

Sobre los límites del uso de la fuerza policial: Un análisis a propósito del caso “Toubache” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por Nadia Espina¹ y Sol Deboli²

I. Introducción

En el marco del septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³ nos proponemos analizar el uso de la fuerza de las agencias ejecutivas del sistema penal y en especial el de las armas de fuego a partir del caso “Toubache⁴”, en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al país galo por el tiro mortal de un gendarme que terminó arbitrariamente con la vida de quien se daba a la fuga.

A partir de lo resuelto en “Toubache” y los antecedentes del Tribunal Europeo, se problematizará acerca de los límites al uso de la fuerza policial, de acuerdo con los criterios de absoluta necesidad y estricta proporcionalidad, con el objetivo de determinar cuándo la privación de una vida puede considerarse arbitraria conforme a los estándares de los sistemas internacional y regional de protección de Derechos Humanos.

Asimismo, en el entendimiento de que no cualquier conducta de un agente podrá conducir a una eximente de responsabilidad penal, se realizará un análisis desde la dogmática jurídico penal en torno al cumplimiento de un deber.

El escenario actual latinoamericano y el nuestro argentino no resultan alentadores frente a los hechos de letalidad policial que se traducen en graves violaciones a los derechos humanos. Por ello, a casi 70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos se impone a los operadores de la justicia realizar los máximos esfuerzos por contener todo ejercicio arbitrario e irracional del poder punitivo con la finalidad de reafirmar la vigencia del Estado de Derecho.

II. El caso “Toubache”

Los hechos

En la noche del 27 al 28 de noviembre de 2008, tras un hecho de robo de combustible y de un local de lavado de autos, un vehículo con tres hombres a bordo, incluido N.T., fue perseguido por una patrulla de gendarmería. En todo momento, el vehículo se negó a frenar, a pesar de los pedidos de los gendarmes.

Finalmente, el vehículo se detuvo a raíz de que la circulación se encontraba vedada por otro puesto de gendarmes, por cuestiones totalmente ajenas a los motivos que provocaron la persecución.

¹ Docente de la Facultad de Derecho de la UBA

² Docente de la Facultad de Derecho de la UBA.

³ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁴ TEDH, “*Toubache c. Francia*”, sentencia del 7 de junio de 2018.

Los gendarmes que perseguían el vehículo se ubicaron detrás de él, el preventor O.G. sacó su arma reglamentaria y dio la voz de alto, frente a ello el conductor dio marcha atrás e intentó embestir a O.G., quien al esquivarlo se colocó frente al vehículo y disparó hacia el motor. Nuevamente el conductor intentó arroyar al gendarme O.G., quien comenzó a disparar hacia el vehículo mientras éste encaraba la huida. En total se produjeron 6 disparos.

Al día siguiente N.T apareció muerto. Los médicos legistas determinaron que había fallecido entre el quinto o sexto tiro producidos a aproximadamente 23 metros de distancia.

En la investigación se concluyó que el empleo del arma de fuego se encontró justificado en los primeros cuatro tiros, en tanto las zonas donde impactaron tenían por objetivo producir la detención del vehículo, no así en los casos del quinto y sexto tiro, realizados a más de 20 metros de distancia, en donde las chances de detener el vehículo eran mínimas en razón de la poca luminosidad, la rápida aceleración, el zigzag del auto en el intento de lograr la huida, y la angulación de la trayectoria de tiro.

El 21 de julio de 2013, el Tribunal de Apelación revocó la resolución de primera instancia y afirmó que O.G. no era penalmente responsable. Allí se argumentó que la conducta del gendarme debía subsumirse en el art. 122-4 del Código Penal y el art. L.2338-3 del Código de la Defensa. En consecuencia, el Tribunal de Apelación consideró que el uso del arma por parte del gendarme era absolutamente necesario para detener el vehículo. El Tribunal de Casación compartió esa postura.

Los requirentes, Mohammed Toubache y Sikina Toubache, padres de N.T., invocaron el artículo 2º (derecho a la vida) de la Convención Europea de Derechos Humanos, alegando que el tiro mortal que impactó en su hijo no fue proporcionado en relación con el objetivo perseguido por las fuerzas de seguridad.

La sentencia

En “Toubache”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con fecha 7 de junio de 2018, consideró que la acción de la gendarmería estaba destinada a una detención regular en el sentido del artículo 2º § 2º (b) de la Convención. Por lo tanto, examinó si la fuerza utilizada era absolutamente necesaria para lograr ese objetivo y, en particular, si el uso del arma de fuego era estrictamente proporcional al peligro que representaba el automóvil fugitivo y si existía urgencia en la detención.

El Tribunal entendió que O.G. era consciente de la presencia de tres personas en el automóvil y que conocía los peligros que se suscitaban al disparar a un vehículo en movimiento. En el caso, existía un gran riesgo de herir o matar a los ocupantes del automóvil, especialmente con los últimos disparos donde las probabilidades de que impactaran en el motor o los neumáticos del vehículo a fin de detenerlo eran prácticamente inexistentes.

