

ECHAVARRÍA RAMÍREZ, RICARDO, “La justificación de las acciones penalmente típicas de los agentes de policía. ¿Legítima defensa o cumplimiento de un deber?”, *Nuevo Foro Penal* 97, (2021).

La justificación de las acciones penalmente típicas de los agentes de policía. ¿Legítima defensa o cumplimiento de un deber?

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP1784-2019, rad. 42440, M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

The justification for the criminal actions of police officers. Self defense or the fulfilment of an obligation? Commentary on the sentence by the Supreme Court of Justice SP1784-2019

RICARDO ECHAVARRÍA RAMÍREZ¹

Introducción

El presente escrito tiene como propósito analizar la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 15/05/2019, SP1784-2019, rad. 42440, M.P.: Eugenio Fernández Carlier. En virtud del recurso de casación presentado por el defensor de AOF, se pronuncia la Corte en relación con la sentencia de la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar, mediante la cual se revoca la absolución dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Nacional, Zona Doce.

1 Profesor de Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Contacto: rechava2@eafit.edu.co

1. Hechos²

Los hechos de los que se ocupa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, son como sigue:

De acuerdo con el fallo de segunda instancia, en San José de Saco, municipio Juan Acosta (Atlántico), el 2 de mayo de 2005, cerca de las 4:30 p.m., el agente de la Policía Nacional AOF y otro compañero de esa institución llegaron en apoyo de dos homólogos que estaban tratando de controlar una alteración del orden público protagonizada por FOG, quien para ese momento se había refugiado en su casa y, cuando el arriba citado se hallaba en frente del inmueble, salió esgrimiendo un arma blanca (machete) dispuesto a agredirlo y a quien lo acompañaba en ese instante.

Pese a que los dos uniformados hicieron disparos de advertencia a FOG, éste persistía en la actitud hostil, y aun cuando la misma no representaba una amenaza actual o inminente para los agentes, AOF resolvió de nuevo accionar su arma de fuego de dotación contra aquél con la deliberada intención de herirlo en las piernas, pero el proyectil hizo blanco en la zona baja del abdomen del citado ciudadano, lesión que momentos después determinó su muerte por “anemia aguda debida a laceración aortica y de arteria hipogástrica”.

En el mismo procedimiento fue herido AJB con el proyectil del arma accionada por el agente RBZ, el cual hizo blanco en el piso y rebotó contra la pierna derecha de aquél, quien a consecuencia de la respectiva herida le fue diagnosticada una incapacidad médico legal definitiva de ocho días, sin secuelas”.

En la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Nacional, Zona Doce, se determinó que la conducta de AOF, típica de homicidio, quedaba justificaba por haber obrado en legítima defensa³. Con ocasión del recurso presentado por la parte civil, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar en segunda instancia revocó la absolución y, en consecuencia, declaró penalmente responsable a AOF por el delito de homicidio preterintencional, imponiendo una pena principal de seis (6) años y seis (6) meses de prisión, y una pena accesoria de “separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad”.

2 En la descripción de los hechos, que se toma de forma literal a como se presenta en la sentencia, se omiten los nombres de las personas involucradas. En su lugar se utilizan sólo iniciales.

3 En relación con las lesiones personales de las que fue víctima AJB, el juzgado de primera instancia declaró extinguida la acción penal y cesó procedimiento, puesto que no fue presentada la querrela en el tiempo establecido en la ley.

2. Demanda de casación y concepto de la Procuradora delegada.

El recurrente alega la violación directa de la ley sustancia, con fundamento en el art. 207 de la Ley 600 de 2000, por razón de la indebida aplicación de las normas correspondientes al delito de homicidio preterintencional y por la falta de aplicación de la justificante de legítima defensa. El cargo invocado por el recurrente es descrito por la Sala Penal en los siguientes términos:

“Enfatiza el censor que el ad-quem aceptó que la presencia del procesado en el lugar de los hechos obedeció al cumplimiento de sus funciones, debido a una riña que alteraba el orden público; que en ese sitio en efecto se encontraba una persona agresiva que no había podido ser controlada por otros dos compañeros que previamente habían atendido el caso; que esa persona entró a una casa y se proveyó de un arma corto punzante idónea para causar lesiones, con la que salió intempestivamente haciendo “lances” para agredir a su defendido; que éste hizo dos disparos de advertencia y como el agresor no desistió, accionó por tercera vez el arma de dotación, ocurriendo los resultados conocidos, los cuales, en su opinión, abastecen las condiciones necesarias para reconocer que su prohijado obró en legítima defensa, motivo por el que solicita casar el fallo recurrido y dejar vigente el de primera instancia”.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal solicita casar la sentencia. Como fundamento, manifiesta que posible reconocer a AOF un exceso en la legítima defensa. En este sentido, indica la Corte Suprema de Justicia, en referencia con la posición de la Procuradora, lo siguiente:

La Delegada de la Procuraduría expresó no compartir la calificación jurídica hecha por el Tribunal Superior Militar acerca del delito de homicidio preterintencional predicado, toda vez que los hechos probados no se adecuan a las exigencias de esa modalidad de comportamiento, pues el procesado, como lo reconoció la segunda instancia, se encontraba cumpliendo sus funciones como miembro de la Fuerza Pública, y carecía de “intención dolosa de realizar una conducta típica que diera un resultado diferente al inicial, pues su actuar consistió en defenderse del occiso ante una agresión con arma blanca, tal acción defensiva fue la que extralimitó causándole la muerte a Faber Otero”.

Con base en lo anterior solicita casar la sentencia atacada, no en el sentido reclamado por el demandante, sino para reconocer que el acusado incurrió en el delito de homicidio por exceso en la legítima defensa, y con base en lo previsto en el parágrafo del artículo 34 de la ley 522 de 2000, se le imponga al enjuiciado la pena que en derecho corresponda.

3. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia.

El examen realizado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia está referido a dos asuntos. En primer término se pronuncia sobre la posibilidad de extinción de la acción penal, por virtud del posible cumplimiento del término de prescripción. A juicio de la Sala, y teniendo presente tanto el término de la pena prevista para el delito de homicidio preterintencional, como que sujeto tiene la condición de servidor público, la prescripción está lejos de cumplirse.

