

Editorial

¿Legítima defensa de autoridades de policía en la protesta social?

Colombia enfrenta una crisis que irradia diferentes ámbitos, entre otros: la salud, el trabajo, la economía y la seguridad. Frente a esta situación ¿puede el Derecho penal ofrecer alguna solución? La respuesta es, no. Como ha dicho Zaffaroni: “El poder punitivo puede resolver muy pocas cosas, no sé si puede alguna cosa. Tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más”¹.

Entonces, una revista cuyo objeto es el Derecho penal ¿qué puede aportar frente a la actual coyuntura de Colombia? El aporte, como se dijo, no es la solución a los problemas; lo que sí podrá hacer, más bien lo que podemos esperar que haga, es entre otras limitar o contener el ejercicio de la violencia; conducir el ejercicio del poder del Estado acercándolo al Estado de Derecho, como vía para lograr la pacífica solución de los conflictos y diferencias.

En el marco de la crisis que actualmente se vive Colombia, no deja de recurrirse a la legítima defensa como solución o justificación al ejercicio del poder o de la violencia, sea esta pública o privada. Por ello, lo que puede aportar el Derecho penal, y la ciencia que lo estudia, es evaluar el ejercicio del poder y determinar si éste es o no legítimo a la luz del Estado de Derecho y la normatividad penal. Por esto, cabe preguntar si es evidente que en medio de la protesta social, la respuesta de los miembros o agentes de policía puede justificarse por vía de la legítima defensa. La respuesta a lo anterior no es ni mucho menos evidente. No resulta pacífica la respuesta que el ejercicio de poder por parte de los agentes de la policía puede, en su caso, legitimarse recurriendo a la legítima defensa, prevista en la legislación penal colombiana en el art. 32.6 (Ley 599 de 2000).

Si se revisa la discusión en Alemania, se alcanza a ver que las opiniones se encuentran divididas. Sirva de ejemplo la afirmación de Roxin: “Es sumamente

1 ZAFFARONI, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. Publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, n° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.

discutida la cuestión de si y en su caso hasta qué punto los agentes de la autoridad (sobre todo policías) pueden invocar en el ejercicio de su cargo el precepto del § 32 sobre legítima defensa propia o ajena². Siguiendo la exposición de Roxin, se observan cuatro respuestas diferentes a esta cuestión: quienes defienden que los agentes de policía no pueden ampararse en su actuación en la legítima defensa, como lo afirma, entre otros, Jakobs³. Por otra parte, que al amparo de la causal de legítima defensa sólo puede actuar el agente de policía cuando defiende un derecho propio, pero no de terceros. Que la legítima defensa podrá justificar las consecuencias penales de la actuación de los miembros de la policía, más no el injusto administrativo o de policía en que éstos puedan incurrir. Finalmente, la tesis que sostiene que los agentes de policía pueden ampararse la justificante de legítima defensa: “Por ello, coincidiendo con la opinión predominante en Derecho penal, hay que partir de la base de que el policía, como complemento de las regulaciones de las leyes policiales, puede sencillamente invocar el § 32 en el ejercicio de la legítima defensa propia y ajena⁴”.

Es llamativo, por otra parte, que sin perjuicio de la regulación de la legítima defensa prevista en el art. 52 del Código penal italiano, se encuentra otro artículo, en su caso el 53, donde se establece la ausencia de responsabilidad del agente público que en ejercicio de su cargo hace uso de armas o de otro medio de coacción “...por necesidad de rechazar la violencia o vencer la resistencia a la autoridad...”; texto este sobre el que se presenta un debate en la doctrina italiana, como lo ponen de manifiesto Fiandaca y Musco⁵.

En España, explica Luzón Peña, tampoco es pacífica la cuestión, pues no es unánime la opinión de la posibilidad que tiene los miembros de la fuerza pública, en particular de la policía, de amparar su ejercicio en la legítima defensa⁶.

A la luz de nuestra doctrina las opiniones no parecen conducir a tesis unívocas.

2 CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*; Traducción de La 2a Ed. Alemana y Notas Por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (Madrid : Civitas, 1997). § 15, 89.

3 GÜNTHER. JAKOBS, *Derecho Penal : Parte General. Fundamentos y Teoría de La Imputación*, 2a edición (Madrid : Marcial Pons, 1997). 479.

4 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*; Traducción de La 2a Ed. Alemana y Notas Por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. § 15, 93.

5 ENZO, FIANDACA, GIOVANNI, MUSCO, *Diritto Penale : Parte Generale*, Cuarta edi (Bologna : Nicola Zanichelli, 2001).

6 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal : Parte General*, 3a edición (Valencia : Tirant lo Blanch, 2016).

