⁴ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, pág. 122

Los derechos de resistencia y de revolución sirvieron de fundamento a las revoluciones americana y francesa y se encuentran establecidos en muchas de las Constituciones modernas. El artículo III de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 señalaba:

“cuando se considere que un gobierno es inadecuado o contrario a estos objetivos, una mayoría de la comunidad tendrá un indiscutible, inalienable e imprescriptible derecho a reformarlo, cambiarlo o abolirlo, en la manera que se juzgue más conveniente para el bien público.”

Tal declaración se afirmaba sobre la base de la existencia de ciertas condiciones materiales para que el reconocimiento de la legitimidad de un gobierno:

“Que el Gobierno es, o debe ser, creado para el común beneficio, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; que de los diversos modos o formas de gobierno, la mejor es aquella que sea capaz de generar el mayor grado de felicidad y seguridad así como de protegerse efectivamente frente al peligro de la mala administración...”

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) disponía que

“La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”

2.2. Evolución en Alemania

La idea del derecho de resistencia había desaparecido en la doctrina constitucional alemana desde mediados del siglo XIX, cuando se impuso el positivismo jurídico, el cual se oponía con especial fuerza a la idea de un derecho de resistencia. Si se asume que sólo el titular del poder del Estado pue-

de establecer reglas de derecho y que al hacerlo no se encuentra vinculado a otras normas anteriores, entonces no puede asumirse un derecho de resistencia. Por ello, se atribuye al positivismo jurídico la responsabilidad por el fracaso de la justicia alemana frente al nacional-socialismo. La formación en la doctrina positivista dejó indefensa a la clase jurista frente a las leyes del nazismo. Sólo al término de la dominación del nacional-socialismo, se planteó nuevamente la idea del derecho de resistencia.⁵

2.3. Evolución en España

Al igual que la mayoría de las constituciones europeas, la Constitución española de 1978 no contiene un reconocimiento expreso del derecho de resistencia. En el siglo XX, el rechazo al reconocimiento expreso se acentúa, y sólo alguna lo recoge en su articulado, como es el caso de la Ley Fundamental alemana de 1949.⁶ No sólo en España, sino en todo el movimiento constitucionalista europeo, este derecho se ha visto como antítesis radical. Las Constituciones vigentes de la mayoría de los países no plasman en su contenido un derecho que puede resultarles fatal si se interpreta en una dirección contraria a la determinada por el poder público. Con ello se evita el riesgo de introducir un posible germen de anarquía en los principios básicos del ordenamiento jurídico, que por su propia definición tiende a estabilizarse y conservarse.⁷

Otro de los textos constitucionales en los que se establece el derecho de resistencia, como garantía del orden mismo establecido, es el caso de la

⁵ Koch, Rechtsbegriff und Widerstandsrecht, pág. 13; Sachs, Art. 20, párr. 167, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

⁶ Mirete, Derecho de resistencia y Constituciones, pág. 277

⁷ Mirete, Derecho de resistencia y Constituciones, pág. 281

Constitución portuguesa de 1976. Así el artículo 20.2 de este texto dispone que “Todos tendrán derecho a resistir a cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza toda agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública”.

En criterio de Mirete, la positivación constitucional del derecho de resistencia en España podría constituir una garantía más, regulada por el propio sistema. El derecho de resistencia representaría un orden jurídico objetivo, en función de su constitucionalidad, a diferencia de un derecho público subjetivo, alcanzando a su vez una dimensión trascendente al estatuto jurídico positivo. Así, el límite externo del derecho de resistencia estaría constituido por la desaparición de tal ordenamiento, o por el supuesto de su institución o novación.⁸

3. El derecho de resistencia en Alemania

3.1. Regulación en la Constitución

En su decisión de 1956, el Tribunal Constitucional Federal reconoció la existencia de un derecho natural de resistencia.⁹ Señaló el tribunal que la experiencia había enseñado que, en contra de un régimen de manifiesta injusticia no eran eficaces los mecanismos jurídicos normales.¹⁰

El aparte 4 del artículo 20 de la Ley Fundamental fue introducido en junio de 1968, con el contenido siguiente:

⁸ Mirete, Derecho de resistencia y Constituciones, pág. 282

⁹ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 507

¹⁰ BVerfGE 5, 85/376 – KPD-Verbot

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

- (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.
- (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
- (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.
- (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

3.2. Fundamentos

El derecho de resistencia deriva de un estadio anterior al derecho positivo; del deber general del *exendum e statu naturali*. No se trata de una facultad derivada del derecho positivo, dado que el mismo presupone precisamente que hubiera sido eliminado el orden estatal. Por ello, las normas constitucionales del derecho de resistencia sólo pueden referirse a su contenido supra-positivo.¹¹

Frente a la posición dominante, que afirma la existencia de un derecho natural a la resistencia frente a una dominación injusta y sus leyes, *Zippelius* parte de un punto de vista más realista. En el Estado moderno y bien organizado, la resistencia constituye una empresa de alto riesgo, en la que no sólo se asume la posibilidad de la privación de libertad sino incluso de la vida. En tales casos, no existe garantía alguna para el ejercicio del derecho de resistencia. Ello no impide que posteriormente se juzgue la conducta

¹¹ Köhler, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, pág. 320

como si se hubiera encontrado justificada desde el inicio; pero en realidad se trata de una sentencia con efecto retroactivo.¹²

Incluso una norma expresa de la Constitución que reconozca el derecho de resistencia, sólo tendría aplicación cuando hubiera fracasado el orden constitucional democrático y de derecho, esto es, en una situación, en la que el derecho de resistencia ya no es un derecho garantizado. A falta de la eficacia del derecho de resistencia, sólo quedaría desde el punto de vista *ex ante*, al igual que en el caso de la revolución, la cuestión de la legitimidad sin legalidad. No en pocas ocasiones supondría un principio moral de una resistencia desesperada y sin posibilidades de éxito, frente al establecimiento de un poder tirano.¹³

3.3. Requisitos

Un derecho de resistencia sólo puede ser reconocido en su sentido conservador, esto es, como un derecho de emergencia para el mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico.¹⁴ El derecho de resistencia es aplicable en caso de ruptura de la vigencia de la Constitución liberal, en caso de negación de sus principios esenciales por parte de los titulares del poder del Estado, por ejemplo, mediante la anulación sistemática de los derechos fundamentales.¹⁵

Entre los presupuestos del derecho de resistencia se establece que el mismo sólo comprende los casos extremos de anulación grave y evidente del prin-

¹² Zippelius, Allgemeine Staatslehre, pág. 123

¹³ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, pág. 123

¹⁴ BVerfGE 5, 85/377 – KPD-Verbot

¹⁵ Köhler, Strafrecht: Allgemeiner Teil, pág. 320

cipio del Estado de derecho; de un retroceso cumplido o por lo menos inminente en el estado de naturaleza.¹⁶ La resistencia sólo es admisible frente a la eliminación de aquellos elementos de la Constitución, que constituyen el orden liberal y democrático de la Ley Fundamental, y que, de conformidad con el art. 79 aparte 3, no pueden ser objeto de reforma constitucional.¹⁷ Debe encontrarse en peligro todo el sistema democrático o todo el sistema de libertades públicas o todo el sistema federal. No sería suficiente que se produjera una infracción a un derecho constitucional o a una norma de inferior rango, sino que tendría que estar en juego una muy grave distorsión de la forma del Estado.¹⁸ Estos elementos permiten diferenciar entre el derecho de resistencia, de otras figuras, que sólo procuran combatir algunas infracciones jurídicas particulares, como por ejemplo, en el caso de la desobediencia civil, los tipos penales de resistencia, o la legítima defensa frente a funcionarios de ejecución.

El injusto en contra del cual se dirige la resistencia debe ser evidente,¹⁹ en razón de que en tales circunstancias no existe una autoridad que determine en forma vinculante, si realmente se encuentran dadas las condiciones para el intento de combatir el orden establecido.²⁰

Para el ejercicio del derecho de resistencia, todos los medios disponibles en el ordenamiento jurídico deben resultar tan ineficaces, que el ejercicio de la resistencia constituya el último medio restante para el mantenimiento o res-

¹⁶ Köhler, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, pág. 320

¹⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, párr. 758

¹⁸ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pág. 288; Jarass, Art. 20, pág. 448, en Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*

¹⁹ BVerfGE 5, 85/377 – KPD-Verbot. Una opinión distinta es sostenida por Sachs, Art. 20, párr. 167, en: Sachs (Coord.), *Grundgesetz*

²⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, párr. 758

tablecimiento del derecho.²¹ Por ello, se le califica como el último y más extremo de los medios de defensa de la Constitución.²² En caso de un golpe de Estado desde abajo, realizado por fuerzas revolucionarias que pretenden asumir el poder del Estado, el derecho de resistencia sólo surge cuando los mecanismos de la Constitución, para el restablecimiento del orden, ya no resultan suficientes. En caso de un golpe de Estado desde arriba, tales presupuestos se encuentran dados desde su inicio.²³

Resulta controvertido, si el derecho de resistencia sirve de justificación a la afectación de derechos de terceros no perturbadores.²⁴ En todo caso se trata de una causa de justificación, un “*fragmento importante del estado de necesidad del Estado*”.²⁵

3.4. La desobediencia civil

En su primera sentencia sobre los bloqueos sentados, el Tribunal Federal Constitucional se pronunció acerca de si tales acciones podían encontrarse justificadas en base al derecho de desobediencia civil. Bajo el término de desobediencia civil se entiende la resistencia de un ciudadano en contra de determinadas decisiones del Estado, que considera de graves consecuencias y éticamente ilegítimas, a través de protestas simbólicas e incluso infracciones idóneas para llamar la atención.²⁶ La diferencia con el derecho de resistencia en contra de un sistema injusto reside en que en este caso, no se

²¹ BVerfGE 5, 85/377 – KPD-Verbot

²² Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, párr. 757

²³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, párr. 759

²⁴ Höfling, §121 Widerstand im Rechtsstaat, párr. 30. En sentido negativo, Sachs, Art. 20, párr. 175, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

²⁵ Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 732

²⁶ BVerfGE 73, 206/250 – Bloqueos sentados I

requiere de una acción en contra de los principios estructurales de la Constitución, sino que se trata de una infracción en una situación singular.

