

La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?¹

Pablo D. Colmegna y Juan Nascimbene***

Resumen

Los policías recurren a la fuerza para protegerse a sí mismos y a terceros constantemente. Pero lo que no queda tan claro es si esa fuerza utilizada debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa del derecho penal, a saber, utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico, o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público. Este artículo propone que a raíz de las obligaciones de derechos humanos a las que el Estado argentino se ha sometido, el funcionario policial debe utilizar proporcionalmente la fuerza. Consecuentemente, éste deberá ser el criterio prevalente al analizar el actuar policial.

Palabras clave: funcionario policial, legítima defensa, uso proporcional de la fuerza.

1. Los autores agradecen las sugerencias de un árbitro anónimo. Por supuesto que los errores sólo nos caben a nosotros.

* Abogado (UBA), ayudante de segunda en la materia Derechos Humanos cátedra Pinto; pablo.colmegna@gmail.com.

** Abogado (UBA), profesor adjunto de Derecho Penal en el Instituto Superior de Seguridad Pública, ayudante Derecho Internacional cátedra Pinto (UBA), ayudante Derecho Penal cátedra Sancinetti (UBA), investigador del Proyecto UBACYT: “La posición de garante del funcionario policial”; jnascimbene@gmail.com.

Self-defense and policemen: ¿rational or proportional use of force?

Abstract

Policemen constantly recur to the use of force in order to protect themselves and third parties. However, it is unclear whether policemen can claim to be acting under the requirements of self-defense under criminal law, namely to use a rational means to neutralize an unlawful attack or whether proportionality is required. It is our contention that due to Argentine international human rights commitment and the special role of police officers, they must be constrained by the requirement of proportionality.

Keywords: policemen, self-defense, proportional use of force.

1. Introducción

Desde el retorno a la democracia en la Argentina en el año 1983, el accionar de las fuerzas de seguridad fue cada vez con mayor frecuencia objeto de monitoreo por parte de actores de la sociedad civil. Así fue como no solo se colocó en cuestión la actuación de las fuerzas armadas durante la última dictadura militar (1976-1983) sino que se comenzaron a plantear reclamos en torno a los denominados casos de violencia institucional, principalmente los casos de gatillo fácil, cuya existencia no hacía más que reflejar los resabios de una lógica de actuación de los integrantes de las fuerzas que con tanta frecuencia se había llevado adelante al amparo de la impunidad reinante durante el terrorismo de estado.

Con el correr de los años se fueron sucediendo las condenas a aquellos policías encontrados responsables de una utilización de la fuerza por fuera de los estándares regulados de manera penal e internacional. Sin embargo, no es sino hasta años recientes que el enfoque de derechos humanos ha cobrado su parte en el encuadre jurídico de este tipo de casos. De esa manera, se pasó a brindarle un mayor protagonismo a los derechos de los familiares de las víctimas, quienes cada vez con mayor fuerza logran visibilizar y poner en marcha la obligación que tiene el Estado de investigar y sancionar a los responsables de las fuerzas de seguridad.

En el presente trabajo se examinarán las normas que regulan el uso de la fuerza desde un enfoque de derechos humanos, al tiempo que se analizará el impacto que tiene en la sanción penal de aquellos responsables. Para ellos se tendrá en cuenta la regulación penal y aquella desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el presente trabajo, la exposición del tema se dividirá en cuatro secciones. En primer lugar se analizarán las normas de derecho penal relacionadas con la legítima defensa. En segundo lugar explicaremos por qué, desde nuestro punto de vista, el ejercicio de la legítima defensa por parte de los funcionarios policiales debe ser más estricto. En tercer lugar, analizaremos las normas del derecho internacional de los derechos humanos que deben ser aplicadas al momento de evaluar el accionar de las fuerzas policiales. En cuarto y último lugar, analizaremos cierta doctrina y jurisprudencia asociada a la legítima defensa ejercida por funcionarios policiales. Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado en el desarrollo del presente trabajo.

2. Marco normativo nacional

Las normas que regulan la legítima defensa se encuentran en el Código Penal de la Nación. En el artículo 34 se dispone:

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

2.1. La legítima defensa. Nociones generales

La legítima defensa es una de las causales de justificación que se analizan dentro de la antijuricidad en la estructura de la teoría del delito. En este sentido, una acción típica puede estar justificada en tanto y en cuanto se haya realizado en legítima defensa. Diversos autores han aportado su definición de lo que debe entenderse por legítima defensa. Fontán Balestra sostiene que la legítima defensa puede definirse como “la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano”.² Por su parte, D’Alessio sostiene que puede ser ejercida “por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.³ El autor sostiene que el fundamento de la legítima defensa es doble dado que confirma el derecho al mismo tiempo que se facilita la autodefensa de un individuo frente a un ataque antijurídico.⁴

Pero como lo señala Donna, debe quedar en claro que la legítima defensa no es instituto que sirva para llevar adelante justicia por mano propia.⁵ Es por ello que, para que se configure la legítima defensa como tal, deben darse ciertos requisitos de manera estricta.