En segundo lugar se ocupa la Corte Suprema de Justicia del cargo propuesto, esto es, de la solicitud de reconocer que AOF actuó bajo el amparo de la causal de legítima defensa. En la sentencia, cabe advertirlo, no se excluye en momento alguno que los miembros de la Policía Nacional, como es el caso de AOF, puedan actuar amparados por la justificante de legítima defensa.

En el examen realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en punto a la solicitud de reconocimiento de la legítima defensa, se concluye que la justificante que invoca el recurrente no es posible reconocerla, como quiera que no se cumple con dos de los requisitos que permiten concederla, como es la existencia de una agresión injusta de la cual cabe defenderse y la necesidad de la realización de la acción defensiva. En este sentido, e invocando las consideraciones del ad-quem, afirma:

Las consideraciones atrás recapituladas no dejan duda de que a partir de los hechos expresamente declarados por el Tribunal la valoración jurídica de los respectivos supuestos lo llevaron a concluir acertadamente la ausencia de varios requisitos esenciales para reconocer la causal de exculpación deprecada por la defensa, a saber: la existencia de una agresión injusta actual o inminente, y la necesidad de reaccionar de la manera como lo hizo frente a FOG, pues disponía de otros medios idóneos a su alcance para controlarlo, atendida la situación de embriaguez del citado y la presencia de otros uniformados.

Dicho esto, recuerda la Corte Suprema de Justicia los requisitos para el reconocimiento de la justificante de legítima defensa, para lo cual recapitula una consolidada línea jurisprudencial a través de sentencias y de autos dictados en los últimos años. Con la descripción de los elementos o requisitos de la mencionada causa de justificación como telón de fondo, insiste nuevamente la Honorable Corte Suprema de Justicia en que dos de ellos no se logran acreditar en el caso, con fundamento en los hechos probados. Se refiere, como antes se indicó, a la existencia de una agresión y a la necesidad de la defensa⁴.

4 En este sentido, puede leerse el siguiente aparte de la sentencia: "Las referidas consideraciones, como es de objetiva constatación, no modifican en lo absoluto las antecedentes en las que el juzgador

4. Decisión.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, determina la Honorable Corte Suprema de Justicia que el cargo invocado no prospera y, en consecuencia, se mantiene firme la condena por homicidio preterintencional al agente AOF. Adicionalmente, se niega la justificante de legítima defensa. Así puede leerse en la parte resolutive:

NO CASAR, con base en el cargo formulado en nombre del procesado AOF y de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva, la decisión de condena emitida en la sentencia de segunda instancia en la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar, en el sentido de hallarlo autor penalmente responsable de homicidio preterintencional.

5. Comentarios a la sentencia.

La sentencia, más allá de las consideraciones que puedan realizarse en punto a los elementos de la justificante de legítima defensa, concretamente la existencia de una agresión injusta y la necesidad de la defensa, propone para el análisis el problema de la posibilidad que tienen los miembros activos de la Policía Nacional o, en general de las Fuerzas de Seguridad del Estado, de amparar su comportamiento a través de la justificante en mención. Es decir, ¿pueden ampararse los miembros o agentes de la policía en servicio en la justificante de legítima defensa? La respuesta, como se verá, no es evidente y tampoco pacífica. Ejemplo de esto es la discusión en Alemania, donde se alcanza a ver que las opiniones se encuentran divididas, como expone Roxin:

Es sumamente 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 ajena⁵.

Nuestra doctrina, cuando menos la que se ha venido ocupando del vigente C.P., no es especialmente persuasiva al momento de proponer una respuesta a este

de segundo grado, se reitera, descartó que el obrar de Faber Otero Gómez revistiera la condición de una agresión injusta actual o inminente, además que en las mismas valoraciones atrás transcritas, el ad-quem fue puntual en que ante el comportamiento agresivo que exteriorizaba el precitado, el aquí acusado se hallaba en condiciones de reaccionar de una manera diferente para controlarlo, es decir, que no había la necesidad de responder como lo hizo”.

5 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.

asunto. Esto, pues en ocasiones simplemente no menciona el problema, y cuando así lo hace, las respuestas son dubitativas en punto a la posibilidad de justificar la acción de los miembros de la Policía, bien por la vía de la legítima defensa o bien por cualquiera otra de las justificantes previstas en el art. 32 del C.P.

En la última edición de la obra "Fundamentos de derecho penal, parte general"⁶, Velásquez Velásquez al referirse a la actuación de los miembros de la fuerza pública, en particular de la policía, acepta que tanto pueden invocar como justificante la legítima defensa, como otra de las previstas en el art. 32 del C.P., en particular el estricto cumplimiento de un deber, la orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho o el legítimo ejercicio de un cargo. Así, en punto a la legítima defensa prevista en el numeral 6 del art. 32 C.P., el autor deja claro que los agentes de policía pueden invocarla. Esto, pues dando respuesta a un interrogante expresamente formulado en el texto, en el sentido de "¿Quién es el sujeto activo de la legítima defensa?", afirma:

En principio, toda persona humana –lo cual significa la exclusión de las jurídicas que, como ya se dijo, desde el punto de vista jurídico penal no obran– puede ejercer esta figura sin que importe su edad, su condición mental, etc., aunque no faltan quienes pretendan excluir de ella a los enfermos mentales, a los menores y a los miembros de la policía y los organismos de seguridad; sin embargo, de manera más precisa debe decirse que solo es sujeto activo quien realiza una conducta típica, tal como sucede con las demás causales, por lo cual no puede invocar esta eximente quien no realice conducta con relevancia penal, o quien actúe dentro de una causal de atipicidad⁷.