En los informes presentados por los expertos, así como en la doctrina, se señala que sólo pueden justificar las acciones de bloqueos sentados, situaciones de esencial importancia para la colectividad, especialmente la necesidad de repeler peligros graves para la sociedad. No se trataría en tales casos de obstaculizar de hecho la situación que dio lugar a la protesta, sobre todo no se trataría de impedir de manera efectiva la realización de funciones del Estado, sino de llevar a cabo una intervención en el proceso de formación de la opinión. Una característica de la desobediencia sería siempre su carácter libre de violencia y por ende no pondría en riesgo a los demás, además de su publicidad y por ello previsible en principio, así como proporcional en cuanto al tiempo y lugar, en el sentido de su concordancia práctica, bajo la consideración de las circunstancias del caso.²⁷

El tribunal compartió la posición sostenida por la Corte Federal en la sentencia *Laeppele*, la cual rechazó la posibilidad de respetar ciertos excesos en el marco de los bloqueos sentados, en base al argumento de la desobediencia civil, por considerarlo contrario a los principios fundamentales del Estado democrático de derecho. La desobediencia civil constituiría una ruptura del derecho; lesionaría el deber de no violencia; infringiría el principio de igualdad de todos ante la ley y se colocaría por encima del principio de

²⁷ BVerfGE 73, 206/250 – Bloqueos sentados I

mayoría, el cual resulta estructural en una sociedad constituida en forma democrática.²⁸

En criterio de cuatro jueces disidentes del Tribunal Federal Constitucional, las acciones de bloqueos sentados no podrían ser consideradas reprochables, siempre que no se sumen circunstancias agravantes, tales como, el impedimento del paso a ambulancias, imposibilidad de escape de terceros u otras afectaciones especialmente intensivas. La posición de los jueces disidentes tomó en consideración que los manifestantes no actúan con un interés egoísta, que no se había producido violencia y que las acciones tenían como contenido asuntos de esencial interés general y no simples intereses de grupos o financieros, que las acciones fueron anunciadas públicamente y que los manifestantes pretendían fijar una posición en el proceso de formación de la opinión pública, a través de actos simbólicos.²⁹

En 1998 un tribunal de instancia penal de Stuttgart se pronunció acerca de una acción de protesta en contra del armamento nuclear, a través de la cual fueron cortadas las cercas de una instalación militar, con el objeto de introducirse en el campo y escribir en las paredes exteriores de los edificios mensajes, tales como “Abolish Nukes + NATO”; “We love your face, bur not your base“. En criterio del tribunal, la conducta constituía el tipo de violación de domicilio y daños, pero no resultaba antijurídica, sino que se encontraba justificada desde el punto de vista del estado de emergencia o de una situación análoga, en base a los derechos de libertad de conciencia, libertad de opinión y libertad de reunión, en razón de que la conducta se realizó con a finalidad de llamar la atención acerca de la infracción del derecho internacional del armamento nuclear. En tales casos, no sería posible una valoración de la culpa que justifique la imposición de la sanción penal.³⁰

²⁸ BVerfGE 73, 206/251 – Bloqueos sentados I; BGHSt 23, 46/57 – Laepple

²⁹ BVerfGE 73, 206/259 – Bloqueos sentados I. Crítico de esta posición, Starck, Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, pág. 28

³⁰ Amtsgericht Stuttgart Beschluß v. 5.5.1998 Az: B 8 Cs 5 Js 70009/97

4. El derecho de resistencia en Venezuela

Los artículos 333 y 350 de la Constitución disponen lo siguiente:

Artículo 333.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Artículo 350.- El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

La distinción entre ambas disposiciones puede ser establecida a partir de la naturaleza de la situación jurídica que regula. El artículo 333 está referido a una clara ruptura de la vigencia de la Constitución, que resulta evidente, a partir de sus elementos formales. La norma ofrece el ejemplo del acto de fuerza que permite asumir el poder a través de un golpe de Estado. Por su parte, el artículo 350 ofrece parámetros materiales, la infracción de los valores, principios y garantías democráticos o el menoscabo de los derechos humanos. Tales elementos han llevado a la afirmación de la existencia de dos figuras jurídicas que, si bien comparten las mismas características estructurales, sin embargo, tendrían una finalidad distinta.

El *derecho de resistencia* tendría por finalidad la defensa y el mantenimiento de un orden constitucional, mientras que el *derecho a la revolución* se

levantaría en contra del orden formalmente establecido.³¹ En términos similares, *Brewer-Carías* distingue entre el deber-derecho a la rebelión, previsto en el artículo 333 y el derecho a la resistencia, del artículo 350, el cual a su vez comprendería la objeción de conciencia, la desobediencia civil, y la resistencia pasiva o activa.³² La frecuente confusión terminológica es advertida por *Avellaneda y Salamanca*, quienes en todo caso, observan que el artículo 350 puede justificar acciones de desobediencia civil, resistencia civil y rebelión,³³ mientras que *Pavón*, alude a un derecho a la rebelión.³⁴

Resulta claro que en situaciones en que el desconocimiento de la Constitución deriva de una ruptura tan obvia como un golpe de Estado (art. 333), no se plantean los problemas de la evidencia de la situación que genera la acción de resistencia, a diferencia de la situación planteada en el caso de una autoridad que contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos (art. 350). Por ello, en criterio de *Ernesto Wolf*, sólo es posible admitir, en ciertos casos muy limitados, un derecho a la revolución.³⁵ En su opinión, una revolución sólo se justifica, si existe una violación grave de la constitución, contra la cual se pronuncia la voluntad del pueblo o si la constitución no admite su reforma por la voluntad popular.³⁶ También se refiere el autor citado a un principio de necesidad, en el sentido de la imposibilidad de la mayoría de expresar su voluntad por me-

³¹ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 378; Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 242

³² Brewer-Carías, El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, pág. 10; Brewer-Carías, Democracia y desobediencia civil, pág. 44

³³ Avellaneda/Salamanca, El artículo 350, pág. 144

³⁴ Pavón, Artículo 350 de la Constitución, pág. 196

³⁵ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 378

³⁶ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 381

dios pacíficos.³⁷ Además sujeta la legitimidad de la revolución a una función instrumental, dado que el objeto regular del gobierno revolucionario es preparar y hacer posible una nueva Constitución.³⁸ *Wolf* observa que mientras es reemplazado el gobierno por uno producto de elecciones libres, se instala un gobierno *de facto*, el cual se encuentra sujeto a los mismos principios que limitan el poder constituyente.³⁹

La Sala Constitucional ha señalado que el derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, está reconocido en el artículo 333 de la Constitución.⁴⁰

Los derechos de resistencia y de revolución comparten la misma naturaleza que las causas de justificación del derecho penal. El ejercicio legítimo del derecho supone que la conducta no sea antijurídica y que por lo tanto no deba ser objeto de sanción alguna.⁴¹ Nos encontramos en el mismo terreno de la legítima defensa o el estado de necesidad.

Como fundamento del derecho de resistencia frente a la opresión se señala el derecho a la supremacía constitucional. La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, el derecho fundamental a la supremacía constitucional.⁴² Estimamos que en todo caso, resultará necesario determinar en la situación concreta cuál fue el

³⁷ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 381

³⁸ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 386

³⁹ Wolf, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II pág. 386

⁴⁰ SCON-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559

⁴¹ Una posición distinta, seguramente derivada de la confusión con la figura de la desobediencia civil, Molina, La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil, pág. 14

⁴² Brewer-Carías, El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, pág. 3

bien jurídico, cuya defensa justificaría una acción comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 333 y 350. Al efecto, las normas citadas aluden a la vigencia de la Constitución (art. 333) o a los valores, principios y garantías democráticos y, a los derechos humanos (art. 350).

En cuanto al sujeto que puede hacer valer su protección, la Sala Constitucional señaló que, el sentido que debe atribuirse al mismo debe vincularse al principio de la soberanía popular, por lo que en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen.⁴³ Se trata sin embargo, de una restricción injustificada y desacertada. La titularidad del derecho de resistencia o de revolución no deriva de la ciudadanía ni del concepto abstracto de soberanía, sino que depende de cuáles bienes jurídicos han sido afectados. Mientras que la infracción de derechos humanos concierne a toda persona, sin que sea preciso algún vínculo de conexión (principio de universalidad), podrían afirmarse teóricamente restricciones en situaciones que sólo atañen a los derechos ciudadanos. Sin embargo, en la práctica tal distinción sería de muy difícil o imposible realización.

No compartimos la afirmación de la Sala Constitucional, según la cual *“el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.”* Con ello, la norma que-

⁴³ SCON-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559

daría vacía de contenido al requerir una unanimidad que sería de imposible cumplimiento.

Los derechos de resistencia y de revolución constituyen mecanismos extraordinarios, lo cual supone el agotamiento previo, o la inexistencia, de todos los recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico.⁴⁴

Por otra parte, debemos rechazar el intento de limitar el ámbito de aplicación de los derechos de resistencia y de revolución, a partir de la interpretación restrictiva del órgano que puede ser desconocido. Según la Sala Constitucional, *“el desconocimiento al cual alude el artículo 350, implica la no aceptación de cualquier régimen, legislación o autoridad que se derive del ejercicio del poder constituyente originario cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”*⁴⁵

La redacción de los artículos 333 y 350 de la Constitución nos indica el camino hacia una interpretación amplia. Mientras que el artículo 333 no contiene ninguna limitación, derivada del origen del peligro, el artículo 350 ofrece una enumeración abierta. Se trata en efecto de *“cualquier régimen, legislación o autoridad”*. No es admisible una interpretación que reduzca el ámbito de aplicación a los actos de determinada institución, o que excluya determinado órgano en virtud de su origen. La interpretación de la Sala sólo se basa en la ubicación de la norma, pero desconoce elementos de mayor

⁴⁴ Molina, La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil, pág. 13; Brewer-Carías, El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, pág. 3; Brewer-Carías, Democracia y desobediencia civil, pág. 44

⁴⁵ También crítico de tal afirmación: Molina, La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil, pág. 33; Pavón, Artículo 350 de la Constitución, pág. 196

peso, derivados de su sentido gramatical y de su finalidad. Excluir a los órganos que han accedido al poder a través de mecanismos democráticos, dejaría fuera de la posibilidad de resistencia, al llamado autogolpe o golpe desde arriba, producido por los propios órganos detentadores del Poder. Por su parte, el derecho de revolución se ejerce por definición, en contra de los poderes constituidos. Tampoco es admisible una interpretación a tal punto restrictiva, que convierta a los derechos de resistencia y de revolución en una forma de ejecución de sentencias por los propios particulares.⁴⁶

⁴⁶ Tal criterio fue sostenido por la Sala Constitucional: “la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando... no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable.” (SCON-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559)

Los delitos de desobediencia¹

DIAJ-DER Octubre 2016

Contenido:

El delito de resistencia frente a funcionarios de ejecución en Alemania

La contrariedad a derecho de la medida y el deber de obediencia
La contrariedad a derecho de la medida y la sanción por desobediencia
Densidad de control de la contrariedad a derecho

Los delitos de atentados, resistencia y desobediencia en España

El acto de autoencubrimiento impune

El delito de resistencia a la autoridad en Venezuela

Delitos de resistencia a la autoridad en manifestaciones públicas

1. El delito de resistencia frente a funcionarios de ejecución en Alemania

Ejercicio: Proyecto Taller

El 11 de enero de 2003 tuvo lugar en el Boulevard del centro de Gießen, un evento electoral del partido CDU. El recurrente se presentó con otras diez o doce personas, cerca del Stand electoral, para realizar una acción. El grupo tenía un megáfono y una pancarta con el texto “la libertad muere con seguridad”.