2.2. Requisitos de la legítima defensa

a) Agresión ilegítima

Respecto del requisito de la agresión ilegítima, Zaffaroni sostiene que la misma se configura cuando se está ante una conducta humana, agresiva y antijurídica. Ello implica que no puede existir legítima defensa contra lo

2. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 280.

3. Andrés J. D’Alessio, *Código penal, comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 379-380.

4. *Ibíd.*, p. 380. En el mismo sentido, C. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 608.

5. Edgardo Donna, *Teoría del delito y de la pena*, T. II, Buenos Aires, 1995, p. 143.

que no sea una conducta humana, incluyendo niños e inimputables, aunque en estos casos la interpretación es necesariamente restringida en razón de la existencia de la racionalidad como límite a la necesidad.⁶ Asimismo, el autor entiende que la conducta debe ser agresiva, esto es, debe existir una voluntad lesiva, excluyendo aquellos supuestos de conductas imprudentes.⁷ En una aclaración que resulta importante para lo que refiere al accionar policial, Zaffaroni sostiene que si el sujeto es consciente del peligro que causa con su acción imprudente y se le ha advertido que deponga su actitud y, no obstante, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva.⁸ Ello resulta especialmente relevante dado que, como se verá en un apartado posterior, el funcionario policial se encuentra obligado a dar la voz de alto antes de hacer uso de su arma de fuego. Teniendo en cuenta la opinión de este doctrinario, solo en aquellos casos en los que el sujeto continúa con su agresión luego de que se le advirtiera que depusiese su actitud el funcionario policial estaría actuando dentro de los límites de la legítima defensa.

Con conducta antijurídica Zaffaroni refiere a aquella que afecta bienes jurídicos sin derecho. De esta manera, no se podría ejercer legítima defensa contra una persona que actúe justificadamente, por ejemplo en legítima defensa o en estado de necesidad justificante.⁹

Además, “cuando se corre el riesgo de herir o matar a terceros, el derecho de defensa se limita, especialmente si existe la posibilidad de huir o de producir afectaciones de menor importancia”.

La legítima defensa puede ejercerse mientras exista la situación de defensa y puede ir desde el surgimiento de la amenaza inmediata a un bien jurídico hasta que “termina la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos”.

En cuanto al concepto de inminencia de la agresión, requerido por la ley, Zaffaroni proporciona un ejemplo que debe tenerse presente al momento de evaluar el accionar policial ante un enfrentamiento armado. Este autor sostiene que “la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse

6. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 619.

7. Ídem, pp. 619-620.

8. *Ibid.*

9. Ídem, p. 621.

como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor: cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar”.¹⁰

Otro doctrinario, D’Alessio sostiene que la agresión es “la amenaza de lesión o puesta en peligro de derechos jurídicamente protegidos. El ataque o amenaza debe provenir de una acción humana, no necesariamente violenta, pero sí agresiva”.¹¹

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

El código penal requiere que el sujeto que actúa en legítima defensa concorra con una necesidad racional del medio empleado. Alguna parte de la doctrina ha entendido este requisito como proporcionalidad. Por ejemplo, Righi establece: “Debe considerarse que el medio empleado por el agredido, ha sido racional siempre que haya sido proporcional a la potencialidad defensiva desplegada por el agresor”.¹² Pero como bien explica Beguelin, en realidad la doctrina argentina ha recurrido a casos a casos de grosera desproporción entre el medio empleado y la conducta repelida. Por ello, concluye, “la legítima defensa no conoce límites de proporcionalidad, más allá de la grosera desproporción”.¹³ En efecto, dice el profesor Frister: “una grosera desproporción exige más que una mera falta de proporcionalidad. Sólo existe cuando la relación entre el interés menoscabado por la defensa y el protegido por ella puede ser valorada como ‘intolerable’ [...] Recién un homicidio cometido para proteger valores materiales insignificantes ya no estará justificado”.¹⁴

10. *Ibíd*, p. 624.

11. D’Alessio, *supra* nota nota 6, p. 383.

12. Esteban Righi, *Derecho Penal. Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 278; también Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1970, p. 154 y siguientes.

13. José R. Beguelin, “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia S. (dirección), *Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos* (5): Ed. Hammurabi, 2012, p. 19.

14. Frister, H., *Derecho Penal Parte General*, 4^a ed. Trad. Sancinetti, M.A.; Galli, M. de las M., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011, p. 331.

La jurisprudencia refiere a que este requisito implica, en primer lugar, que se actúe contra el agresor. Asimismo, se sostiene que “sin el requisito de ser necesaria no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva”.¹⁵ Interpreta que la ley requiere que el medio con que se repele una agresión debe ser racionalmente necesario, para lo cual deben tomarse en consideración la totalidad de las circunstancias que rodean a un hecho.¹⁶ Sin embargo, proporcionalidad no solo se exige en relación con la agresión y la defensa sino que también se mide en la relación entre el medio utilizado para defenderse y el bien defendido.¹⁷

Cuando no se cumple con el requisito de la necesidad racional del medio empleado se configura lo que se conoce como exceso en la legítima defensa.¹⁸ Si hubiera exceso de la legítima defensa, se podrá recurrir al artículo 35 del Código Penal para imputar el delito a título de imprudencia. Así es como en un caso donde se concluyó en que había existido un exceso en la legítima defensa, el tribunal sostuvo: “La desproporción resulta evidente cuando se considera que el acusado asestó una puñalada dirigida a una zona muy riesgosa para la vida con una cuchilla muy puntiaguda y con una hoja de 15 cm de largo, produciendo la muerte inmediata de la víctima. El arma fue empleada en ese sentido únicamente: otras alternativas menos graves (blandirla, dirigirla a otras áreas menos vitales) no fueron utilizadas y ante un riesgo no letal, reaccionó igual que ante un peligro de esa entidad”.¹⁹

15. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

16. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

18. Causa “Manzo”, sentencia N° 24, 8/3/12; doctores Requena, Ferrero y Comes, Sec. N° 1; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 4ª ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1983, pp. 371-377.