No obstante la afirmación anterior, en el análisis de las justificantes previstas en el art. 32 del C.P., se abren ciertas dudas sobre esta posición. Esto, pues Velásquez reconoce que las actuaciones de los agentes de la Policía Nacional pueden quedar justificadas por vía de una cualquiera de las causales previstas en los numerales 3 a 5 del art. 32 C.P. Al referirse concretamente al estricto cumplimiento de un deber legal, afirma que actúa a su amparo "el funcionario de policía que se introduce en el domicilio del delincuente sorprendido en flagrante delito, para evitar que escape de la persecución de la autoridad"⁸. Lo propio ocurre cuando se pronuncia sobre la justificante de cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, al decir

6 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4a edición (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021).

7 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 491 y 492.

8 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 471.

que “el agente de la autoridad que sorprende a un delincuente en flagrante delito, le captura en el acto y le pone a disposición del funcionario competente, obra en cumplimiento de un deber legal; en cambio, si el policía procede en cumplimiento de la orden de captura emitida por el juez de control de garantías con el lleno de las formalidades legales, actúa dentro de las previsiones del numeral 4.º del artículo 32.”⁹. Finalmente, y es este el ejemplo que resulta más interesante, afirma Velásquez al hilo de su explicación del legítimo ejercicio de un cargo público, que una hipótesis reconducible a esta causa de justificación se presenta, entre otras situaciones, cuando “...el policía se ve obligado a disparar sobre los asaltantes bancarios cuando estos, al notar la presencia de la autoridad, abren fuego, y resulta muerto uno de los delincuentes...”¹⁰.

Así las cosas, y a juzgar por este último ejemplo, un disparo de un agente de policía, en respuesta a uno previo de un asaltante que huye, puede justificarse vía legítimo ejercicio de un cargo público que, como se deriva del propio análisis de Velásquez Velásquez, bien puede reconducirse también a otras de las justificantes de los numerales 3 a 5 del art. 32 C.P., pero puede justificarse también por vía de la legítima defensa. Del texto de este autor puede concluirse, entonces, que es posible para los miembros de la Policía Nacional justificar su conducta vía legítima defensa, lo que responde el interrogante indicado al comienzo. Sin embargo, ese mismo agente también podría invocar la justificante de legítimo ejercicio de un cargo público y, con esta, la de estricto cumplimiento de un deber legal, cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, ejercicio de una actividad lícita o ejercicio legítimo de un derecho, lo que genera indeterminación en la respuesta que finalmente pueda otorgarse al problema.

Fernández Carrasquilla en su obra sobre la parte general del Derecho penal colombiano, tampoco conduce a conclusiones concluyentes sobre la cuestión objeto de análisis¹¹. El examen de las causas de justificación lo comienza Fernández Carrasquilla con la prevista en el numeral 6 del art. 32 C.P., esto es, la legítima defensa, sobre la que opina es “... la más importante de las causas de justificación”¹² y cuyo fundamento lo refiere a “... la conjunción de los principios jurídicos del interés preponderante y el (sic) prevalencia del Derecho constituye

9 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 475.

10 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 488.

11 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Del Delito y de La Pena. Vol. I. El Delito: Visión Positiva y Negativa*.

12 Fernández Carrasquilla, 505.

la *communis opinio*, que aquí se comparte, no sin evocar que la asume (sic) penalistas como ROXIN Y LUZÓN PEÑA¹³.

Al analizar uno de los elementos de la justificante, en concreto la existencia de una agresión como requisito de la legítima defensa, se pregunta el autor si los agentes del Estado también pueden ejercerla. La respuesta muestra tal nivel de ambigüedad que no permite llegar a una conclusión al respecto. Esto, pues el autor inicialmente reconoce la posibilidad de que la legítima defensa la pueden ejercer los agentes del Estado; sin embargo, justo después de tal afirmación, 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"¹⁴.

Ahora, si se observa el análisis que este autor realiza de las causas de justificación previstas en el art. 32 C.P., diferente de la legítima defensa, la indecisión no sólo subsiste, quizá incluso se profundiza. Así, Fernández Carrasquilla reconoce una cierta relación entre las justificantes del cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, como también entre las justificantes de cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, desempeño de funciones públicas o ejercicio de un cargo¹⁵.

Además de esta relación, llamémosla de cercanía, entre las diferentes casusas de justificación previstas en los numerales 3 a 5 del art. 32 C.P., el autor menciona en acápite independiente una que denomina "Uso de la fuerza pública", cuyo análisis sitúa antes del desempeño de un cargo o ejercicio de un cargo y después

13 Fernández Carrasquilla, 509. También la p. 510.

14 Fernández Carrasquilla. 519

15 "Y, de otra parte, como la obligatoriedad de una orden superior o de autoridad pública solo puede provenir de la ley, la obediencia jerárquica obligatoria se convierte en un caso especial de cumplimiento de un deber legal y deben entonces llenarse las exigencias generales de éste", Fernández Carrasquilla, 583. "Más difícil resulta precisar el campo de acción específico de esta causal, esto es, delinear situaciones de justificación por cumplimiento estricto de un deber legal que no encuadren en el ejercicio de un derecho, como el de corrección, ni en el desempeño de funciones públicas porque estas se encuentran previstas de modo separado como ejercicio de un cargo público, ni en el estado de necesidad defensivo o por colisión de deberes. El desempeño de cargos públicos entraña los deberes públicos por excelencia", FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 596. Incluso, el autor reconoce que el desempeño de un cargo público, reconocido como justificante en el numeral 5 del art. 32 C.P., debió ser vinculado en el numeral 3 del precitado art. 32 C.P. Así, afirma el autor: "En resumen, la causal de desempeño del cargo ha sido mal aglutinada por la ley en el numeral 5 y ha debido incluirse en el 3 (que, sin embargo, también es en el texto legal compatible con la susodicha atenuante)", 601.

del cumplimiento de un deber; no obstante, conforme la explicación ofrecida, no representa un ejemplo que derive de ninguna de las causas de justificación explícitamente reconocidas en el art. 32 C.P. En este punto menciona que las autoridades, en uso de la fuerza, pueden incluso recurrir al empleo de armas¹⁶. Es justamente al hilo de este acápite, denominado por Fernández Carrasquilla “Uso de la fuerza”, donde menciona nuevamente, como ya hiciera al estudiar la legítima defensa, situaciones en las que la actuación de los agentes de policía hace uso de la fuerza, en cuyo caso remite a la justificante de legítima defensa:

Para disolver desórdenes públicos, la policía no tiene por qué disparar contra la multitud, salvo en legítima defensa¹⁷.