El Oficial al mando de la Comisión Policial se habría acercado, junto a otros funcionarios de policía, al recurrente. El recurrente sostuvo el megáfono con ambas manos y antebrazos. Con la amenaza de retirarle el megáfono, si no lo entregaba voluntariamente, el Oficial al mando agarró el megáfono. Dado que no le fue posible quitarlo de manos del recurrente, el Oficial al mando amenazó con arrestarlo si se resistía a

¹ Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

entregar el megáfono. Luego de que también esa amenaza resultara infructuosa, el Oficial al mando y otro funcionario sujetaron al recurrente por el brazo, para llevarlo hasta un vehículo policial cercano, el cual lo trasladaría hasta la estación de policía. Esa situación derivó en un tumulto. Varios acompañantes habían sujetado por los lados y por detrás a los policías, para liberar al recurrente, mientras que otros funcionarios intentaban impedirlo. Al final tres o cuatro funcionarios lograron empujar al recurrente hasta el vehículo.

Frente a la puerta corrediza del vehículo de policía, los funcionarios habrían sentado al recurrente, en la calzada. El Oficial al mando requirió al recurrente que ingresara al vehículo. Ante la negativa del recurrente, lo levantó y lo empujó hacia el interior. El Oficial al mando sostenía la pierna del recurrente, el cual realizó un movimiento de defensa con la pierna en dirección a la cabeza del Oficial al mando El Tribunal penal condenó al recurrente por el delito de resistencia a un funcionario de ejecución en concurso con lesiones personales peligrosas, a una pena privativa de libertad de 6 meses ...²

El parágrafo 113 del Código Penal (StGB) tipifica el delito de resistencia contra funcionarios de ejecución:

§ 113. Resistencia contra funcionarios de ejecución

(1) Quien ejerza resistencia con violencia o con amenaza de violencia o mediante fuerza corporal, contra un funcionario público o un soldado de las Fuerzas Armadas Federales que esté facultado para la ejecución de leyes, reglamentos, sentencias, resoluciones judiciales o providencias, en el cumplimiento de una de tales funciones, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) En casos especialmente graves el castigo será pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Por regla general, un caso en especialmente grave se presenta cuando,

1. el autor u otro participe porte consigo un arma, para emplearla en el hecho o

² BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06

2. mediante la conducta violenta, el autor cause al agredido peligro de muerte o de una grave lesión a la salud.

3. El hecho no es punible según ésta disposición, cuando la actuación del funcionario no sea conforme a derecho. Esto también es aplicable cuando el autor considere erróneamente que la actuación del funcionario era conforme a derecho.

4. [...]

Bajo resistencia se entiende una conducta activa frente a un funcionario de ejecución, mediante la cual se pretende dificultar o impedir el cumplimiento de una medida de ejecución.³ También una conducta que no resulta idónea para alcanzar el resultado o que resulta infructuosa, puede ser punible.⁴

El hecho debe tener carácter coactivo, aún cuando no se requiere un resultado coactivo efectivo. La resistencia es realizada “con violencia”, cuando se produce una conducta bajo la aplicación de un medio coactivo, especialmente con el uso de la fuerza corporal, que sea idónea para dificultar al menos el cumplimiento de la medida por el funcionario.⁵ Una conducta es violenta también en aquellos casos en que se supera el límite de la simple resistencia pasiva o de la desobediencia civil y más allá de la mera coacción psicológica se utiliza un obstáculo físico para impedir la inminente ejecución de una medida. Por ello, no resulta indispensable que se trata de una aplicación de fuerza corporal por parte del sujeto.⁶

³ BGH Beschluss vom 19. Dezember 2012 · Az. 4 StR 497/12, párr. 10; BGH Beschluss vom 15. Januar 2015 · Az. 2 StR 204/14, párr. 9

⁴ OLG Stuttgart Urteil vom 30. Juli 2015 · Az. 2 Ss 9/15, párr. 29

⁵ BGH Beschluss vom 19. Dezember 2012 · Az. 4 StR 497/12, párr. 10; OLG Stuttgart Urteil vom 30. Juli 2015 · Az. 2 Ss 9/15, párr. 30

⁶ OLG Stuttgart Urteil vom 30. Juli 2015 · Az. 2 Ss 9/15, párr. 30

El uso de cadenas entre los manifestantes y objetos fijos, para impedir la ejecución de una orden de abandonar el lugar, puede ser calificado como violencia, a los fines del delito de resistencia.⁷

El hecho de que una gran cantidad de manifestantes pasaran caminando a través de una barrera policial, con el objeto de impedir que los funcionarios tuvieran capacidad de obstaculizar o detener a todos los manifestantes, no constituye una resistencia con violencia, en el sentido del § 113 aparte 1 StGB.⁸

De acuerdo con la finalidad protectora del § 113 StGB, la violencia frente al funcionario debe encontrarse dirigida en contra del funcionario y debe poder ser percibida por éste físicamente, bien directamente o indirectamente, a través de cosas.⁹ La simple fuga de la policía no cumple con tales requisitos, incluso cuando con ello se afecte o se ponga en peligro a otros ciudadanos.¹⁰

A través de la amenaza penal frente a la conducta de resistencia, realizada con violencia o amenaza (§ 113 aparte 1 StGB) se pretende fortalecer la protección jurídica del funcionario, el cual se encuentra expuesto a especiales peligros por la resistencia a medidas de ejecución. Tal disposición es constitucionalmente incuestionable, pero no significa que los vicios de la actuación del funcionario resulten desde todo punto de vista irrelevantes, en la aplicación del § 113 aparte 2 StGB.¹¹

⁷ OLG Stuttgart Urteil vom 30. Juli 2015 · Az. 2 Ss 9/15, párr. 29

⁸ OLG Hamm · Beschluss vom 7. August 2008 · Az. 3 Ss 100/08

⁹ BGH · Beschluss vom 15. Januar 2015 · Az. 2 StR 204/14, párr. 9

¹⁰ BGH Beschluss vom 19. Dezember 2012 · Az. 4 StR 497/12, párr. 10

¹¹ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 27

1.1. La contrariedad a derecho de la medida y el deber de obediencia

En la valoración de la contrariedad a derecho de una medida administrativa, como causa de justificación del delito de resistencia, el Tribunal Federal Constitucional ha distinguido entre la ejecutividad de la medida en la situación concreta y la imposición posterior de las sanciones por la resistencia a la ejecución.¹²

La necesidad de intervención inmediata del Estado puede justificar un deber del ciudadano de obedecer una medida administrativa eficaz, a pesar de la eventual contrariedad a derecho. En tales casos, el afectado debe, en principio, tolerar la medida y, de ser el caso, requerir la declaración de la contrariedad a derecho de la medida.¹³

Frente a tan amplia afirmación, puede oponerse la advertencia de la Corte Federal en resolución de 1953, según la cual, el pasado ha enseñado, y en aquella época, el ejercicio del poder de la llamada República Democrática de Alemania, continuaba enseñando, que no se puede permitir en modo alguno, ni siquiera provisionalmente, que el Estado afecte ciertos ámbitos esenciales de sus ciudadanos.¹⁴

Ejemplo del deber de obediencia es el caso de la disolución de una manifestación, que no cumple con los requisitos estrictos de procedencia, por lo que resultaría contraria al derecho de reunión. Sin embargo, los participantes en una manifestación deben tolerar una medida de ese tipo. El deber de retirarse de una manifestación que ha sido disuelta no puede depender de la

¹² BVerfGE 87, 399/410 – Disolución de la manifestación; BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 28

¹³ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 29; BVerfGE 92, 191/201 – Indicación de los datos de identidad

¹⁴ BGH Urt. v. 31.03.1953, Az.: 1 StR 670/52, párr. 4

conformidad a derecho de la medida. Por el contrario, si los manifestantes se resisten a la orden policial, es admisible el uso de mecanismos de la fuerza pública. A los manifestantes sólo les quedaría la posibilidad de solicitar posteriormente la revisión de la conformidad a derecho, o en su caso, la inconstitucionalidad de la actuación policial.¹⁵

Otro ejemplo de una orden, cuya ejecución inmediata no se suspende por la convicción del afectado de su contrariedad a derecho, es el de un requerimiento de identidad. Tales actuaciones se realizan con frecuencia bajo circunstancias que no permiten una determinación a fondo de la legalidad de la intervención, sino que obligan a una actuación inmediata. En tales casos no pueden evitarse por completo errores de la policía, relativos a su facultad para determinar la identidad de una persona. En razón de que la precisión de sí se presenta un error en la situación no es posible de determinar con certeza, la orden policial debe ser ejecutable en principio, en interés de la finalidad de protección de otros bienes jurídicos. Para su ejecución, la policía posee suficientes facultades, tales como la detención, la inspección y la ejecución de medidas de identificación. En principio, el afectado debe tolerar la intervención policial, en situaciones que no admiten una revisión previa a fondo de la conformidad a derecho de la medida y puede, en todo caso, posteriormente requerir la declaración de la contrariedad a derecho de la intervención policial.¹⁶

¹⁵ BVerfGE 87, 399/409 – Disolución de la manifestación

¹⁶ BVerfGE 92, 191/200 – Indicación de los datos de identidad

1.2. La contrariedad a derecho de la medida y la sanción por desobediencia

En el caso de las infracciones leves, sancionadas con multa, la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha rechazado la aplicación de la sanción, cuando la medida no era conforme a derecho.

En caso de la negativa de alejarse de inmediato del lugar, luego que la manifestación ha sido disuelta, los tribunales penales sólo pueden imponer el cumplimiento de la multa, cuando ha sido establecido que la medida de disolución fue conforme a derecho. La misma consecuencia es aplicable en el caso de la sanción por la participación en una concentración o en una marcha, que hubiera sido objeto de una prohibición eficaz, de conformidad con la ley de reuniones. Una argumentación similar es aplicable a la infracción del derecho a la autodeterminación de los datos, en el caso de la aplicación de la sanción por la negativa de mostrar los documentos de identidad, de conformidad con la Ley de Contravenciones al Orden, sin que previamente hubiera sido plenamente establecida la conformidad a derecho del requerimiento.¹⁷

1.3. Densidad de control de la contrariedad a derecho

El Tribunal Federal Constitucional ha considerado necesario realizar una ponderación, para determinar si la finalidad protectora de la norma puede justificar la afectación de la confianza del ciudadano en la conformidad a

¹⁷ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 30; BVerfGE 87, 399/407 – Disolución de la manifestación; BVerfGE 92, 191/199

derecho de la actuación administrativa. La finalidad de la norma penal, está referida a la finalidad preventiva de la norma, en protección del funcionario de ejecución, el cual se encuentra expuesto a especiales peligros por la resistencia a tales medidas, por lo que debe determinarse si tal protección justifica que sea impuesta una sanción por desobediencia, prescindiendo de la revisión de la conformidad a derecho de la actuación administrativa, lo cual requeriría de una especial justificación.¹⁸