19. Causa “Manzo”, sentencia N° 24, 8/3/12; doctores Requena, Ferrero y Comes, Sec. N°1.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Según la jurisprudencia, este requisito implica que para que actúe dentro de los límites de la legítima defensa, quien se defiende no debe haber provocado la agresión.²⁰

En relación a lo antedicho, cabe destacar un caso en el que un tribunal sostuvo que no constituía provocación suficiente el hecho de que los policías hubieran descendido de un auto no identificado, esgrimiendo sus armas, pero de manera tranquila con uno de los efectivos portando su identificación.²¹ Por ello es que entendió que los efectivos policiales habían actuado dentro de los límites de la legítima defensa al repeler la agresión del individuo que se encontraba dentro del auto al cual querían identificar.²²

3. El funcionario policial y el artículo 34.6 del Código Penal: controversias en cuanto al principio de proporcionalidad

Como ya hemos descripto, la legítima defensa *per se* no exige el requisito de proporcionalidad sino más bien la utilización de un medio necesario o racional. Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido. Es cierto que cuando es manifiestamente desproporcional, no se podrá alegar esta causal de justificación. No obstante, la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción al mismo ni tampoco respecto del medio utilizado. Por tanto, si se permitiera que el funcionario policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo debería guiarse por la utilización de un medio racional o necesario.

20. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008; Eugenio R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 492-493.

21. Aunque sostuvo que podría ser una actitud merecedora de sanciones administrativas, lo cual es cierto tomando en consideración lo dispuesto en la reglamentación de la ley 21.965 de la PFA.

22. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

Empero, cabe aclarar que tanto la legislación nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires remiten a las normas de la Organización de las Naciones Unidas que requieren el uso proporcional de la fuerza por parte de los funcionarios de la seguridad.²³ Consecuentemente, mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas internacionales de derecho público interno e internacional. Y está asociado, como explica Jakobs, al hecho de que el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada y además en tanto funcionario policial debe sujetar su actuar a las normas estatales.²⁴ Otro autor alemán, Seelmann, también destaca el hecho de que el funcionario policial responde a una actuación reglada y a instrucciones precisas, lo cual se contrapone con el derecho a la legítima defensa cuya fundamentación está mayormente asociada a una reacción no premeditada ni ordenada.²⁵ De allí que la legítima defensa del ciudadano común no requiera de la proporcionalidad pues ante el repentino ataque, el ciudadano no tiene la oportunidad de sopesar la proporcionalidad del medio en cuestión.

En este sentido, creemos indispensable recurrir a los estándares internacionales de derecho internacional de los derechos humanos para limitar y constreñir el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales.

4. Los estándares derivados de los principios sobre uso racional de la fuerza y empleo de armas de fuego y el derecho internacional de los derechos humanos

23. A nivel nacional: Artículo 22 de la Ley de Seguridad Interior (número 24.059), decreto 637/03; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley de Seguridad Pública (número 2894), artículos 26, 27, 28 con referencia al “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (adoptado por la resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU).

24. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª edición, 1991, p. 397, N°41 y siguientes, citado en Béguelin, op. cit., p. 34.

25. Seelmann, “Grezen privater Nothilfe”, en *ZStW* 89 (1977), p. 36 y siguientes, citado en Béguelin, op. cit., p. 35.

El funcionario policial se vale del uso de la fuerza constantemente para protegerse a sí mismo y a terceros. En muchos de estos casos nos encontramos con que el efectivo policial repele una supuesta agresión física y/o armada actual, finalizando con la vida del atacante.

No debe perderse de vista que se trata de funcionarios que se encuentran especialmente capacitados para el empleo de armas de fuego, razón por la cual el análisis para constatar la existencia de un supuesto de legítima defensa debe realizarse de manera estricta. En ese sentido, los tribunales regionales de protección de los derechos humanos entienden que “una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado debe iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”.²⁶

En el mismo sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos,²⁷ el cual señaló que

[...] La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, *la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona*.²⁸

Es dentro de este marco que creemos que resulta necesario interpretar el instituto de la legítima defensa del funcionario policial. En tal sentido, no

26. Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. N°150, párrs. 79 y 80; Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C. N°166, párr. 88; Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 101; ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*. Judgment of 25 April 2006. Application N°19807/92, párrs. 88-89; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*. Judgment of 22 November 2005. Application N°38595/97, párrs. 122-123; ECHR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria* [GC]. Judgment of 6 July 2005. Application Nos. 43577/98 and 43579/98, párrs. 111-112.

27. Encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22.

28. CDH, Observación General N°6, Derecho a la vida (artículo 6), 16° período de sesiones (1982), párr. 3.

debe perderse de vista lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la que remarcó que la

[...] lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción.²⁹

Asimismo, Argentina ha incorporado a su derecho interno el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979).³⁰ A través del decreto 637/03 se dispone que se difunda e implemente el “Código de conducta” en la Policía Federal, en la Gendarmería Nacional, en la Prefectura Naval y en el Servicio Penitenciario Federal.³¹ Además, insta a los gobernadores a hacer lo mismo con las fuerzas de seguridad provincial.³²

Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires a través de la Ley de Seguridad Pública 2.984 en su artículo 27 establece que los funcionarios policiales deberán actuar conforme al código de conducta y a los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*³³ que exigen la proporcionalidad en el uso de la fuerza.³⁴

29. Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 1, párr. 96.

30. El artículo 22º de la Ley 24.059 de Seguridad Interior dispuso su incorporación a los reglamentos internos de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad.

31. Decreto Nacional 637/2003, 19 de marzo de 2003, Boletín Oficial, 20 de marzo de 2003. Artículo 1.

32. Ídem. Artículo 2.

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

34. Ley de Seguridad Pública, sancionada el 28 de octubre de 2008. Publicación BOCBA N°3063 del 24/11/2008.

i) El derecho internacional de los derechos humanos

En el análisis del uso de la fuerza por parte de los funcionarios de las fuerzas de seguridad deben tomarse en consideración tanto el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,³⁵ como las interpretaciones realizadas por los órganos encargados de monitorear su cumplimiento, en especial la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁶ Asimismo, no debe olvidarse que el poder judicial se encuentra obligado a ejercer un examen respecto de la conformidad del derecho local con el de la Convención Americana de Derechos Humanos a través del denominado Control de Convencionalidad.³⁷

Así es como consideramos que en la regulación del uso de la fuerza se encuentran en juego derechos tales como la vida, la integridad persona, libertad y seguridad de la persona, libertad de expresión y de asociación y reconocimiento de la personalidad jurídica, todos ellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de

35. Cuentan con jerarquía constitucional los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Posteriormente, se le dio esa misma jerarquía a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

36. CSJN, *Arancibia Clavel s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y otros*, 24 de agosto de 2004, consid. 60; Mónica Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 149.

37. Ver Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C. N°154, párr. 124.

Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. También son derechos que se encuentran consagrados en otros tratados de derechos humanos ratificados por el estado argentino que no cuentan con jerarquía constitucional, tales como la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

ii) Los principios sobre uso de la fuerza

El *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*³⁸ dispone en su Artículo 3º que “podrá usarse la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas”. Este Código restringe el uso de la fuerza a “cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas”.³⁹ Y además, dice el comentario al artículo 3: “En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr”.⁴⁰ Además, establece en el principio 22º que los gobiernos y autoridades responsables de hacer cumplir la ley “asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial”.

Por su parte, en la novena disposición especial de los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios*

38. El artículo 22º de la Ley 24.059 de Seguridad Interior dispuso su incorporación a los reglamentos internos de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad.

39. Artículo 3 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

40. Comentario b) del artículo 3 del Código de conducta, op. cit.

encargados de hacer cumplir la ley (en adelante, los Principios) se señala que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que representare ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

Asimismo, la disposición quinta de los Principios establece: “Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c) Procederán de modo que se presenten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;

d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectada”.

iii) *La interrelación entre las normas de derechos humanos y los principios sobre uso de la fuerza: los estándares fijados por la CIDH y por la Corte IDH* En cuanto a la interpretación de estos principios, se debe tomar en cuenta lo señalado por los órganos de control de tratados que han esclarecido el alcance de las normas que regulan el uso racional de la fuerza y de las armas de fuego.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 31 de diciembre de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) publicó el informe *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, considerado referencia obligada al momento de contrastar el accionar de las fuerzas de seguridad con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En dicho informe señaló que “el

uso de armas de fuego es una medida extrema, y que las mismas no deben utilizarse excepto en aquellas oportunidades en que las fuerzas policiales no puedan reducir o detener a quienes amenazan la vida o la integridad personal de terceras personas o de efectivos policiales utilizando medios no letales”.⁴¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de los estándares sobre uso de la fuerza, aunque no ha hecho una clara diferenciación entre aquellos supuestos en que está en juego la actuación de fuerzas de seguridad y aquellos otros en que intervienen las fuerzas armadas.⁴² Así, en el caso *Retén de Catia vs. Venezuela* vinculado con el accionar de las fuerzas de seguridad y fuerzas del ejército que ingresaron a un penal de Venezuela y abrieron fuego contra los internos, terminando con la vida de 37 personas, el tribunal se pronunció sobre los alcances del derecho a la vida y a la integridad física en relación con el uso de la fuerza por parte de las fuerzas policiales. Destacó que “en el desarrollo de un evento de despliegue de la autoridad, los agentes estatales, en la medida de lo posible, deben realizar una evaluación de la situación y un plan de acción previo a su intervención”.⁴³

En este sentido dijo que el derecho a la vida comprende “el deber de los Estados de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo”.⁴⁴ En tanto que el artículo 4 en relación con el artículo 1.1 “presupone

41. CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. 31 de diciembre de 2009. Párr. 118.

42. Esta distinción resulta relevante para la República Argentina dado que se encuentra prevista la distinción de la seguridad interior (destinada a la prevención del delito) y la seguridad exterior (prevista para supuestos de ataque externo). Así es como deberá efectuarse un análisis caso por caso para verificar la aplicabilidad de los estándares establecidos por la Corte IDH de manera genérica.

43. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 67.

44. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 64.

que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente”.⁴⁵ Concretamente refiriéndose a la labor policial la Corte sostuvo que:

De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.⁴⁶

Asimismo la Corte IDH entiende que:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la *excepcionalidad*, y debe ser planeado y *limitado proporcionalmente* por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que *sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control*⁴⁷ (énfasis añadido).

En relación al uso de la fuerza letal y de armas de fuego, la Corte IDH expresa que:

[...] debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria.⁴⁸

En lo que no deja de ser una decisión que refuerza los estándares internacionales sobre uso de la fuerza, la Corte IDH incorpora lo dispuesto por

45. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 65.

46. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 66.

47. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 67.

48. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 68.

los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, en especial mencionando el principio N°9 que refiere al carácter restrictivo del uso de armas de fuego, al que cita textualmente.⁴⁹

En base a este marco normativo es que la Corte IDH concluye en que el Estado había violado el derecho a la vida de las 37 personas que resultaron víctimas del accionar de las fuerzas policiales de Venezuela que no actuaron de manera proporcional a la amenaza sufrida ni fue estrictamente necesaria para mantener el orden en el centro penitenciario.⁵⁰ Otro de los casos de la Corte IDH sobre uso de la fuerza es *Zambrano Vélez y Otros c. Ecuador*. Allí el Tribunal tuvo que pronunciarse respecto de la ejecución extrajudicial de tres personas en el marco de un operativo llevado adelante por las fuerzas militares y de seguridad de Ecuador. Los jueces sostuvieron que los principios que deben regir el uso de la fuerza son la excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad, remitiéndose a lo expresado en el caso *Retén de Catia* y a lo dispuesto en los principios y en el código.⁵¹

Uno de los pasajes que deben ser destacados es el siguiente:

[...] En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una *amenaza inminente de muerte o lesión grave* y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras⁵² (énfasis añadido).

49. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 68. El principio N°9 establece que las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de “defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

50. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 74.

51. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C. N°166, párr. 83.

52. *Ibíd.*, párr. 85.

En el caso *Nadege Dorzema c. República Dominicana* se analizó la presunta violación del derecho a la vida de las personas asesinadas por fuerzas policiales. La Corte IDH innovó en el análisis de este tipo de casos y diferenció las acciones que le son requeridas al Estado en preventivas, concomitantes y posteriores.

Así, en relación con el primer conjunto de acciones requeridas momento en el uso de la fuerza, la Corte IDH las divide en tres: 1) una legislación que regule el uso de la fuerza y que incorpore lo dispuesto en los Principios sobre uso de la Fuerza y el Código de Conducta; 2) adoptar las medidas necesarias para dotar a su personal de seguridad de “distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte”;⁵³ 3) capacitar a su personal sobre las normas que regulan el uso de armas de fuego para que tengan elementos que le brinden elementos de juicio sobre su uso.⁵⁴

En relación con el momento concomitante la Corte IDH condensó los principios que deben guiar el uso de la fuerza por parte de los agentes estatales: legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.⁵⁵ Luego de referir que la “legalidad” implica que el uso de la fuerza esté regulado por ley, continúa con el principio “absoluta necesidad”; la Corte refiere a que se debe “verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”.⁵⁶ Con “proporcionalidad” la Corte refiere a que “*el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido*”. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de

53. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 80.

54. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 81.

55. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 85.

56. *Ibíd.*, párr. 85.

parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda”.⁵⁷

En cuanto al momento posterior en el que se efectúa el uso de la fuerza, los Estados tienen el deber de investigar casos en los que están involucrados efectivos de las fuerzas de seguridad que hacen un uso letal de sus armas de fuego.⁵⁸ Ello ha sido establecido por la Corte IDH, y se deriva de los artículos 4 y 5 en relación con los artículos 8, 25 y 1.1 de la CADH. Posteriormente se examinará en detalle esta situación.

Otro de los casos de la Corte que nutren la jurisprudencia sobre el tema en análisis, es *Hermanos Landaeta Mejía y otros c. Venezuela*. El caso es acerca de la ejecución extrajudicial de dos niños de 17 y 18 años a manos del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado de Aragua. Uno de ellos fue ejecutado de dos disparos por personal vestido de civil que realizaba tareas de inteligencia. La Corte IDH vuelve a mencionar los tres tipos de acciones referidas al accionar policial, destacando que las medidas preventivas también resultan aplicables a las actividades de inteligencia.⁵⁹ También explicita el alcance del principio de proporcionalidad de una manera más detallada, al establecer que “debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias: la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. Además, este principio exige que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley busque en toda circunstancia reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona, así como utilizar el nivel de fuerza más bajo necesario para alcanzar el objetivo legal buscado”.⁶⁰

Lo interesante del caso es que la Corte tiene por dado que existió un enfrentamiento armado entre las fuerzas de seguridad y el sospechoso, pero considera que, en virtud del resultado de la autopsia que determinó que una de las víctimas había recibido disparos en la espalda baja y en el puente nasal de la frente, la actuación de los funcionarios no se adecuó a los principios

57. *Ibíd*, párr. 85.