Pero luego de tal afirmación el autor distingue entre ejercicio de fuerza defensiva y de fuerza preventiva, reconociendo que sólo en el primer caso, esto es, en situaciones de fuerza preventiva, es posible reconocer un caso de legítima defensa.

De otra parte, bien señala DE LA PAVA que hay que distinguir, frente al uso de la fuerza estatal como violencia contra personas o bienes jurídicos, si la fuerza pública ha sido atacada (caso en el cual aplica la fuerza defensiva) o no lo ha sido (supuesto en el cual el uso de la fuerza es preventivo y su necesidad debe calificarse del modo más estricto). Sólo que para nosotros el uso de la fuerza o de las armas de modo defensivo por la autoridad, es un caso de legítima defensa y no de ejercicio de un cargo, aunque el injusto ataque privado se inspire precisamente en la calidad pública u oficial del agredido¹⁸.

Conforme tal distinción, sobre la cual el autor no profundiza, queda entonces latente la indecisión en la justificante llamada a cubrir las situaciones en que se presente la actuación de los miembros de la policía. Esto es, si debe operar la legítima defensa o el ejercicio de un cargo o el cumplimiento de un deber, dada la íntima relación que el propio autor reconoce entre estas dos circunstancias justificantes.

En otras obras dedicadas al vigente Código penal, el tema que nos ocupa se deja prácticamente de lado. Es el caso, por ejemplo, del texto titulado *Lecciones de Derecho penal, parte general*, en cuya Lección 20, dedicada a las causales de

16 “Toda norma jurídica es coercible y en algunos momentos las autoridades deben usar de la fuerza para imponer su cumplimiento o impedir su violación. Se exige siempre y por todos que el uso de la fuerza estatal -que incluye el empleo prudente de las armas- sea necesario, esto es, adecuado al fin que en concreto se propone y racionalmente requerido para ello y proporcional (principios de racionalidad y proporcionalidad en la injerencia estatal en cualquier derecho fundamental)”, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 597.

17 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 598.

18 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 598.

exclusión de la antijuridicidad a cargo de William Monroy Victoria, no se hace mención alguna a este problema¹⁹. Algo similar se presenta en el texto de José María Peláez Mejía y Rosa Angélica Quintero Jaimes²⁰; y también en el texto de Diego Araque Moreno²¹.

La excepción que confirma la regla es el texto de Paula Andrea Ramírez Barbosa, Juan Carlos Ferré Olive y Miguel Ángel Núñez Paz, quienes consideran que la actividad de los agentes de Policía y miembros de la Fuerza Pública se puede amparar vía cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo, pero no vía legítima defensa.

en los casos de empleo de violencia por parte de las fuerzas de seguridad o policiales una agresión injusta no dará lugar a la legítima defensa sino al cumplimiento de un deber (art. 32.3 CP) o al ejercicio legítimo del cargo (art. 32.5 CP), salvo que el policía se encuentre fuera de servicio y actuando como un particular²².

Al referirse a las mencionadas causas de justificación, esto es, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un cargo, los autores manifiestan la íntima relación entre ellas, al punto de afirmar que entre estas existe un vínculo de unión tal que permite explicarlas de forma conjunta²³. Luego aseveran que el ejercicio de la fuerza por parte de miembros de seguridad del Estado queda referida, bien al cumplimiento de un deber legal, legítimo ejercicio de un cargo o, finalmente, a la obediencia debida.

19 AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, ed. Universidad Externado de Colombia, 2a Ed. (Bogotá, 2011).

20 JOSÉ MARÍA. PELÁEZ MEJÍA, ROSA ANGÉLICA. QUINTERO JAIMES, *Esquemas Del Delito Requisitos Para La Existencia de Una Conducta Punible*, 1a. Ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020). "title": "Esquemas del delito Requisitos para la existencia de una conducta punible", "type": "book"}, "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=e1d14132-6942-4504-a7e3-6e0212c2c988"}], "mendeley": {"formattedCitation": "José María. Peláez Mejía and Rosa Angélica. Quintero Jaimes, <i>Esquemas Del Delito Requisitos Para La Existencia de Una Conducta Punible</i>, 1a. Ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020

21 DIEGO ARAQUE MORENO, *Derecho Penal. Introducción y Fundamentos de Imputación de Responsabilidad Penal.*, 2a Ed. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018).

22 PAULA ANDREA. RAMÍREZ BARBOZA, JUAN CARLOS. FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ANGEL NÚÑEZ PAZ, *El Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, 1a Ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021),. 470.

23 "Es importante destacar la estrecha conexión (y difícil diferenciación) que existe entre el cumplimiento de un deber legal (art. 32.3 CP), una modalidad de este deber, como es la obediencia debida (art. 32.4 CP) y los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho, actividad lícita o cargo público (art. 32.5 CP), ya que su puesta en práctica puede también ser fruto de un deber legal. Esta situación nos llevará a tratar conjuntamente los supuestos genéricos (números 3º y 5º del art. 32 CP) reservando un tratamiento diferenciado para la obediencia debida (art. 32.4 CP)", RAMÍREZ BARBOZA, FERRÉ OLIVÉ, NÚÑEZ PAZ. 483, 484.

En este mismo sentido, afirman:

Encontramos un ámbito polémico en el empleo de violencia por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones. Estos casos podrán tratarse como cumplimiento de un deber legal (si está obligado a llevar a cabo la conducta penalmente tipificada), como ejercicio legítimo de un cargo (si tiene la posibilidad de llevar a cabo la conducta) o como obediencia debida (si se dan los requisitos de esta causa de justificación)²⁴.

Dicho esto, la posible aplicación de la legítima defensa queda reservada exclusivamente para casos en que los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado actúen como particulares y se encuentren fuera de servicio.

Esto supone que queda excluida la aplicación subsidiaria de la legítima defensa, salvo que se trate de funcionarios que reciben una agresión cuando se encuentran fuera de servicio, actuando como particulares²⁵.