Por ejemplo, Velásquez, al referirse al legítimo ejercicio de un cargo público, menciona como hipótesis, entre otras, la actuación de la policía cuando estos se ven obligados a disparar "...sobre los asaltantes bancarios cuando estos, al notar la presencia de la autoridad, abren fuego"⁷. No obstante, al analizar la legítima defensa, manifiesta que "...no faltan quienes pretenden excluir de ella a los enfermos mentales, a los menores y a los miembros de la policía y los organismos de seguridad"⁸. Fernández Carrasquilla, por su parte, afirma que la legítima defensa la pueden ejercer los agentes del Estado; sin embargo, señala que "... el asunto es si esto se puede todavía calificar como legítima defensa (...) o si se trata más bien del ejercicio de funciones públicas anexas al monopolio de la fuerza, del uso de armas bajo el marco de la ley, o de cualquier otra figura del derecho público"⁹.

Por lo que hace a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, no parece existir reproche alguno para que miembros o agentes de la policía puedan justificar su comportamiento vía legítima defensa¹⁰.

De conformidad con la regulación de la actuación de la policía en situaciones de protesta pública, el Decreto 003 de 2021¹¹ autoriza el uso de la fuerza por parte de la policía, manifestando que debe ser necesaria, proporcional y racional. A su vez, se establece que debe operar como "último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas, incluida la de ellos mismos" y "para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública". Finalmente, se establece que el uso de la fuerza se debe evitar en lo posible y, de no poder ser así, debe estar limitada "al mínimo necesario", de conformidad con lo establecido por los art. 10 numeral 11, y 166 de la Ley 1801 de 2016.

La Ley 1801 de 2016, en relación con el uso de la fuerza, establece que debe limitarse a los medios autorizados por la ley o reglamento y, además, deberán seleccionarse los más eficaces, de conformidad con el criterio según el cual "... causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes". Finalmente, la

7 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Primera ed (Bogotá, 2020). 488.

8 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. 491.

9 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Del Delito y de La Pena. Vol. I. El Delito: Visión Positiva y Negativa., Reimpresión* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012). 519

10 Así, sentencia de 15/05/2019, SP 1784-2019, rad, 42440. Sentencia de 4/03/2015, SP 2192-2015, rad, 38635.

11 Decreto 003 de 2021, "Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado estatuto de reacción, uso y Verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana".

reglamentación en materia de uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales por la Policía Nacional, contenida en la Resolución 02903 de 2017 expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, establece en sus artículos 7 y siguientes, que la misma deberá enmarcarse, entre otras directrices, en un criterio diferenciado, de conformidad con el "...nivel de resistencia del individuo, variando de acuerdo con las características de cada procedimiento, siendo necesario mantener la autoridad y el dinamismo en su acción por parte del funcionario de policía".

Adicionalmente, cabe considerar las normas de carácter internacional como son los "Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley"¹², donde se indica que el uso de la fuerza, y en particular de las armas, queda limitada a casos muy precisos, como es la protección de la vida o la integridad personal¹³.

Lo dicho hasta el momento pone de presente que el ejercicio o uso de la fuerza por parte del Estado está limitado a casos muy particulares, especialmente cuando se trata del uso de armas. Y, en este último caso, para casos extremos y siempre que no exista un recurso eficaz menos lesivo. Por lo anterior, no es evidente, y por esto resulta polémico, amparar la actuación de los miembros de la policía bajo la justificante de legítima defensa, aun cuando la actuación de los agentes del Estado, particularmente de la policía, tenga como finalidad la protección propia o de terceros. Ello, como quiera que tal actuación, por las particularidades que derivan de la regulación al respecto, condiciona el uso de la fuerza a límites y principios más estrictos que aquellos que se presentan en la legítima defensa por parte de particulares. Sin perjuicio de un análisis más detenido del problema, puede afirmarse que la mayor limitación en el ejercicio de la fuerza y del uso de armas por parte de los agentes de policía, mayor limitación que la establecida para los particulares con ocasión de la legítima defensa, es adecuada. Lo anterior, y entre

12 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.

13 "Disposiciones especiales. 9. 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 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".

otras consideraciones, por la precisa regulación y limitación que se deriva de la reglamentación jurídica; además, dado que el poder del Estado y la actividad de los agentes de policía, está orientado al cumplimiento de un deber, como es la garantía del orden para el ejercicio de los derechos por parte de las personas.

Finalmente, el debate pone también en evidencia la poca capacidad de solución de los problemas sociales que tiene el Derecho penal, eso sí, el rendimiento que puede tener para buscar los límites y el curso bajo el cual, en el marco de un Estado de Derecho, debe ejercerse el poder y el control.