En el caso de la resistencia con violencia o con amenaza de violencia o mediante fuerza corporal, contra un funcionario público, el Tribunal Federal Constitucional ha admitido la posibilidad de considerar una conducta como punible, aún cuando la medida hubiera podido resultar contraria a derecho, en base a parámetros de derecho administrativo.¹⁹ En tales casos, para la evaluación de la conformidad a derecho sería relevante el llamado “concepto de legalidad penal”, en base al cual se toma en consideración la competencia por la materia y por el territorio, la previsión legal del contenido de la medida, así como de del cumplimiento de las formalidades esenciales establecidas para la protección del afectado, de ser el caso.²⁰ Además, el funcionario tiene el deber de realizar una evaluación adecuada según la situación, para determinar si están dados los requisitos para la intervención, y en caso de una norma que deje una facultad de evaluación, debe realizar un uso adecuado de tal facultad.²¹ En casos de ejecución de actos singulares,

¹⁸ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 32

¹⁹ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 33

²⁰ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), § 113, párr. 10; BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 37. Crítico de esta posición, Kühne, Strafprozessrecht, párr. 553.1

²¹ OLG Hamm· Beschluss vom 7. Mai 2009 · Az. 3 Ss 180/09, párr. 14; OLG Hamm· Beschluss vom 4. September 2008 · Az. 3 Ss 370/08

tales como, sentencias, resoluciones, o actos administrativos, sería sólo relevante su ejecutoriedad, más no la conformidad a derecho del acto, es decir, que sólo se toma en consideración una infracción que derive del acto de ejecución.²²

Como formalidades esenciales, han sido consideradas por ejemplo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina: la presencia de un título jurídico ejecutorio en el marco de una ejecución forzosa; la indicación de la conducta infractora en el caso de medidas de determinación de la identidad; la presentación de la orden de presentación del acusado, en el caso del § 134 del Código Procesal Penal, o el acompañamiento de testigos para una ejecución forzosa o para un allanamiento de morada. Además exige la jurisprudencia la evaluación estricta de las condiciones materiales para la medida de intervención. Es decisivo, si el funcionario podía considerar que la actuación era necesaria y materialmente justificada, si hubiera actuado consciente de su deber y bajo la ponderación de todos los elementos reconocibles.²³

En el caso de un procedimiento de determinación de la identidad, con fines de investigación criminal y no simplemente de policía preventiva, el Código Procesal Penal exige que se informe al afectado, al inicio de la medida, cuál fue el hecho punible o la falta de la cual resulta sospechoso. Este deber de información constituye una formalidad esencial, cuya omisión da lugar a la contrariedad a derecho de la medida.²⁴

La admisibilidad constitucional del parámetro de control restringido de la conformidad a derecho (concepto de legalidad penal) se encontraría justificada en el caso de la resistencia violenta, a pesar de que la afectación del derecho fundamental es más grave que en el caso de las faltas. La importancia de los fines de protección preventivos es tan elevada, que tal afectación grave se encuentra justificada. En efecto, la norma comprende conduc-

²² Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), § 113, párr. 7

²³ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 37

²⁴ OLG Hamm· Beschluss vom 10. Mai 2012 · Az. III-3 RVs 33/12, párr. 20

tas que no se reducen a la simple desobediencia de la medida sino que produce la afectación de bienes jurídicos de gran importancia. Además, comprende situaciones, en las que el afectado por una medida de ejecución se encuentra determinado a impedir la ejecución de una medida que ya ha sido puesta en marcha. En tales casos, los deberes de obediencia de la medida de ejecución resultan insuficientes, incluso luego de la amenaza de ejecución coactiva.²⁵

Constitucionalmente no es cuestionable que sólo queden fuera de consideración en la imposición de la sanción prevista en el § 113 StGB, los vicios que son atribuibles a las características especiales de la situación concreta del funcionario actuante, tales como la imposibilidad de tener una perspectiva amplia de la situación, o la enorme tensión que se producía en el momento, así como la errónea evaluación de los hechos y los vicios que de allí derivan, tales como el error en la proporcionalidad de la medida asumida. En caso contrario, sería claramente debilitada la protección del funcionario que en forma conforme a la Constitución ha procurado el legislador a través del § 113 StGB.²⁶

En la concretización de los requisitos que, según la jurisprudencia citada, deben exigir los jueces exigir al cumplimiento de las formalidades esenciales y a la evaluación estricta de las condiciones de intervención, debe ser tomada en consideración la importancia del derecho fundamental afectado por la actuación del funcionario. Si no fueron observadas las condiciones jurídicas para el ejercicio de las atribuciones del funcionario, que eran claramente reconocibles por éste, entonces debe prevalecer el interés del ciudadano, de poder confiar en que los funcionarios conozcan y acaten los requisitos generales de una actuación conforme a derecho. Tal interés es de

²⁵ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 34

²⁶ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr.

gran importancia en el Estado de derecho. Si se infringen las condiciones esenciales para la limitación del derecho fundamental, no puede ser impuesta la sanción penal prevista en el § 113 aparte 1 StGB por la resistencia realizada por el titular del derecho fundamental en contra de la actuación del funcionario, en razón de que la misma no se hubiera producido en caso de que la función hubiera sido ejercida por un funcionario consciente de su deber.²⁷

Según la jurisprudencia de la Corte Federal, la conformidad a derecho, a los fines del delito de resistencia, pero también a los fines de la legitimidad de la agresión, en el caso de la legítima defensa, no se determina en forma estricta, en base a los criterios del derecho administrativo, pero tampoco depende de las normas que regulan la forma de la ejecución. La conformidad a derecho de la actuación del Poder Público en sentido penal depende más bien de si se encuentran dados “los requisitos externos para la intervención del funcionario”, esto es, si es competente por la materia y el territorio, si cumple las formalidades esenciales y ejerce su facultad de evaluación en forma conforme a su deber. Si por el contrario el funcionario se encuentra en un error evitable sobre la necesidad de la medida, si actúa en forma arbitraria o con abuso de sus atribuciones, entonces su conducta es contraria a derecho.²⁸

Esquema del ejercicio: Proyecto Taller

El Director de la Unidad de Policía realizó medidas de ejecución en contra del recurrente, como participante de una manifestación, sin que

²⁷ BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 38

²⁸ BGH • Urteil vom 9. Juni 2015 • Az. 1 StR 606/14, párr. 34

hubiera previamente disuelto la manifestación o excluido al recurrente de la manifestación. Medidas que dan por terminada una manifestación, tales como la orden de alejamiento del lugar o la retención preventiva son contrarias a derecho, en la medida en que no hubiera sido disuelta la manifestación, o el participante no hubiera sido excluido de la misma por motivos relacionados con el derecho de manifestaciones.

El derecho a manifestar exige que las formalidades esenciales para la protección del titular del derecho no sean valoradas con menor peso que las formalidades, cuya infracción excluye a punibilidad en base al § 113 StGB. Pues se trata de las condiciones necesarias para hacer posible el reconocimiento de la situación y con ello la seguridad jurídica, cuya observación es esencial para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de manifestación. En las manifestaciones se producen con frecuencia situaciones de falta de claridad fáctica y jurídica. Si los participantes en la manifestación no tienen conocimiento, desde cuándo ha finalizado la protección del derecho a la libertad de manifestar y pueden ser objeto de una sanción, en virtud de una conducta que en su criterio se encontraba protegida por el derecho a manifestar, podría esa inseguridad producir un efecto disuasivo que dé lugar a que los ciudadanos se abstengan de ejercer ese derecho.

Esto no significa que el delito de lesiones, realizado al golpear con la pierna en la cabeza del Oficial al mando deba quedar sin sanción penal. No es cuestionable constitucionalmente, que lesiones a bienes jurídicos, que excedan la desobediencia a la medida administrativa – como por ejemplo, una lesión personal – sean penalmente castigables. En el caso presente, los tribunales han calificado la conducta del recurrente, como una lesión personal peligrosa.

2. Los delitos de atentados, resistencia y desobediencia en España

Ejercicio: Trabajadores de asuntos sociales del Ayuntamiento de Tomares

El día inicial de la convocatoria a la huelga legal se encontraban concentrados en la puerta del edificio de la delegación un número inde-

terminado de personas, entre ellos la acusada, trabajadora municipal, miembro del comité de huelga, que taponaban el acceso a las dependencias. Sobre las 12:10 horas dos agentes de la Policía local despejaron el acceso a dos ciudadanos y los acompañaron hasta el despacho del concejal de asuntos sociales del Ayuntamiento. La entrevista no pudo llevarse a cabo, pues se introdujeron en el despacho del concejal los acusados, pese a la indicación de aquél y de los agentes de policía para que lo abandonasen y permitieran el encuentro con la debida privacidad, a lo que reiteradamente se negaron durante un periodo de tiempo no concretado pero que pudo prolongarse unos diez minutos, hasta que la indisposición de la señora y la actitud de los huelguistas provocaron que terminara el encuentro.²⁹

Los delitos de atentados, resistencia y desobediencia se encuentran establecidos en los artículos 550 y siguientes del Código Penal:

Artículo 550

1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado

²⁹ STC 104/2011, de 20 de junio

o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Artículo 556

1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

El Tribunal Supremo ha señalado los requisitos subjetivos y objetivos que configuran el delito de atentado, como son: 1) El carácter de autoridad o agente de la misma del sujeto pasivo. 2) Quien actúa en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. 3) El conocimiento que tiene el sujeto activo de aquella cualidad y del ejercicio legal del sujeto pasivo. 4) El catálogo de conductas que puede constituir la infracción, como elemento objetivo. 5) Un dolo específico o elemento subjetivo del, injusto, que sirve para distinguir tales conductas de otras con resultados similares que constituyen otras tipicidades delictivas. Ese dolo específico consiste en ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad que encarnan aquellas personas, ánimo que normalmente va ínsito en las conductas que el precepto describe, mientras no consten datos objetivos que acrediten con toda nitidez que ese impulso del agente no se produce para provocar aquel desprestigio, sino por motivos exclusivamente personales ajenos totalmente a la esfera de activi-

dad legal o funcional de la Autoridad o su agente. Finalmente son también múltiples las resoluciones jurisprudenciales que afirman que en la mecánica comisiva del atentado es el acometimiento -entendiendo por tal la actitud de violencia, o un movimiento de amago, de ataque o de embestida física o material, desarrollada frente a la autoridad o agente- el modo más ordinario de comisión sin que se precise la producción de ninguna lesión, como cuando el golpe ha sido evitado o se ha errado en el blanco.³⁰

Respecto al delito de resistencia el Tribunal Supremo establece que constituye un tipo residual en relación con el 550 que se refiere a la resistencia activa grave, basándose su distinción desde siempre en el entendimiento de asignar al segundo una conducta activa en tanto que se configura el tipo de resistencia menos grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio reforzado desde la publicación del Código Penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el artículo 556 del Código Penal, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquellos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. No obstante, también existe una corriente jurisprudencial que atenúa la radicalidad de tal criterio dando entrada en el tipo de resistencia no grave a com-

³⁰ STS 476/1986 de 7 de febrero Fj 1; SJP 24/2015 de 26 de junio Fj 1

portamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho.³¹

El principal criterio delimitador entre los delitos de atentado y resistencia a agente de la autoridad se centra en la intención dañosa del autor, de tal manera que es el ánimo de causar algún mal al sujeto pasivo o simplemente el de impedirle cualquier actuación que el aquel no quiera que éste realice, el que determina cuál es la figura delictiva que se está enjuiciando. Finalmente, la diferencia entre la resistencia constitutiva de delito y la que constituye la falta contra el orden público reside en que sólo son constitutivas de falta las conductas de mera pasividad o negativa a obedecer y a atender el requerimiento del agente, pero si se produce una rebeldía y contumaz actitud con forcejeo o uso de fuerza (sin llegar al acometimiento) es llano que esta conducta grave entra de lleno en el delito de resistencia. Por último, conviene recordar, que el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a la función pública que encarna el sujeto, por lo que no existen varios delitos de atentado si se ataca a varios agentes o, funcionarios públicos porque el bien jurídico es uno y único siendo cuestión distinta que puedan existir varios delitos por las agresiones.³²

Esquema del ejercicio: Trabajadores de asuntos sociales del Ayuntamiento de Tomares

La STC 104/2011 estimó el amparo y anuló la sentencia condenatoria por delito de desobediencia contra la demandante. El contexto huelguístico, los hechos acaecidos y la función de la recurrente en esa concreta huelga, obligaban así a encuadrar la desobediencia en el marco

³¹ SJP 24/2015 de 26 de junio Fj 1

³² SJP 24/2015 de 26 de junio Fj 1

objetivo del derecho fundamental. De tal manera, la conexión de la conducta imputada con el derecho fundamental determinaba, a juicio del Tribunal Constitucional, que la imposición de una sanción penal a la misma constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental.