Conforme con nuestra doctrina reciente, hasta lo que se alcanza, resulta sumamente problemática la cuestión objeto de análisis, al no ser posible encontrar respuestas terminantes, salvo quizá la expresada por Paula Andrea Ramírez Barbosa, Juan Carlos Ferre Olive, Miguel Ángel Núñez Paz.

En lo que toca con la Sala Penal de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, sólo encontramos un antecedente en la que se haya ocupado de la causal de legítima defensa, referida a la actuación de miembros de las Fuerzas de Seguridad²⁶. Se trata, además de la que se comenta, de la Sentencia de 29/06/2011, rad. 28143, M.P.: María del Rosario González de Lemos, cuyos hechos están referidos a la conducta típica realizada por un agente del Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.), en el marco de un operativo dispuesto por la Fiscalía General de la Nación²⁷. De esta última sentencia,

24 RAMÍREZ BARBOZA, FERRÉ OLIVÉ, NÚÑEZ PAZ, 486.

25 RAMÍREZ BARBOZA, FERRÉ OLIVÉ, NÚÑEZ PAZ, 487.

26 En relación con la conceptualización que de la legítima defensa realiza nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, ver la Sentencia de 15/05/2019, SP1784-2019, rad. 42440, M.P.: Eugenio Fernández Carlier, que, en este punto, sigue una consolidada línea jurisprudencial en relación con los elementos de la legítima defensa. Sobre este asunto, también los siguientes pronunciamientos: Sentencia de 26/06/2002, rad. 11679, M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia de 6/12/2012, rad. 32598, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. El Auto de 5/03/2014, AP1018-2014, rad. 43033, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Sentencia de 04/03/2015, SP2192-2015, rad. 38635, M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

27 Los hechos de la sentencia refieren un operativo dispuesto por la Dirección Nacional de Fiscalía y realizado por un "grupo mixto" de funcionarios del Ejército Nacional y la Fiscalía, encaminado al allanamiento de la vivienda de un muy importante miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia, cuya finalidad era la captura de miembros de esta organización. Es en ejecución de este operativo,

como también de la que ahora es objeto de análisis, se deriva como conclusión que no existe reparo alguno en reconocer la justificante de legítima defensa a miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Esto, como quiera que en punto alguno se niega esta posibilidad y, es más, en éstas de lo que se da cuenta es precisamente de lo contrario; esto es, de la posibilidad de que un agente de policía o del Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.), pueda justificar la realización de un comportamiento en la justificante de legítima defensa. Lo anterior se confirma, precisamente, por virtud de la negativa en ambos fallos de reconocer la justificante, atendiendo al incumplimiento de los requisitos de la misma, pero no a la imposibilidad que tales sujetos tienen de invocarla, en función de su condición de agente de la Policía o miembro del C.T.I.²⁸.

Como se ve, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia no ha propuesto reparo alguno a la posibilidad de reconocer la justificante de legítima defensa a un miembro de la Policía Nacional, cuando en el marco de su actuación ha realizado conductas penalmente típicas. Que finalmente no se haya reconocido la justificante, como es el caso de los hechos de que da cuenta la Sentencia de 15/05/2019, SP1784-2019, rad. 42440, M.P.: Eugenio Fernández Carlier, tiene antes que ver a la falta de satisfacción de los requisitos que la propia Corte Suprema de Justicia reconoce en la justificante, que en la imposibilidad de su aceptación por ser quien la alega un miembro de la Policía Nacional.

No sólo nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de casos en que el uso de la fuerza, realizada por miembros de la Policía Nacional, genera consecuencias lesivas para bienes jurídicos de terceros. Es pertinente, también, tomar en consideración el análisis del Consejo de Estado, en punto a reconocer o, cuando

que un agente del Cuerpo Técnico de Investigación acciona su arma de dotación produciendo la muerte de una persona que se encontraba en el inmueble.

28 “Las consideraciones atrás recapituladas no dejan duda de que a partir de los hechos expresamente declarados por el Tribunal la valoración jurídica de los respectivos supuestos lo llevaron a concluir acertadamente la ausencia de varios requisitos esenciales para reconocer la causal de exculpación deprecada por la defensa, a saber: la existencia de una agresión injusta actual o inminente, y la necesidad de reaccionar de la manera como lo hizo frente a Faber Otero Gómez, pues disponía de otros medios idóneos a su alcance para controlarlo, atendida la situación de embriaguez del citado y la presencia de otros uniformados”, Sentencia de 15/05/2019, SP1784-2019, rad. 42440, M.P.: Eugenio Fernández Carlier. También, “Así las cosas, pese a demostrarse algunos errores de valoración probatoria, la Corte no encuentra reunidos los requisitos legales para reconocer, en favor del procesado, como lo pretende la casacionista, la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa, contenida en el numeral 6º del artículo 32 del Código Penal, motivo por el cual deviene la improsperidad del cargo”, Sentencia de 29/06/2011, rad. 28143, M.P.: María del Rosario González de Lemos,

menos, debatir la posibilidad de aceptar de causas de justificación en situaciones de uso de la fuerza por parte de agentes de policía en el marco del servicio.

En este sentido, es oportuna la Sentencia de 17/03/2011, rad. 25000-23-25-000-2005-01043-01 (284-08), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que sanciona a un miembro de la Policía Nacional, por virtud de un disparo realizado a un vehículo que no detuvo su marcha al ser requerido en tal sentido, disparo que terminó ocasionando la muerte de uno de los ocupantes del carro. En este pronunciamiento la argumentación del Consejo de Estado oscila entre dos causas de justificación, esto es, la legítima defensa y el cumplimiento de un deber legal. Se considera en la Sentencia que el agente no podía disparar contra el vehículo en movimiento, pues tal proceder excede lo establecido en el Manual de procedimiento para registro de vehículos y personas.