58. *Ibíd*, párr. 100.

59. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 126.

60. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 136.

sobre uso de la fuerza.⁶¹ No fue óbice para llegar a esa consideración el hecho de que se hubieran dado la voz de alto y se hubieran efectuado disparos al aire.⁶²

Finalmente, en el caso *Tarazona Arrieta y otros c. Perú* la Corte IDH se pronunció en un caso en que un miembro de las fuerzas armadas disparó accidentalmente contra dos civiles en el marco de un control de tránsito, finalizando con la vida de aquellos. En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre el deber del estado de adoptar medidas para regular el uso de la fuerza, destacando que, al momento de los hechos, en Perú “la normatividad interna sobre el uso de la fuerza por agentes estatales no contaba con disposiciones sobre precaución y prevención, ni tampoco sobre asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas”.⁶³ Para finalizar, en el informe de “Entender la labor policial” de Amnesty International se dan ciertas pautas para evaluar cuándo el uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales es acorde a estándares de derechos humanos y para ello hace especial hincapié en cómo instrumentarlos en relación con la capacitación policial. En primer lugar, debe ser proporcional al objetivo que se pretende conseguir y a la gravedad del delito⁶⁴. En este sentido, se debe priorizar y hacer especial énfasis en la solución pacífica de controversias y en medios técnicos que no sean letales como primera aproximación al conflicto.

En segundo lugar, dicho informe contempla como requisito la legitimidad del uso de la fuerza en tanto y en cuanto el funcionario se atiene a la legislación nacional y a las reglamentaciones policiales, que a su vez deben contener directrices claras que “especifiquen las circunstancias en que los agentes de policía estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; aseguren que las armas de fuego se utilizan solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; reglamenten el control, almacenamiento

61. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 137.

62. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 138.

63. Corte IDH, *Tarazona Arrieta y otros c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 167.

64. Osse, Anneke, *Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2006, p. 126.

y despliegue de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los agentes responden de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios policiales recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.”⁶⁵

En tercer lugar, el funcionario debe rendir cuentas, es decir se deberán instaurar mecanismos y procedimientos adecuados para la presentación de informes y revisión de cualquier incidente que involucre el uso de armas de fuego.⁶⁶

Por último, debe primar un requisito de necesidad, es decir que el uso de la fuerza debe ser una medida excepcional y de *ultima ratio*.⁶⁷

5. Legítima defensa de las fuerzas de seguridad: análisis de la doctrina dominante y de la jurisprudencia

Mientras que en Alemania no es tan claro que la proporcionalidad sea un requisito en el uso de la fuerza del funcionario policial,⁶⁸ los autores y la jurisprudencia argentina son más receptivos a diferenciar los requisitos de la legítima defensa por parte de un civil y de un policía. Por ejemplo, Zaffaroni realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial. Así es como remarca que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros. En este sentido, el curso de acción que surge de ese deber debe interpretarse de manera estricta, considerando que se trata de un funcionario que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego. Así es como Zaffaroni indica que “dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos

65. *Entender la labor policial...*, p. 127.

66. Ídem.

67. *Entender la labor policial...*, p. 128.

68. Ver por ejemplo el trabajo de Beguelin, op. cit.

para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”.⁶⁹ Por su parte, Omar Palermo, en su análisis exegético sobre la legítima defensa, dice que la actuación de la autoridad policial no se encontraría abarcada por el permiso de la legítima defensa pues tiene sus propias reglas y aboga por la utilización proporcional de la fuerza.⁷⁰

En cuanto a la jurisprudencia, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal debió pronunciarse sobre la existencia de la legítima defensa alegada por un efectivo de la Policía Federal Argentina.⁷¹ Según las constancias de la causa Lezcano, éste había disparado ocho veces, matando a un joven de apellido Carballo de 5 impactos (4 le ingresan por la espalda) el cual intentaba robarle junto a otro sujeto. En la causa se debatió si el accionar de Lezcano estaba amparado por el art. 34.6 del CPN en base a la prueba producida (una declaración testimonial, un plano del lugar, informes médicos de autopsia e histopatológico). La Cámara consideró que la decisión del a quo, que sostuvo que “se encuentra plenamente acreditado que Diego Lezcano con conocimiento y voluntad disparó su arma reglamentaria en ocho oportunidades contra quien en vida fuera Hernán Humberto Carballo, provocando su muerte al impactar cinco proyectiles –cuatro de ellos por la espalda–, cuando éste, luego de desapoderarlo de su teléfono celular, había emprendido su huida al sospechar que era un policía”, había sido razonable y suficientemente motivada.