En criterio del Tribunal Constitucional, un aspecto central del caso enjuiciado que caracteriza la actuación desarrollada por la recurrente y que incide en la valoración de su conducta desde la perspectiva del derecho de huelga, no es otro que su pertenencia al comité de huelga. De allí se infiere la singular posición de sus miembros durante el desarrollo de la huelga, lo mismo que el reforzamiento de sus derechos y garantías en tanto que representantes de los trabajadores en conflicto.

En segundo lugar, la actuación de la recurrente se encontraba conectada con el ejercicio del derecho de huelga. Encuadrada la conducta de la recurrente en aquel contexto de conflicto, del contenido objetivo de sus actos, se desprende que no existió actuación ajena o desvinculada de la función representativa que ejercía.

2.1. El acto de autoencubrimiento impune

En los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles la jurisprudencia viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos.³³

³³ SSTS 1461/2000, 27 de septiembre; 1161/2002, 17 de junio; 2681/1992, 12 de diciembre

La Audiencia Provincial de Soria ha admitido la existencia de un derecho a la huida, en el sentido de la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de una conducta distinta, de un comportamiento conforme a la norma. En base a la citada doctrina, la huída frente a un requerimiento policial, cuando se ha cometido o se está cometiendo un delito con la finalidad de no ser descubierto, no es desobediencia, es un acto de autoencubrimiento impune. No es exigible al autor de un delito que atienda un requerimiento policial verbal para ser detenido, pero sí es exigible que no emplee fuerza física o se resista de alguna forma violenta a la detención, en cuyo caso nos encontraríamos incluso ante un delito de resistencia o intimidación grave elevada a categoría de atentado (art. 551 CP).³⁴

El Tribunal Supremo ha precisado que no es exigible al autor de un delito que atienda a un requerimiento verbal para ser detenido pero sí le es exigible que no emplee fuerza física o se resista de alguna forma violenta a la detención, pero la mera huida no es desobediencia, confirmando, por otro lado, la condena por delito del artículo 380 del Código Penal cometido en el cuadro de la huida o persecución policial.³⁵

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Girona 598/200, de 13 de octubre, señala que "cuando un sujeto es sorprendido cometiendo un delito o inmediatamente después de cometido, si es requerido por los agentes de la autoridad para que se someta a la misma y se da a la fuga, no hace sino buscar su propia impunidad por el delito cometido, desarrollando la secuencia última del delito que generó el requerimiento, de manera que tal

³⁴ SAP SO 134/2015 de 10 de Septiembre Fj 3

³⁵ STS 845/2010, de 7 de octubre ,

huida es impune salvo que vaya acompañada de ataque, acometimiento o incluso forcejeo, violencia en suma", agregando que, en tales casos, hay una desobediencia en sentido gramatical, pero no en el jurídico-penal, pues tal acto -negativa del delinciente a dejarse detener- integra un supuesto de "auto-exención", añadiendo que si en el Código Penal se castiga el quebrantamiento de condena, así como el de prisión quedando impune el de detención, con mayor motivo no deberá castigarse el comportamiento de quien no ha sido siquiera detenido y procura ponerse afuera de los perseguidores.

En definitiva, la teoría del autoencubrimiento impune sostiene la atipicidad de aquellas conductas de huida y desatención a las órdenes de los agentes de la Autoridad tendentes a la detención o identificación de una persona tras la comisión de un hecho punible, siempre que ese deseo de eludir la actuación policial no vaya acompañado de violencia física o resistencia activa, pues se estima que en estos supuestos es el comprensible deseo de eludir el castigo más que el menoscabo al principio de autoridad lo que motiva la conducta incumplidora de desatención a los designios de los agentes de la Autoridad, constituyendo una manifestación del principio de inexigibilidad de otra conducta. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando en el transcurso de la huida el sujeto conduce poniendo en peligro concreto la vida o la integridad física de cualquier otro participante en el tráfico viario. Todo ello porque la figura del autoencubrimiento no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos, pues los actos realizados por el autoencubridor no son impunes si constituyen por sí un nuevo delito.³⁶

³⁶ SAP SO 134/2015 de 10 de Septiembre Fj 3

3. El delito de resistencia a la autoridad en Venezuela

El tipo de Resistencia a la Autoridad, está previsto y sancionado en el artículo 215 y siguientes del Código Penal:

Omissis

Artículo 218. Cualquiera que use de violencia o amenaza para hacer oposición a algún funcionario público en el cumplimiento de sus deberes oficiales, o a los individuos que hubiere llamado para apoyarlo, será castigado con prisión de un mes a dos años.

Omissis

Artículo 220. No se aplicarán las penas previstas en los artículos precedentes si el funcionario público ha provocado el hecho, excediendo los límites de sus atribuciones con actos arbitrarios.

Tres actos materiales forman el delito: a) oposición por medio de violencia o amenaza; b) oposición dirigida a un funcionario público; c) que se verifique cuando el funcionario esté cumpliendo sus deberes. a) Al emplear la palabra violencia la ley indica vías de hecho, oposición con lucha, bien sea dirigida a atacar (ofensiva) o a resistir (defensiva). La simple desobediencia no puede calificarse resistencia, ni tampoco la inercia o resistencia pasiva, a menos que se trate de eludir una detención. b) La oposición debe emanar de un particular contra un agente, a los agentes de la fuerza pública, guardas, vigilantes, empleados de aduana, depositarios judiciales de bienes, cuando encuentran resistencia en el acto de practicar sus funciones. c) El delito debe cometerse durante officio, no post officium vel in conteplationen officii; este requisito es esencial de la resistencia, la caracteriza, por ser el acto que compromete a la autoridad en el ejercicio de su función. Los agentes de se-

guridad encuéntrase siempre en ejercicio de sus funciones; no así otros funcionarios que cumplen determinados actos en señalados momentos. La sanción represiva tiene por objeto asegurar los actos de ejecución garantizando a la persona encargada de cumplirlos.³⁷

En el delito de resistencia a la autoridad, la acción consiste en usar la violencia para hacer oposición a un funcionario público, en el momento en que ejecuta un acto inherente al cargo que desempeña, se supone que para materializar el delito de resistencia a la autoridad deben ser anteriores al comienzo del acto, ya que están dirigidos a impedirlos o bien a obligar al funcionario a ejecutarlo. Se observa que este ciudadano al observar a los funcionarios salio corriendo. La simple resistencia pasiva no configura este delito.³⁸

El funcionario debe obrar legítimamente; si se excede en el cumplimiento de sus deberes coloca al resistente en actitud de reaccionar contra los actos de traspaso de la legalidad, y por estas razones dispone el legislador que no se aplicarán las penas previstas para los delitos de resistencia si el funcionario público ha provocado el hecho, excediendo los límites de sus atribuciones con actos arbitrarios.³⁹

El procedimiento policial se inició cuando los funcionarios solicitan al ciudadano Golfredo Alí, conductor del vehículo Motocicleta, que se estacionara y permitiera los documentos de propiedad para verificarla, (facilitando el mismo una factura presuntamente original de propiedad), y debió concluir con la revisión de la documentación. Del acta

³⁷ Juzg de Control N° 05 Edo Mérida 28/02/2007 LP01-P-2006-000866

³⁸ Trib de Control Edo Mérida 09/03/2010 LP01-P-2010-000732

³⁹ Juzg de Control N° 05 Edo Mérida 28/02/2007 LP01-P-2006-000866

Trib Control nro. 02 Sección Adolescentes Edo Mérida 16/112009 Causa N° C2-2731-09

policial no se evidencia la “sospecha” de ningún hecho punible o falta para que Golfredo Alí acompañara los funcionarios policiales hasta las instalaciones de la policía vial, más importante aun, es que la solicitud de acompañar debe ser interpretado como un acto voluntario, pues si la persona, colabora con el funcionario, (se detiene, se identifica y presenta la documentación del vehículo), y no acepta la solicitud de acompañarle ¡no puede el funcionario ejercerse la coacción (o fuerza), para obligarle a someterse a su voluntad¡, y es evidente que los funcionarios policiales se excedieron en el cumplimiento de sus deberes y colocaron a Golfredo Alí en actitud de reaccionar contra los actos de traspaso de la legalidad. Por este motivo, no puede atribuirse el delito de resistencia a la autoridad.⁴⁰

El tribunal considera que la conducta del imputado de resistencia a la detención sin orden, ni acción delictiva que justifique la aprehensión flagrante, no reviste el carácter penal descrito en el artículo 218 del Código Penal, ello en razón, de que al obrar exceso policial al efectuar la detención del imputado, sin fundamento fáctico-legal, tal situación subsume en la previsión del artículo 220 del Código Penal, esto es: una acción de resistencia impune, derivada de un acto arbitrario.⁴¹

Las actuaciones que realizaron funcionarios, que culminó con la aprehensión de los imputados, cuando se encontraban en la casa de habitación de Mariluz, presuntamente destrozando todo el mobiliario que se encontraba en el interior de dicha vivienda, trasladándose los funcionarios hasta el sitio y constatando la veracidad de los hechos y la conducta altanera de estas personas, quienes comenzaron a insultar a la comisión de funcionarios, teniendo que hacer uso de la fuerza para controlarlos, procediendo a detenerlos y trasladarlos a la comandancia. Ahora bien de la antes referida actuación se evidencia que la conducta desplegada por los imputados encuadra en la normativa legal de daños a la propiedad privada, delito este de acción privada, lo que significa que, no satisfecho tal presupuesto para el enjuiciamiento existe en consecuencia un impedimento legal para el ejercicio de la acción penal. Si bien es cierto la conducta realizada por los imputados en principio pudiera encuadrarse en el delito de Resistencia a la Autoridad, sin embargo al subsistir la causa de eximente de la punibilidad, pues los fun-