El Manual ilustrado de procedimientos para registro de vehículos y personas, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, establece claramente que 'en caso de que un vehículo haga caso omiso a la señal de detenerse, NO se deben usar las armas de fuego por constituirse en el delito de disparo de arma de fuego contra vehículos. En tal caso, se utilizarán todos los medios posibles para alcanzarlo, o reportar a una unidad cercana para que nos ayude a interceptarlo' (cdno No. 2- aprobado por la resolución 1620 de 7 de marzo de 1980- resaltado fuera del texto). Dicho manual insiste en que nunca se debe hacer 'uso del arma de fuego para detener un vehículo, recuerde que este constituye un hecho punible tipificado en nuestro código penal como 'disparo contra vehículo'. Además recomienda que cuando 'se persigue a un vehículo se siente la tentación de disparar. A menos que los ocupantes del carro que huye, abran fuego, los perseguidores no deben hacerlo'. Por no estar habilitado el actor para disparar el arma de dotación, su conducta no puede estar encuadrada dentro de la justificante 'del estricto cumplimiento de un deber legal'. Como se sabe, el estricto cumplimiento de un deber legal es una permisión con la que se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por un agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico²⁹.

Dicho esto, es decir, habiendo señalado que el agente al momento de realizar el disparo no estaba amparado por el cumplimiento de un deber legal, niega también

29 Sentencia de 17/03/2011, rad. 25000-23-25-000-2005-01043-01 (284-08), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

el reconocimiento de la legítima defensa, oposición que viene determinada por el incumplimiento de los requisitos de la misma, pero no por la imposibilidad de ser invocada.

La doctrina ha precisado que entre la defensa y la agresión debe haber una unidad de acto, es decir, que la acción de protección debe ser inmediata consecuencia de la del ataque. Las agresiones pasadas no pueden originar defensa legítima, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia posterior termina siendo arbitraria. Para el actor surgió la agresión en el momento en que el vehículo en fuga desatendió la solicitud de “pare” y se abalanzó directamente hacia su humanidad. De llegar a aceptarse el último acontecimiento señalado por el demandante (arrollamiento inminente), el cual no está probado en el plenario, no se puede desconocer que éste accionó el arma cuando ya estaba por fuera del radio de acción del, realizado indicó que revisado “el orificio sobre la lámina de la puerta delantera derecha, se encontró que No presentaba residuos de disparo; YA QUE DIO NEGATIVO las muestras de disparo tomadas al mismo (para Nitritos y nitratos). Lo que nos permite decir que el disparo sobre LA LÁMINA DE LA PUERTA DELANTERA DERECHA, fue realizado a larga distancia³⁰.

Algo similar se desprende de la Sentencia de 09/07/2018, rad. 76001-23-31-000-2006-03031-01(40829), Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. En este caso se resuelve la apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que sanciona el “exceso en el uso de las armas en manos de las autoridades de policía, por tratarse de una reacción desproporcionada e innecesaria”, lo que trae como consecuencia la muerte de una persona. En el fallo se descarta la posible aplicación de la legítima defensa, en la medida en que no se cumplen los requisitos legales para su admisión.

Para el caso en estudio, se tiene que la falta de elementos de prueba que llevaran a sustentar la supuesta legítima defensa, esbozada por los agentes de policía al referir el supuesto ataque con granada de fragmentación que amenazaba el occiso, y las inexistentes pruebas desplegadas por la parte demandada para demostrar cómo la víctima había adquirido esta, o que la portaba durante la huida y la confrontación personal, limitándose únicamente a sostener los testimonios confusos y carentes de credibilidad de los involucrados, da al traste con la exigente planteada³¹.

A su vez, el propio Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad exonerar

30 Sentencia de 17/03/2011, rad. 25000-23-25-000-2005-01043-01 (284-08), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

31 Sentencia de 09/07/2018, rad. 76001-23-31-000-2006-03031-01(40829), C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

de responsabilidad a la Administración en casos de legítima defensa, sobre la base de un resultado lesivo como consecuencia del uso de armas de dotación por parte de los miembros de la policía. Así se desprende de la Sentencia de 22/04/2004, rad. 25000-23-26-000-1994-09459-01 (14077), Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención al uso excepcional de las armas por los miembros de la fuerza pública cuando fuera absolutamente necesario para el cumplimiento de sus funciones. Así lo dijo en sentencia del 27 de julio de 2000: 'Se agrega que aún en el evento de que los señores Orlando y James Ospina hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora Mélida Díaz, los funcionarios no estaban legitimados para sancionarlos con la pena de muerte, pues si bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas³².

Como se indicó al inicio, la posibilidad de justificar comportamientos penalmente típicos de miembros de las fuerzas del Estado vía legítima defensa es controvertido, lo cual queda acreditado con las referencias doctrinales y de jurisprudencia antes referidas. Ello es así, por lo que se alcanza, también en la doctrina alemana, a juzgar por la afirmación de Roxin³³. Como enseña este autor, sobre este particular se presentan cuatro diferentes posiciones: quienes defienden que los agentes de policía no pueden ampararse en su actuación en la legítima defensa, como defiende Jakobs³⁴; quienes sostienen que la causal de legítima defensa sólo puede invocarse por parte del agente de la 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

32 Sentencia de 22/04/2004, rad. 25000-23-26-000-1994-09459-01 (14077), C.P.: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

33 Así, 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, 89.

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

en que éstos puedan incurrir. Finalmente, la tesis que sostiene que los agentes de policía pueden ampararse la justificante de legítima defensa, posición que es defendida por el propio Roxin³⁵.

En España, la posición al respecto también es objeto de controversia, como explica Luzón Peña, quien se decanta por la aplicación de causas de justificación más precisas para la actuación de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, antes que la legítima defensa.

La defensa podría ser realizada en principio por cualquiera, particular o agente de la autoridad; por eso un importante sector doctrinal considera que también la actuación de los miembros de las fuerzas policiales, especialmente el uso de las armas, puede estar amparada por la legítima defensa, propia o de terceros. Pero, como sostiene otro sector, para la actuación de estos últimos como tales impidiendo o repeliendo agresiones delictivas (contra ellos o contra terceros) existen causas de justificación más específicas como el ejercicio del cargo, el cumplimiento del deber o la obediencia debida, que por la mayor preparación y medios de los agentes de la autoridad les fijan límites más restringidos, entre otros la proporcionalidad y oportunidad de la actuación; por ello, en virtud de las reglas del concurso de normas prevalecen estas normas especiales, por lo que no se pueden amparar en la legítima defensa, que queda reservada para la actuación del particular³⁶.