Respecto a la discusión sobre la legítima defensa, el Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza resolvió que: “Existe falta de proporción en el medio empleado requerido para configurar legítima defensa, en la conducta del policía imputado que disparó contra un delincuente provocándole la muerte, luego de que quedara reducido en el patio de una casa, ya que de haber empleado una acción menos letal, tal como disparar al aire y tener en

69. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 616. En una aclaración no menor, el autor resalta que “el dato cierto del homicidio policial en toda la región exige el acento en esta exigencia de valoración profesional de la violencia necesaria” (p. 616).

70. Omar Palermo, *La legítima defensa, una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 415-420.

71. Causa N° 16.079 –Sala IV– C.F.C.P - “Lezcano, Diego Hernán s/ recurso de casación”.

cuenta la calidad de tirador inexperto y neófito de la víctima, el resultado mortal, tal vez no se hubiese producido”.

Esta postura se puede tomar como una muestra del desconocimiento de la normativa que rige el accionar policial. En efecto, el medio menos lesivo que el Tribunal menciona –efectuar disparos al aire– constituye lo que técnicamente se denomina “disparos intimidatorios” los que reglamentariamente se encuentran prohibidos según el Reglamento General de Armas y Tiro de la PFA (R.G.P.F.A. N°8).

Debe tenerse en cuenta que la calidad de funcionario policial se tiene en cuenta al momento de graduar la pena. Así es como recientemente se sostuvo que en la determinación de la pena contra un policía que había dado muerte a una persona se debía tomar en cuenta que este no había ejercido la debida diligencia para determinar si se encontraba en una situación de peligro inminente que lo autorizara a utilizar su arma reglamentaria así como también había procedido a disparar sin apuntar.⁷² Otros elementos que se toman en cuenta como agravantes son “la nocturnidad en el momento del hecho, el empleo por parte del oficial de un arma particular y no la provista por la repartición en el evento, su condición de tirador experto y la superioridad numérica de oficiales en el lugar del hecho”.⁷³

El Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza decidió que un Sargento ayudante de la policía bonaerense no había actuado dentro de los límites de la legítima defensa.⁷⁴ El caso se relacionaba con el robo a un comercio efectuado por tres asaltantes, uno de los cuales, de apellido Osuna, emprendió la fuga y finalizó prácticamente encerrado en un patio de escasas dimensiones y con pocas posibilidades de huida, encontrándose rodeado por 4 funcionarios policiales, que portaban sus armas reglamentarias de alto calibre, en la ubicación privilegiada que les brindaba la terraza de una de las casas lindantes, y siendo superado en número. El joven recibió disparos de los efectivos pero solo se identificaron los disparos realizados por uno de los efectivos

72. Causa N° 12.156 – Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación”, 30/09/2013.

73. Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza, Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.), 30 de septiembre de 2011.

74. *Ibid.*

que impactaron en cuello, cabeza y mentón del joven. Por la dinámica de los proyectiles concluyeron que el cuerpo de Osuna no se encontraba de frente al de su tirador. En vista de los hechos el Tribunal concluyó: “La conducta del oficial que luego de perseguir a un delincuente le disparó provocándole la muerte, no encuadra en el supuesto de legítima defensa, ya que no se acreditó que este último intentara agredir al acusado dado que quedó encerrado en el patio de una casa en el que no poseía ángulo idóneo que permitiera establecer una relación de perpendicularidad entre su posición y el encarado que se encontraba en la terraza de la vivienda, y por el contrario éste siempre ocupó una mejor ubicación y cualquiera que fuera el arma que portara el occiso no resultó eficaz para configurar una agresión legítima”.⁷⁵ Al considerar que la conducta del efectivo no encuadraba dentro de la legítima defensa el Tribunal de La Matanza concluyó que “el oficial de policía que disparó a un delincuente provocándole la muerte debe responder por el delito de homicidio simple a título de dolo eventual por cuanto, al colocarse deliberadamente en una posición de tiro privilegiada de arriba hacia abajo, en su condición de eximio percutor y al amparo de un corte de luz ordenado por las fuerzas de seguridad, efectuó disparos en torno de la víctima, pudo representarse como posible y actual que el destinatario de aquellos podía perder la vida”.⁷⁶

En otro caso se analizó la alegación del efectivo policial que adujo haber actuado en legítima defensa al terminar con la vida de una persona que huiera de su domicilio al ser allanado.⁷⁷ El fallo sobresale porque realiza un

75. *Ibíd.*

76. Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza, Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.), 30 de septiembre de 2011.