⁴⁰ Juzg de Control N° 05 Edo Mérida 28/02/2007 LP01-P-2006-000866

⁴¹ Juzg 3ro de Control Edo Mérida 12/06/2007 LP01-P-2007-002406

cionarios solo están autorizados para actuar en el cumplimiento de su deber y para evitar la perpetración de delitos o faltas, no incurre en la conducta antes señalada el ciudadano que se opone a una detención ilegal, y practicada en abierta violación de garantías constitucionales como lo son la libertad y el debido proceso, pues el control punitivo del estado solo opera ante las conductas punibles y solo entonces los órganos de policía están autorizados para actuar, lo contrario resulta alejado de la justicia.⁴²

3.1. Delitos de resistencia a la autoridad en manifestaciones públicas

Recordemos que la Sala Constitucional ha declarado que ante la desobediencia de la decisión tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción, bien por el hecho de haberse efectuado la manifestación o reunión pública a pesar de haber sido negada expresamente o por haber modificado las condiciones de tiempo, modo y lugar que fueron autorizadas previamente, la referida autoridad deberá remitir al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible toda la información atinente a las personas que presentaron la solicitud de manifestación pacífica, ello a los fines de que determine su responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 483 del Código Penal, además de la responsabilidad penal y jurídica que pudiera tener por las conductas al margen del Derecho, desplegadas durante o con relación a esas manifestaciones o reuniones públicas.⁴³

Por lo demás, encontramos pocos casos en que el juez aplique la eximente de responsabilidad por exceso policial en casos de manifestaciones, a pesar de la frecuencia con que ocurrieron tales situaciones.

⁴² Trib 2do de Control Edo Amazonas 09/05/2006 XP01-P-2006-000351

⁴³ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277

Ejercicio: Manifestación en el Metro (nov-2010)

El 12 de noviembre, 33 personas habrían sido arrestadas en una estación del metro de Caracas por haber manifestado su inconformidad con los retrasos en los trenes y desperfectos en el servicio. Según el Acta policial, un conglomerado de personas entre sexo masculino y femenino los cuales bloqueaban las puertas no permitiendo que el tren se movilizara, y en vista de que los mismos no desistían de la actitud los funcionarios de policía procedieron a intentar desalojar los de la estación pero estos de manera agresiva se abalanzaron contra las comisiones policiales con golpes y patadas por lo que fueron realizadas técnicas duras de control físico.⁴⁴

La Corte de Apelaciones Área Metropolitana de Caracas observó que sólo uno de los funcionarios policiales actuantes refiere los actos meramente físicos y de violencia que según lo indica, habían empleado los ciudadanos después aprehendidos, lo cual hace bien frágil o débil este dato, ante la coincidencia y congruencia del resto de las entrevistas efectuadas y lo manifestado por los mismos detenidos, en sentido inverso en todo caso. Por tal motivo confirmó la insuficiencia de los elementos de convicción sobre la comisión del delito de resistencia a la autoridad, ya que constituyó expresión de protesta ante el Servicio de Transporte Metro de Caracas.⁴⁵

⁴⁴ Corte de Apelaciones Área Metropolitana de Caracas Sala 10 18/01/2011 Causa N° 10 Aa 2834-10

⁴⁵ Corte de Apelaciones Área Metropolitana de Caracas Sala 10 18/01/2011 Causa N° 10 Aa 2834-10

La legítima defensa frente a funcionarios de ejecución¹

DIAJ-DER Octubre 2016

Contenido:

El derecho alemán

El derecho español

Causas de justificación de los delitos de atentados

Legítima defensa frente a agentes de policía

El derecho venezolano

Breve análisis sobre la legítima defensa

Legítima defensa frente a funcionarios de policía

1. El derecho alemán

Ejercicio: Lesiones en procedimiento de identificación

El acusado había sujetado a dos niños por el cuello y los apretó levemente. Los padres, quienes conocían al acusado, llamaron a la policía, indicando su nombre, apellido y dirección de residencia. Los funcionarios y los testigos se presentaron en el apartamento del acusado, quien al abrir la puerta insultó al testigo U. En ese momento el acusado tenía una concentración alcohólica en la sangre de 1,56 milésimas. Los policías no lograron tranquilizar al acusado. Finalmente le indicaron que contra él había sido presentada denuncia por lesiones corporales a los niños y le exigieron que se identificara. El acusado se negó, a pesar de las repetidas órdenes. Finalmente amenazaron los funcionarios con realizar una inspección personal para obtener los documentos de iden-

¹ Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

tividad. El funcionario G dio dos pasos al frente para sujetar el brazo derecho del acusado y colocarlo en la pared para la inspección. El acusado dio un golpe con el puño dirigido a la cabeza del policía, quien sufrió una dolorosa contusión en el cráneo. Ese día el funcionario sufrió dolor de cabeza y náuseas y permaneció aprox. semana y media de reposo médico.²

En sentencia de 1953, la Corte Federal afirmó que, no toda actuación del poder público tiene el carácter de una agresión legítima, como ocurría en el Estado de policía, incluso en los casos de abusos graves. Por el contrario, en caso de contrariedad a derecho de la actuación del funcionario de ejecución, es admisible la legítima defensa frente a la agresión ilegítima.³

Las consideraciones expuestas con respecto a la relación entre la contrariedad a derecho de la medida ejecutada por un funcionario público y los deberes de obediencia y tolerancia ante la ejecución, así como con respecto a la aplicabilidad de las sanciones por desobediencia, también son aplicables al problema planteado con respecto a la legítima defensa frente a funcionarios de ejecución.

En criterio de la Corte Federal, el reconocimiento del derecho a la legítima defensa frente a la actuación del Poder Público produciría consecuencias inaceptables, en vista de los bienes jurídicos del ciudadano afectado, por una parte, y del funcionario de ejecución, por la otra.⁴

² OLG Hamm · Beschluss vom 7. Mai 2009 · Az. 3 Ss 180/09

³ BGH Urt. v. 31.03.1953, Az.: 1 StR 670/52, párr. 5

⁴ BGH · Urteil vom 9. Juni 2015 · Az. 1 StR 606/14, párr. 40

El tratamiento de la posibilidad de reconocer la legítima defensa frente a funcionarios de ejecución debe tomar en consideración que, el ciudadano afectado por una medida contraria a derecho del Poder Público se encuentra en una posición fáctica distinta de quien se encuentra expuesto a una agresión ilegítima en sus bienes jurídicos por parte de un tercero. Dentro de los límites de su deber de tolerancia, la intensidad de la agresión de la medida se encuentra limitada por las garantías aplicables a las actuaciones del Poder Público, especialmente por el principio de proporcionalidad. Por ello, generalmente no se encuentra expuesto el ciudadano a una pérdida definitiva de sus bienes jurídicos.⁵

Por otra parte, en caso de reconocimiento del derecho a la legítima defensa, se expondría al funcionario al peligro de una afectación considerable de bienes jurídicos, en una situación en la que sin que le sea imputable un error inexcusable, asume la conformidad a derecho de la medida de ejecución. En el caso de actos de legítima defensa frente a funcionarios de policía, en ejecución de medidas emanadas de otros órganos, se justificaría con frecuencia la muerte del funcionario. En contra de la acción defensiva, el funcionario no podría oponer una defensa legítima.⁶

Los límites del deber de tolerar una medida contraria a derecho se alcanzan en los casos en que la misma resulta incompatible con el principio constitucional de sujeción de la administración pública a la ley y el derecho (art. 20 aparte 3 Ley Fundamental). Ello ocurre, por ejemplo en caso de arbitrariedad y de nulidad de la actuación de la administración. En casos de ejecu-

⁵ BGH • Urteil vom 9. Juni 2015 • Az. 1 StR 606/14, párr. 40

⁶ BGH • Urteil vom 9. Juni 2015 • Az. 1 StR 606/14, párr. 41

ción administrativa también son aplicables las normas sobre nulidad, en los casos más graves de infracción de los requisitos de legalidad del acto de ejecución. En estos casos, la actuación del órgano del poder público resulta ilegítima, en el sentido del § 32 Abs. 2 StGB, el cual regula la legítima defensa.⁷

2. El derecho español

2.1. Causas de justificación de los delitos de atentados

El Tribunal Constitucional ha señalado que la extralimitación en la intervención de los policías constituye un elemento negativo de la tipicidad, que puede venir a eximir de responsabilidad al acusado.⁸ También se ha admitido en la jurisprudencia la eximente de legítima defensa frente a agresiones ilegítimas de agentes policiales.

La Audiencia Provincial de Melilla ha declarado que el bien jurídico protegido en el delito de atentado lo constituye la dignidad de la función pública, ya que en el marco constitucional deviene imposible seguir fundando la caracterización del bien jurídico en este tipo de delitos en criterios de autoridad y jerarquía. De esta manera se configura como requisito imprescindible que la autoridad o sus agentes actúen dentro de la legalidad y en el ámbito de sus competencias, de modo que la extralimitación o exceso en el ejercicio de sus funciones por parte del sujeto pasivo le priva de la especial protección que la ley le dispensa, perdiendo su condición pública y convirtién-

⁷ BGH • Urteil vom 9. Juni 2015 • Az. 1 StR 606/14, párr. 43

⁸ STC 113/2005, de 9 de mayo Fj 4

dolo en un particular. Consecuencia inmediata es que el hecho no podrá ser sancionado ni como delito de atentado ni de resistencia o desobediencia, sino únicamente por el resultado producido o intentado (por ejemplo, lesiones), salvo la concurrencia de una causa de justificación. Y, ello, porque extralimitación excluye la antijuridicidad de la conducta típica en cuanto el juicio de desvalor que al ordenamiento jurídico merece, ab initio, la acción descrita en el tipo penal, desaparece cuando intervienen el exceso notorio y grave por parte del funcionario, que opera ahora como una suerte de causa de justificación en esta clase de delitos. Pero, además, la extralimitación incide de modo relevante también en la culpabilidad, llegando a eliminar el elemento subjetivo que informa este tipo de ilícitos penales, puesto que si dicho elemento lo integra un dolo específico de denigrar el principio de autoridad que el agente policial representa, difícilmente podrá estimarse su concurrencia cuando el sujeto pasivo se ha despojado a sí mismo de su condición de autoridad con su previa actuación abusiva, que le convierte en particular, y que, como tal, queda expuesto a la reacción del sujeto activo por aquél provocada.⁹

Según la doctrina jurisprudencial, para que concurra la notoria extralimitación, que en definitiva comporta la reducción a mero particular de la autoridad cuando la autoridad agente o funcionario público, se requiere que el exceso sea el que provoque la reacción violenta del sujeto activo, con exclusión, en todo caso, de las extralimitaciones que puedan considerarse leves. Es decir, la extralimitación del agente no puede interpretarse con un criterio de generalidad que legitima cualquier supuesto de reacción de los