Así, y reconociendo la íntima relación entre las causas de justificación del ejercicio del cargo, el cumplimiento del deber o la obediencia debida, apunta Luzón Peña que es justamente con fundamento en ellas en que puede justificarse la actuación del agente de policía³⁷.

35 “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 ajena”, 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.

36 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal : Parte General*, 3a edición (Valencia : Tirant lo Blanch, 2016). Cap. 23. Num., 48 y 49.

37 LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal : Parte General*. Cap. 25. Núm., 86 y ss. En este sentido: “Hay que recordar (v. supra 23/48 s.) que la legítima defensa propia o ajena del art. 20, 4.º sólo ampara la actuación defensiva del ciudadano particular, ya que hay un concurso de normas permisivas con el ejercicio del cargo del art. 20, 7.º y la legislación sobre actuación policial a la que se remite, concurso que se resuelve por el principio de especialidad, dado que la legislación policial prevé igualmente la actuación frente a agresiones ilegítimas a bienes jurídicos de los propios policías o de terceros, pero es legislación más específica por contemplar la condición policial del agente e imponer por ello principios y requisitos mucho más restrictivos a su actuación. Por tanto, los policías en el desempeño de las funciones de su cargo no pueden eludir dichos límites alegando que hay agresiones ilegítimas

Creemos que para avanzar una respuesta a este asunto, se debe partir de lo previsto en el art. 218 de la Cons. Pol., donde se indica que la Policía Nacional es un "cuerpo armado", cuyo fin es "es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz". En este orden, desde la propia Constitución se deriva un deber a cumplir por parte de la Policía Nacional, que tiene por objeto, en el marco de nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, garantizar el ejercicio de los derechos. En este sentido, bien lo ha reconocido la Sentencia de la Corte Constitucional C-1214 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, cuando afirma que

La función que corresponde cumplir a este cuerpo es, pues, de trascendental importancia para el Estado y la sociedad, como que de su accionar depende, por una parte, que los asociados puedan ejercer a plenitud sus derechos y libertades dentro del marco de la Constitución y la ley y, por otra, garantizar la convivencia pacífica dentro del seno de la sociedad colombiana.

Dicho esto, la función encomendada a la Policía Nacional en cumplimiento de su misión se encuentra estrictamente condicionada, como la propia Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia de constitucionalidad C-024 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero:

Conforme a lo anterior, en un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía y que la Corte Constitucional entra a precisar:

1. Siendo autoridad administrativa (policía administrativa) o que actúa bajo la dirección funcional de las autoridades judiciales (policía judicial), la Policía está sometida al principio de legalidad puesto que afecta libertades y derechos.
2. Toda medida de policía debe tender a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente

contra ellos u otras personas e invocando las facultades más amplias de la legítima defensa. Y, como destaca Cerezo, ello rige incluso cuando los policías se encuentren en principio fuera de servicio si tienen que actuar en defensa de terceros, pues según el art. 5.4 LOFCS 'deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana', con lo cual los miembros de la policía sólo podrán actuar en legítima defensa como cualquier otro ciudadano cuando sean objeto de agresión como particulares, es decir, cuando no se encuentren de servicio y les agreden por motivos particulares. Cap. 25. Núm., 93.

privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto está la Justicia ordinaria.

3. La policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público. La adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles-, ha de ser siempre la *ultima ratio* de la policía, lo cual muestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad, expresamente consagrado en el artículo 3º del “Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979, que establece que las autoridades sólo utilizarán la fuerza en los casos estrictamente necesarios.

4. Igualmente, las medidas de policía deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y al fin perseguido: debe entonces evitarse todo exceso innecesario. Así pues, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen todas las actuaciones de la administración pública adquieren particular trascendencia en materia de policía.

5. Directamente ligado a lo anterior, la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Eso explica que en ciertas materias -como la regulación de los sitios públicos- el poder policial sea mucho más importante que en otros ámbitos de la vida social, como el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

6. El poder de la policía se ejerce para preservar el orden público pero en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos. No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades.

Conforme lo anterior, la actividad llamada a cumplir por parte de los agentes pertenecientes a la Policía Nacional, no sólo queda estrictamente determinada bajo los estrictos marcos legales de actuación (principio de legalidad en la actuación de la policía), sino que además queda materialmente limitada conforme la propia teleología de la función (principio que dibuja la finalidad de la actuación en el sentido de preservar el orden público) y los principios materiales de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la actuación.

Estos principios encuentran manifestación en la regulación vigente, llamada a reglar la actuación de los agentes de la Policía Nacional. Así, el Decreto 003 de 2021³⁸,

38 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

la Ley 1801 de 2016 y la Resolución 02903 de 2017 expedida por la Dirección General de la Policía Nacional.

Conforme el Decreto 003 de 2021, sólo se autoriza el uso de la fuerza siempre que ésta sea 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”, como también se establece en el art. 10 numeral 11, y art. 166 de la Ley 1801 de 2016.

Por su parte, 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 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 su art. 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 los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley”, adoptado 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 1990³⁹. En estas normas 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 personal⁴⁰.

protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana”.

39 Estas normas pueden ser entendidas como instrumentos que permiten una adecuada interpretación de nuestro ordenamiento. En este sentido, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13/11/2014, rad. 50001-23-31-000-1999-00079-01(31046), Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

40 “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

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 para nada evidente que la actuación de los miembros de la Policía Nacional pueda legitimarse vía legítima defensa, pues la regulación al respecto, esto es, la que autoriza la respuesta de estos agentes, queda condicionada a límites y principios más estrictos que aquellos que se presentan en la legítima defensa.