77. Se tuvo por acreditado que: “El 24 de junio de 2011, siendo las 17.30 horas, sobre calle 9 casi Avenida Chávez de la ciudad de Balcarce, W. B. A. C., Oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quien circulaba en la parte trasera derecha del vehículo policial no identificable Volkswagen Gol, dominio HPF-770, junto a otros tres funcionarios policiales, utilizando su arma reglamentaria, una pistola calibre 9 mm., marca Bersa Thunder, N° 13-735737, que portaba legítimamente con 17 cartuchos del mismo calibre, uno en recámara, participando de un procedimiento carente de rigor operativo y técnico y tras dar alcance al menor F. T., de 17 años de edad, quien conducía un Peugeot 505, color blanco, dominio WET-538, junto al Chevrolet Corsa no identificable, propiedad del Teniente Cristian F. (quien también circulaba con otros tres efectivos policiales), con el

análisis pormenorizado del operativo policial que terminó con una víctima fatal. El Tribunal sostuvo que al damnificado “no había por qué pararlo vehicularmente; ninguno, absolutamente ninguno de los policías esbozó siquiera algún riesgo que emergiera de la acción de [el damnificado], ni siquiera en lo referente al tránsito. Definitivamente, [el damnificado] no representó ningún peligro en ningún sentido posible”. [...] Por último, como ha quedado totalmente demostrado durante el debate, tampoco fue respetado el criterio de una advertencia (“voz de alto”) que otorgara a [el damnificado] “tiempo suficiente como para que se tome en cuenta” dicho requerimiento, tal lo exigido por el art. 13 inc. “g” de la ley 13.482, toda vez que la implementación de tal medida precautoria no habría puesto “indebidamente en peligro al funcionario policial”, ni creado “un riesgo cierto para la vida de otras personas”, ni resultado “evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso”. Por este motivo es que concluyó en que el operativo policial que finalizó con la muerte de la víctima no se había adecuado a las prescripciones legales de una legítima defensa.⁷⁸

Se ha sostenido que la legítima defensa también procede contra el acompañante del agresor, aun cuando aquel no efectúe agresión alguna. Así se entendió que “[...] Quien por la fuerza de los hechos queda en la situación de ‘acompañante del agresor ilegítimo’ –como alega la actora–, tiene, al menos en un caso como el presente, en que ello resultaba factible, la carga de hacer conocer su calidad de tercero frente a la víctima. Caso contrario, los daños que resulten del acto de defensa caen bajo la esfera de su propio ámbito de responsabilidad, y tiene el deber de soportarlos cuando no se ha

fin de ejecutar un ‘corte’ por la presunta compra o adquisición de material estupefaciente, pretendió intimidarlo exhibiéndole su arma de fuego tipo pistola, a la vez que, ya sin ningún tipo de vía de escape posible, dado que la calle 9 se hallaba obstaculizada por un camión que aguardaba para cruzar la Avenida Chávez, ambos vehículos rodearon a la víctima, sin que ésta tuviera oportunidad ni tiempo de reconocer la advertencia policial, previo colisionar con el Volkswagen Gol que se interpuso levemente en su camino, continuó su marcha unos pocos metros, momento en el cual C. le efectuó un disparo con el arma de fuego referida por la espalda, con finalidad homicida, ingresando el proyectil de izquierda a derecha, ligeramente hacia arriba, penetrando en la axila derecha e impactando en el tercio superior del húmero, lado derecho”.

78. Tribunal Oral en lo Criminal N°1 de Mar del Plata, W. B. A. C. s/ Homicidio simple (CP 79), 14 de junio de 2013.

comprobado que dicho acto haya sido llevado a cabo en forma imprudente o negligente ni, muchos menos, dolosa”.⁷⁹

5. Conclusión

El policía es un funcionario estatal y dado su rol específico y su entrenamiento previo, no puede ser considerado como cualquier ciudadano al momento de analizar su actuación en legítima defensa. En este sentido, debe cumplir con las exigencias de los compromisos del Estado argentino en materia de derechos humanos. Sin duda ello contribuirá a determinar con mayor precisión las responsabilidades de las fuerzas de seguridad al momento de emplear un arma de fuego, lo que redundará en un accionar más diligente por parte de aquellas, evitará que se consagre la impunidad de los efectivos que no emplean su armas de acuerdo a los estándares vigentes y asegurará que los familiares de las víctimas de estos hechos puedan obtener justicia.

En este sentido, avalar el estándar del uso proporcional de la fuerza por parte del funcionario policial implica una doble tarea. Por un lado, los magistrados deben compatibilizar las normas propias del derecho penal con las del derecho internacional de los derechos humanos al momento de analizar la actuación de las fuerzas de seguridad. Pero por otro, es menester que durante la etapa de capacitación y formación de los funcionarios policiales se haga especial hincapié en el requisito de la proporcionalidad. Algo no menor si queremos funcionarios comprometidos con un uso no abusivo de la fuerza que se enmarque dentro de las exigencias de derechos humanos.

Bibliografía

- Anneke, Osse: *Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2006.
- Beguelin, José R.: “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia S. (dirección),

79. CSJN, “Scheffer, Ana T. c. Estado nacional y otro”, 24/08/2000, La Ley, 2001-A, 449 - DJ, 2001-2, 229, Cita Online: AR/JUR/2341/2000, consid. 11.

- Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos (5)*, Ed. Hammurabi, 2012.
- D'Alessio, Andrés J.: *Código penal, comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Donna, Edgardo: *Teoría del delito y de la pena*, T. II, Buenos Aires, 1995.
- Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998.
- Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1970.
- Frister, H.: *Derecho Penal. Parte General*, 4^a ed. (Trad. Sancinetti, M. A.; Galli, M. de las M.), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011.
- Jakobs, Strafrecht: *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2^a edición, 1991.
- Palermo, Omar: *La legítima defensa, una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Righi, Esteban: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 278.
- Zaffaroni, Eugenio R.: *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.