⁹ SAP ML 193/2015, 09 de septiembre, Fj 2

sujetos afectados. Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto y su valoración a fin de ponderar si ha existido notoria extralimitación.¹⁰

Con motivo de ejecutar un precinto acordado por la autoridad administrativa competente en el almacén "Sussi", se presentaron los cuatro agentes de policía antes citados en ejercicio de sus funciones y para dar cumplimiento al precinto acordado. Se entendieron con Carlos María quien se negó al precinto así como a indentificarse. Finalmente, al persistir el Sr. Carlos María en su negativa, fue agarrado por el agente Florencio quien lo sacó fuera de las oficinas para introducirlo en el furgón policial, oponiéndose Carlos María y resistiéndose a la fuerza que le hizo el agente citado siendo esposado. Mientras se producía el traslado hacia el furgón, apareció Alfredo, hijo de Carlos María, quien dio un salto y dio una patada al agente Florencio para liberar a su padre, patada que le hizo perder el equilibrio, caer y golpearse con un objeto existente en el suelo resultando con lesiones. Al quedar suelto Carlos María intentó eludir la acción de los agentes policiales, dio una patada al agente Cesareo y éste le golpeó en las piernas con su defensa, sin necesidad alguna, causándole lesiones. Durante el trayecto desde la oficina hasta el interior del furgón policial al que era trasladado Carlos María por los agentes policiales Florencio, Cesareo y Ricardo, se le ocasionaron, lesiones consistentes en un hematoma en región retroarticular izquierda, excoriaciones en miembros inferiores y una contusión con rotura fibrilar en el hombro derecho.¹¹

En el caso expuesto en el párrafo anterior, el Tribunal Supremo confirmó el criterio expuesto por el tribunal de instancia, que justificó la inexistencia del delito de atentado del art. 550 Cpenal porque hubo una previa extralimitación en la actuación de los agentes policiales, y tal exceso en la actuación de los agentes policiales al privar injustificadamente de la libertad ambulatoria a Carlos María, impide la aplicación del delito de atentado. Se conclu-

¹⁰ SAP ML 193/2015, 09 de septiembre, Fj 2

¹¹ STS 2223/2014, de 13 de mayo Fj 11

ye en dicho motivo que la actuación de los policías locales les privó de la especial tutela que es el desempeño de su labor tenían, por su extralimitación.¹² En términos similares, el tribunal desestimó además el recurso en contra de la aplicación de la eximente de legítima defensa en relación a las lesiones del agente policial Florencio: "...En el presente caso, en el que varios agentes de la policía local ejercían fuerza sobre Carlos María del Sr. Alfredo y le estaban privando de su libertad fuera de cualquier cobertura normativa tiene que apreciarse en toda su plenitud [*la legítima defensa*]. La patada que propinó Florencio tenía por objeto poner fin a esa situación. Tal actuación, aunque a todas luces infructuosa, no puede calificarse en absoluto de desproporcionada. Tampoco puede atisbarse provocación alguna del Sr. Carlos María, quedando fuera de tal concepto, la actitud poco colaboradora que tuvo en los primeros compases de los hechos...". En síntesis, el Tribunal estimó que el hecho de que Alfredo diera una patada al agente jurado al ver a su padre injustamente detenido y conducido por tres agentes al furgón policial lo que constituía una patente extralimitación policial, al igual que supuso la inexistencia del delito de atentado, también operó en relación a las lesiones causadas por estimar que tal extralimitación operó como el elemento de la agresión ilegítima propia de la legítima defensa, no existiendo provocación ni por parte de su padre Carlos María ni tampoco de su hijo Alfredo, y, finalmente la sentencia no estimó como reacción desproporcionada el hecho de darle una patada al agente policial.¹³

¹² STS 2223/2014, de 13 de mayo Fj 11

¹³ STS 2223/2014, de 13 de mayo Fj 11

La Audiencia Provincial de Alava ha señalado que, si el denunciado no estaba desarrollando una actividad ilícita, y, por tanto, la orden no estaba amparada en ninguna norma, no se puede admitir que el denunciado cometiera una falta de desobediencia a los agentes de la autoridad, porque precisamente uno de los presupuestos objetivos del tipo contemplado en el art. 634 segundo inciso CP o en el art. 556 CP, es que la orden sea legítima, en el sentido de que debe estar revestida de las formalidades legales, se halle dentro de las competencias de quien la emite y que goce de respaldo normativo, cualquiera que sea el rango de la disposición, de modo que la orden tenga que ser cumplida por el ciudadano requerido. A partir de ahí, constatado el exceso, que la actitud del ciudadano ante los agentes fuera altanera o desafiante o que los tratase despectivamente no tiene ninguna trascendencia penal.¹⁴

2.2. Legítima defensa frente a agentes de policía

El Tribunal Supremo parece admitir sin reservas, la posibilidad de que no sea punible una conducta típica, realizada con el objeto de repeler una agresión ilegítima de un funcionario de policía. Ha señalado el tribunal que respecto a la legítima defensa frente a agentes de policía, sería preciso que sin causa justificada los agentes hubieran agredido al ciudadano y él hubiera utilizado la fuerza necesaria para impedirlo.¹⁵ Similares conclusiones derivan de los delitos de atentado.

¹⁴ SAP VI 180/2015, de 26 de marzo Fj 2

¹⁵ STS 6277/2013, de 16 de diciembre Fj 1

3. El derecho venezolano

3.1. Breve análisis sobre la legítima defensa

La jurisprudencia venezolana en materia de legítima defensa no escapa a una tendencia que en nuestro criterio ha marcado la evolución del tratamiento del derecho penal, procesal penal y de ejecución de la pena. Al ritmo del crecimiento de la criminalidad en el país se ha producido una política no sólo en sede legislativa, sino también a nivel judicial, policial y de reclusión, con signos abiertamente represivos y en dirección contraria a las tendencias modernas de rehabilitación del delincuente. En este aspecto no hay signos de influencia de los derechos fundamentales. Específicamente, en el tratamiento de la legítima defensa, la jurisprudencia ha dejado de tomar en consideración el efecto general preventivo, que en el derecho comparado marca la diferencia entre la posición del agresor ilegítimo y el agredido. De forma tal que el análisis se reduce a un problema de proporcionalidad de medios de defensa y de agresión, con lo que la eximente de responsabilidad se reduce a un mínimo en la práctica de los tribunales.

La evolución reciente encontramos un criterio inicial amplio de la legítima defensa, que sin embargo constituye un caso aislado en comparación con el desarrollo posterior. En efecto, en sentencia de 2000, la Sala de Casación Penal se pronunció sobre los siguientes hechos:

Entre las cuatro o cinco horas de la madrugada, cuando se encontraban reunidos en la casa de la ciudadana María, donde se celebraba una fiesta, un grupo de personas comenzaron a lanzar piedras sobre el techo de la residencia, por lo que tres ciudadanos que se encontraban en el inter-

ior de la misma salieron disparando en contra del grupo. Resultó herido el ciudadano Rafael Eduardo en la región abdominal, quien falleció en el sitio.

Observó la Sala que los hechos anteriores configuraban la eximente de responsabilidad de la legítima defensa prevista en el ordinal 3º del artículo 65 del Código Penal, pues concurren las circunstancias para la existencia de dicha eximente, específicamente aparece en autos la proporcionalidad del medio empleado por el imputado para repeler la agresión proveniente del occiso a saber: agresión ilegítima materializada al comenzar la víctima a lanzar piedras sobre el techo de la casa donde se encontraba el imputado y las demás personas presentes en la fiesta; que no hubo provocación de parte del imputado de autos dirigida al autor de la agresión ilegítima (el occiso Rafael Eduardo García Villarroel), y que fue necesario y adecuado el medio empleado por el ciudadano Francisco Javier para tratar de impedir y luego repeler la agresión ilegítima, habida cuenta de que la misma iba a materializarse haciendo uso el agresor de un instrumento capaz de producirle (a él o a cualquier otra persona presente en la fiesta) lesiones personales graves y hasta la muerte, siendo el revólver que portaba el procesado de autos el único medio a su alcance en tales circunstancias.¹⁶

Un criterio similar fue mantenido por la Sala de Casación Penal en un caso en que el imputado había actuado en defensa propia y de las personas que se encontraban con él, pues al verse injustamente amenazados por el arma blanca que portaba el agresor, no tuvo otra alternativa que desenfundar su arma y disparar contra él para poder librarse del ataque. Señaló la Sala que,

¹⁶ SCP-TSJ 28/06/2000 EXP. C-00-133

los jueces penales deben recordar que el Derecho Penal es la máxima fuente de libertad, ya que al reprimir a quienes delinquen crea libertad para el sector que no delinque. Y esa noble ciencia rechaza la conducta de quienes agreden de manera ilegítima a otros, e instituye en éstos el derecho natural de actuar en defensa propia y de matar al atacante si fuere necesario.¹⁷ En esta afirmación se expresa una concepción clara de la valoración de la posición del agresor ilegítimo y del agredido que realiza una acción defensiva.

Una tendencia restrictiva se observa en la decisión del Tribunal de Juicio de Barquisimeto en febrero de 2011, en el caso siguiente:

El ciudadano Iustayul German se encontraba en compañía de su esposa en un abasto realizando compra de víveres. Al salir del local comercial fue abordado por dos ciudadanos quienes bajo amenaza de muerte lo despojaron de sus pertenencias y emprendieron la huida. Posteriormente se escuchan unas detonaciones y en ese momento Jose sintió que lo impactaron por la espalda cayendo al suelo siendo así alcanzado por un proyectil disparado por el ciudadano imputado así mismo pudo darse cuenta el joven Jose se encontraba igualmente tirado en el piso.

El tribunal estimó que el ciudadano Iustayul acciono el arma en contra de la humanidad de los adolescentes para defenderse del ataque recibido. Sin embargo estimó que había excedido los límites de la defensa producto de una reacción ante la amenaza latente de vida que sufriera tanto él como sus familiares, bajo un estado emocional de ira y temor, por lo que este tribunal consideró que debe ser tomada en consideración la atenuante prevista en el artículo 67 del Código Penal.¹⁸

¹⁷ SCP-TSJ 20/06/2000 Exp. No: 00-0010 Un tratamiento similar del tema, en SCP-TSJ 30/09/2003 Exp. N° C003-189; Trib. P. Control San Antonio del Táchira 19/05/2008 SP11-P-2007-003180

¹⁸ Trib. Juicio Barq. 16/02/2011 KP01-P-2006-005146

La Sala de Casación Penal ha rechazado la posibilidad de defensa con un arma de fuego frente a una agresión con un palo.¹⁹ Con ello, se reduce el análisis a un juicio de proporcionalidad de armas y no de valores en conflicto.