A su vez, y como se desprende de la propia norma constitucional, la actuación de los agentes de la Policía, derivada de una vinculación institucional en la preservación de los derechos y libertades, no se corresponde con un derecho, sino con un deber, y por ello su ejercicio no queda a discreción del sujeto. Es decir, la actuación de los agentes de policía se corresponde con un deber, como deriva del art. 10 núm., 2 de la Ley 1801 de 2016⁴¹. En este sentido, el que la legítima defensa deje abierta la posibilidad de su ejercicio, bajo el reconocimiento de ésta como derecho, choca con un ejercicio de fuerza que, más allá de sus estrictos límites, se plantea como deber para el agente de la policía⁴². Así las cosas, y bajo el entendido de que el principio de autonomía individual se manifiesta, entre otras, en la posibilidad de autodefinición de sus propios intereses, lo cual bien puede lograrse a través de actos propios de organización, como de la "...libre aceptación o negación de actos

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".

- 41 Art. 10. "Son deberes generales de las autoridades de Policía: 1. Respetar y hacer respetar los derechos y las libertades que establecen la Constitución Política, las leyes, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano. 2. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, las normas contenidas en el presente Código, las ordenanzas, los acuerdos, y en otras disposiciones que dicten las autoridades competentes en materia de convivencia".
- 42 En este sentido se entiende la siguiente afirmación de Jakobs: "La mencionada canalización de la actuación policial se convertiría en obsoleta, y se perdería el carácter formal del Estado de Derecho, si la policía pudiera invocar, no sólo la legitimación para el empleo de la fuerza en ejercicio de la autoridad, sino también al elemento de la necesidad de la legítima defensa (de terceros) como cláusula general, máxime cuando la legítima defensa (de terceros), como derecho cívico, cae fuera de las competencias y de las obligaciones de actuar, de modo que cada policía concreto tendría que decidir por sí solo sobre su intervención. Así pues, no es adecuada la legítima defensa por parte de la policía", JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de La Imputación*, apartado 12, núm. 42. 479.

configuradores ajenos⁴³, es que el sistema jurídico penal configura normativamente las posibilidades de ejercicio de la defensa como una facultad, más no un deber, que otorga al agredido para que sea éste quien, en manifestación de su libertad, decida si precisamente su interés queda mejor representado aceptando la configuración ajena propuesta por el agresor o respondiendo a la misma vía legítima defensa⁴⁴.

Igualmente, el carácter estrictamente reglado (principio de legalidad), así como los límites materiales del cumplimiento del deber institucional impuesto a los agentes de policía (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la actuación), implican que cualquier ejercicio de fuerza no queda modulada, como ocurre en la legítima defensa, por virtud del principio de solidaridad mínima, conforme con la tesis que consideramos más convincente en orden al fundamento de la justificante de legítima defensa⁴⁵. De seguirse una tesis “tradicional” en materia de fundamentación de la legítima defensa, a parir de la llamada tesis dualista, tampoco se podría explicar la actuación de los agentes de policía⁴⁶. Esto, si se considera que tal tesis, esto es, la dualista, permite un marco excesivamente amplio de actuación, más allá incluso del que deriva de sus propias premisas⁴⁷, amplitud que no viene reconocida

43 FRANCISCO BALDÓ LAVILLA, *Estado de Necesidad y Legítima Defensa : Un Estudio Sobre Las “Situaciones de Necesidad” de Las Que Derivan Facultades y Deberes de Salvaguarda* (Barcelona: José María Bosch, 1994). 49.

44 “En efecto, tanto las facultades de defensa como de salvaguarda en estado de necesidad defensivo o agresivo participan, en su regulación actual, del principio de autodefinición de intereses propios. Ciertamente, en el ámbito de las facultades de salvaguarda «propia», el hecho de que se configuren normativamente como *facultades* -y no deberes- que se otorgan al sujeto amenazado por el peligro, reconoce implícitamente que el «facultado» puede resolver no ejercerlas en uno legítimo de su libertad organizativa de autodefinición en el propio ámbito de intereses”, en BALDÓ LAVILLA. 52-53.

45 En relación con esta fundamentación, BALDÓ LAVILLA.

46 En punto al fundamento de la legítima defensa, conforme la doctrina tesis mayoritaria, la tesis dualista, que parte de la defensa al interés individual y la defensa supraindividual, entre otros FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, “La Legítima Defensa Del Derecho Penal,” *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 25 (2012): 19–48. fundamentos y problematización de la legítima defensa en el Derecho penal. Esta figura, caracterizada por su presencia constante a lo largo de la historia y su amplio consenso en torno a su conceptualización y fundamentos, ha sufrido, no obstante, una evolución que tiene que ver con la necesidad de ponderar el criterio individual (prevalencia de los intereses del agredido 21. En nuestra doctrina, ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Reflexiones Sobre La Legítima Defensa,” *Nuevo Foro Penal* 12, no. 48 (1990): 215–35, <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4116>. p. 221 y ss. JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Anotaciones Críticas Al Fundamento y Naturaleza de La Legítima Defensa En Colombia,” *Nuevo Foro Penal* 12, no. 37 (1987): 287–312. 292 y ss.

47 Conforme el análisis crítico propuesto por PAWLIK, en Pawlik, Michael, Kindhäuser, Urs, Wilenmann, Javier, Mañalich, *La Antijuridicidad En El Derecho Penal. Estudios Sobre Las Normas Permisivas y La*

institucionalmente en la delimitación de los protocolos de actuación de la Policía⁴⁸. En este orden, bien por el fundamento mismo de la legítima defensa, bien porque ésta es, antes que un deber, un derecho, no es posible pensar que la conducta penalmente típica de un agente de policía pueda verse justificada mediante esta causal excluyente de antijuridicidad.

Legítima Defensa.

- 48 En este sentido, como se desprende de la argumentación de Luzón Peña, en el sentido de que “La actuación policial, para evitar abusos de su posición de fuerza y como contrapartida al cuasi-monopolio legal del uso de fuerza y de armas (aparte de la de las fuerzas armadas) y debido también a la profesionalidad de la policía, a su mayor preparación y medios y a la superior exigibilidad de riesgo por la asunción voluntaria del mismo, está sometida a límites más estrictos y duros que aquellos que se imponen a los particulares cuando se les permite el uso de la fuerza”, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal : Parte General*. Cap. 25. Núm. 87.