También ha incurrido la Sala en el error de negar la legítima defensa por la posibilidad de evadir la agresión mediante la fuga: Cuando el acusado pudo haber evitado tal situación o supuesta agresión ilegítima de sentirse amenazado lo cual no ocurrió en virtud que el acusado a sabiendas y confiado en que portaba un arma de fuego se quedó en el lugar esperando a que el hoy occiso sacara su arma de fuego para así accionar la suya disparándole en su humanidad, produciéndole una herida mortal.²⁰

3.2. Legítima defensa frente a funcionarios de policía

La anterior tendencia restrictiva en el tratamiento de la legítima defensa, contrasta con la amplia admisión de la legítima defensa frente a la autoridad en el siguiente caso:²¹

Ejercicio 86: Richard Peñalver

Las personas que se encontraban aglomeradas en la parte superior de puente Llaguno, estaban simplemente asomadas viendo hacia el sur y a sus compañeros de ideología política que se encontraban en la parte inferior del puente, siendo estos últimos (los de la parte de abajo) los que sostenían una actitud de agresión con palos, piedras, botellas y otros objetos contundentes hacia la policía metropolitana, quien ya se había desplazado o movilizó, de la zona donde debió permanecer hacia la

¹⁹ SCP-TSJ 11/08/2005 RC EXP. No. 05-0204

²⁰ SCP-TSJ 20/05/2010 Exp N° 2009-0424

²¹ También en sentido amplio, el autor argentino Zaffaroni, Derecho Penal, pág. 638

parte norte, (esquinas de pedrera, Muñoz y piñango).

Los funcionarios policiales al presenciar la alteración que reinaba para el momento comenzaron a disparar contra las personas que se encontraban en el lugar, situándose en la esquina de piñango, acondicionándose encima de los vehículos blindados, mientras otro grupo de efectivos policiales se ubicaron en la parte posterior de los mismos, dispersándose los demás funcionarios en las aceras de la referida avenida, quienes procedieron a hacer uso excesivo de las armas de fuego que portaban, conducta esta que no era adecuada para disolver dicha concentración, utilizando armas largas y cortas de diferentes calibres, tales como sub-ametralladoras HK, revólveres, 9 milímetros y fusiles M-16

Los acusados efectuaron detonaciones con sus armas de fuego, hacia los equipos de resguardo del orden público pertenecientes a la policía metropolitana, denominados blindados ballenas o rinocerontes y hacia la zona donde se encuentra ubicado el hotel Eden, por cuanto desde atrás de dichos vehículos, desde el interior, desde encima y alrededor de los mismos, así como del referido hotel eden, estaban efectuando detonaciones hacia el área donde estos se encontraban concentrados.²²

Consideró el tribunal, que la autoridad de los funcionarios adcritos a cualquier órgano policial y que se encuentren cumpliendo sus labores, tiene sus limitaciones, como en este caso, no hacer uso de las armas sino de las autorizadas, para este tipo de manifestaciones, para el mantenimiento del orden público o en su defensa legítima, circunstancias que considera el tribunal que no le son aplicables, visto lo realmente sucedido y lo cual hace que deje de tener o pierda legitimidad la acción por ellos desplegada.²³

En criterio del tribunal, la policía metropolitana debió permanecer en una zona neutral donde pudiera controlar y replegar de ser el caso la acción de

²² Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

²³ Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

avance de cualquiera de los dos grupos y repeler a cualquiera de los dos grupos, que intentare sobre pasar dicha zona. Por el contrario, los funcionarios de la policía metropolitana se dirigieron hacia el puente llaguno, y al presenciar la alteración que reinaba para el momento, comenzaron a disparar contra las personas que se encontraban en el lugar. De tal forma, procedieron a hacer uso excesivo de las armas de fuego que portaban, conducta que no era adecuada para disolver dicha concentración.

24

Observó el tribunal que dicha acción antijurídica, le quita de inmediato el carácter de legitimidad a las acciones desplegadas por la policía metropolitana. El hecho ser funcionario policial no justifica ninguna agresión, máxime de que éstos funcionarios cuentan con una preparación para este tipo de contingencias, y quien se vea afectado o agredido por ella debe defenderse legítimamente. El arma autorizada a funcionarios policiales es para defender su integridad física cuando se encuentren en situación de peligro o de agresión y no para ser utilizada para repeler cualquier manifestación, y ello lo prohíbe expresamente la Constitución, en su disposición 68.²⁵

En relación a la segunda exigencia para la legítima defensa (necesidad del medio empleado para impedir la o repelerla), los tres acusados tuvieron que hacer uso de sus armas para repeler dicha acción, ya que se les estaba disparando con armas, de igual o mayor potencia, que las que estos portaban y tan capaces como aquellas de causar lesiones y hasta la muerte

²⁴ Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

²⁵ Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

de personas, lo que no solamente configura a cabalidad la segunda exigencia de la legítima defensa, sino que, habla de la proporcionalidad del medio empleado para contrarrestar esa embestida, y, en el presente caso, más bien, hubo una desproporcionalidad en dichos medios, pues, los funcionarios de la Policía Metropolitana utilizaron armas de mayor potencia y en mayor cantidad.²⁶

Colige el tribunal sentenciador que la Policía Metropolitana en vez de asumir una actitud de neutralidad, de avenencia, más bien se dirigieron hacía las adyacencias del Puente Llaguno y comenzaron a disparar, no siendo imputable a las personas ubicadas en el Puente Llaguno ningún tipo de provocación, y menos suficiente, quitándole legitimidad a la actuación policial, configurándose en toda su extensión una verdadera legítima defensa.²⁷

El Juzgado Segundo de Juicio del Estado Mérida se pronunció acerca del siguiente caso:

Los funcionarios policiales al momento de iniciar la visita domiciliaria en la vivienda ocupada por el hoy acusado actuaron con una violencia innecesaria, pues su superioridad numérica y de armas –aparte de su preparación profesional- hace apenas lógico suponer la posibilidad de llevar a cabo tal procedimiento sin la necesidad de actuar violentamente, sobremanera cuando se considera la presencia en el lugar de otras personas de sexo femenino y adolescentes de igual sexo, que no suponían riesgo

²⁶ Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

²⁷ Corte de Apelaciones Edo. Aragua 16/06/2004 CAUSA N° 1As/3996-03

mayor para los funcionarios. Dicha actuación contraviene palmariamente las normas que regulan la actuación policial (vid. artículo 117 del Código Orgánico Procesal Penal). La experiencia común dice que: si a un padre de familia –cualesquiera sea su condición- observa que personas desconocidas para él (o al menos no uniformadas como agentes policiales) sin identificarse, irrumpen violentamente a su hogar maltratando de palabra y físicamente a los presentes, tiene el derecho natural de defenderse y actuar en legítima defensa de los terceros presentes también agredidos. En el presente caso, una menor hija del acusado fue abofeteada cuando reclamó a los funcionarios su actuación. En lo que respecta a las lesiones imputadas al acusado, aparte de que las mismas se hallan cobijadas por lo indicado en el referido artículo 221 del Código Penal, en su caso, concurren las circunstancias constitutivas de la legítima defensa, pues quedó probada la agresión ilegítima en contra del acusado por los funcionarios actuantes; falta de provocación suficiente de parte del acusado, pues expresar "otra vez los policías en mi casa" en modo alguno objetiva provocación alguna de parte del acusado frente a los policías actuantes; y la necesidad del medio empleado (su propio cuerpo) para resistir legítimamente la agresión de que fue objeto. En tal sentido debe aplicarse respecto a este delito tal justificante. Al hilo de las anteriores razones, el juzgador claramente convencido de la irrisoria y por demás espuria actuación policial, estimó que debía declarar inpunible la resistente respuesta del acusado ante las agresiones de que fuera objeto en su persona y familiares en los hechos que dieron origen a la presente causa. En lo que respecta a las lesiones leves imputadas al acusado, las mismas resultan comprendidas dentro de la

reacción defensiva implícitamente autorizada por el legislador (artículo 221 Código Penal) y están amparadas por la causa de justificación de la legítima defensa al amparo del artículo 65.3 del Código Penal.²⁸

²⁸ Juzg 2do Juicio Edo Mérida 20/01/2005 LP01-P-2004-000314

Ediciones anteriores

Para recibir notificaciones de la REDIAJ, envíenos un correo electrónico con el asunto: **SUSCRIBIRSE** dirigido a **rediaj.an@gmail.com**

Vista previa:

[Septiembre 2016](#)
[Agosto 2016](#)
[Enero - Julio 2016](#)

Descargar todo el documento:

[Septiembre 2016](#)
[Agosto 2016](#)
[Enero - Julio 2016](#)

Contenido:

[Presentación.pdf](#)

Estudio de casos:

[Refugio de damnificados en hoteles, pág. 286](#)

Doctrina:

[Prerrogativas parlamentarias, pág.495](#)
[Breve análisis sobre el carácter orgánico de las leyes.pdf](#)

Informes:

[Informe sobre el deber de fidelidad a la Constitución, pág. 504](#)
[La discriminación política de los servidores del Estado, pág. 524](#)
[Informe sobre la discriminación política en Venezuela en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 569](#)
[La incidencia presupuestaria de los proyectos de ley en materia de derechos económi-](#)

cos, sociales y culturales, [pág. 302](#)
Informe sobre el proyecto de ley especial de protección al salario, [pág. 359](#)
Estudio sobre el proyecto de ley de crisis humanitaria en salud a efectos de su segunda discusión, [pág. 444](#)
Informe preliminar sobre el proyecto de ley especial de seguridad social de los cuerpos policiales de la República Bolivariana de Venezuela, [pág. 447](#)
Informe sobre el Proyecto de Ley de Emolumentos del Personal Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo, Nacional, Estadal y Municipal, [pág. 462](#)
Informe Proyecto de Ley para la Protección de Pacientes con la Enfermedad o Condición Celiaca, [pág. 468](#)
Informe Jurídico sobre el Proyecto de Ley de Atención Integral y Protección para las personas con Trastornos del Espectro Autista (TEA), [pág. 480](#)
Informe sobre el Anteproyecto de Ley de de Garantía de Alimentación Escolar, [pág. 484](#)
El deber de consulta al ejecutivo nacional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional [.pdf](#)
La vigencia temporal de la enmienda constitucional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional [.pdf](#)
La infracción de la libertad de reunión y de expresión como mecanismo de persecución política en Venezuela. Especial referencia al caso de Leopoldo López y otros [.pdf](#)
La descentralización en Venezuela. Puertos, Aeropuertos y Carreteras [.pdf](#)

Legislación:

Anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución, [pág. 581](#)
Anteproyecto de ley contra la discriminación política de personas al servicio del Estado, [pág. 589](#)
Anteproyecto de ley contra la discriminación política, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, [pág. 604](#)
Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación, [pág. 619](#)
Anteproyecto de ley para la activación y fortalecimiento de la producción nacional, [pág. 398](#)
Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela [.pdf](#)
Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia [.pdf](#)
Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas [.pdf](#)
Anteproyecto de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Pública [.pdf](#)
Proyecto de Ley de Transmisiones Simultáneas, Publicidad Oficial y Medios Públicos [.pdf](#)
Informe sobre medidas de intervención policial [.pdf](#)
Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública [.pdf](#)