El Tribunal determinó que semejante riesgo para la vida sólo puede justificarse si el empleo de un arma de fuego se utiliza como último recurso, a los

efectos de evitar un peligro muy claro e inminente que representaría el conductor del automóvil si lograra escapar. El Tribunal tuvo en cuenta que el conductor intentó embestir a O.G. dos veces. Sin embargo, sostuvo que no podía responsabilizarse a los demás pasajeros de las maniobras realizadas por el conductor. Además, cuando O.G. comenzó a disparar, su vida o la de sus colegas no estaba en peligro, pues el vehículo ya estaba camino a emprender la fuga. Tampoco se alegó que la marcha del vehículo constituyera un peligro para las otras personas que circulaban por ese camino.

Por último, el Tribunal observó que los gendarmes podrían haber recurrido a métodos alternativos para tratar de detener el auto y que el riesgo para la vida de los pasajeros con el uso de un arma de fuego debía considerarse a la luz de la ausencia de un peligro inmediato y la falta de urgencia para detener el automóvil. En vista de estos elementos, el Tribunal consideró que el uso de la fuerza no fue absolutamente necesario para concretar un arresto regular. Por lo tanto, existió una violación sustancial del artículo 2º de la Convención.

Antecedentes citados por el Tribunal Europeo

En el precedente analizado el Tribunal de Estrasburgo se remitió a otros antecedentes donde se planteó la interpretación del art. 2º de la Convención en el contexto del uso de la fuerza pública.

En el caso “McCann y otros c. Reino Unido” del 27 de septiembre de 1995, el Tribunal Europeo dictaminó que hubo violación del art. 2.2.a de la Convención, en ocasión de la muerte de tres personas en la ciudad de Gibraltar, a manos de miembros del *Special Air Service* (SAS), regimiento de la armada británica

Las autoridades británicas tenían información de que había una unidad de servicio activo del IRA (Ejército Republicano Irlandés) en Málaga, España, que planeaba cometer un atentado con un coche bomba, y que el dispositivo sería accionado probablemente por medio de un control remoto.

El día del hecho, los agentes del SAS observaron un vehículo que podía ser el auto en cuestión y mataron a sus ocupantes. Entre sus pertenencias y sus cuerpos no se encontraron armas ni otros dispositivos explosivos. Tampoco se encontraron objetos semejantes en el auto estacionado.

El Tribunal consideró que, si bien era razonable que los militares tuviesen en cuenta las características operativas del IRA en atentados de esa clase y actuasen en consecuencia, las previsiones de los responsables de la seguridad fueron erradas en relación con el posible atentado. El Tribunal estableció que para cumplir de manera adecuada con la obligación de respetar el derecho a la vida, las autoridades deberían haber evaluado con mayor prudencia la información antes de transmitirla a los militares, quienes por su entrenamiento suelen utilizar las armas con finalidad mortal.

En resumen, el Tribunal dictaminó que la decisión de no impedir a los sospechosos la entrada en Gibraltar, sumada a la falta de previsión de otras hipótesis sobre cómo ocurrirían los hechos y el recurso automático a la fuerza

letal, deriva en que las muertes de los tres terroristas no fueran producto del uso absolutamente necesario de la fuerza, en el sentido del art. 2º de la Convención.

Por otra parte, en “Natchova y otros c. Bulgaria” del 6 de julio de 2005, el Tribunal Europeo analizó los hechos del caso a la luz de los límites para el uso de la fuerza letal en un caso donde además se planteó la persecución por motivos raciales.

El Tribunal observó que el Estado de Bulgaria violó el art. 2º de la Convención sobre la base de que la reglamentación existente permitía el uso de la fuerza letal para concretar el arresto de los sospechosos de un crimen, incluso en casos de delitos menores. Llamó la atención no sólo que esa reglamentación no se encontrase publicada, sino que además no contuviese ninguna garantía que permitiera evitar producir una muerte en forma arbitraria.

En concreto dictaminó que hubo un exceso de parte de la policía militar que al pretender arrestar a dos personas pertenecientes a la comunidad de gitanos, quienes debían cumplir una condena de pocos meses de prisión, los mató en el contexto de su huida. El Tribunal enfatizó en el hecho de que estas personas estaban acusadas de delitos menores, no revestían peligrosidad alguna y se encontraban desarmados. En ese sentido, se destacó también que el policía, en lugar de utilizar su pistola, apuntó con un fusil automático, cuyas particularidades impedían la precisión de los disparos.

En ese caso, el Tribunal precisó los requisitos que debe reunir una investigación oficial efectiva sobre cualquier alegación de muerte injustificada a manos de agentes estatales, sobre la base de la recolección de otros antecedentes citados en el fallo⁵. En base a ello, advirtió que cualquier deficiencia en la investigación que debilite su capacidad para establecer la causa de la muerte e identificar a los responsables correrá el riesgo de caer fuera de este estándar (“Kelly y otros c. Reino Unido”, nº 30054/96, §§ 96-97, 4 de mayo de 2001, y “Anguelova”, §§ 139-144).

⁵ Los requisitos mencionados en el fallo son los siguientes:

1) La obligación de proteger el derecho a la vida que impone el art. 2º de la Convención, en combinación con lo establecido por el art. 1º, requiere que a través de un proceso judicial se asegure la aplicación efectiva de las leyes internas que protegen el derecho a la vida, y si fuera el caso se determine la responsabilidad de los agentes del Estado (“Anguelova c. Bulgaria”, nº 38361/97, § 63, CEDH 2000-VII).

2) La investigación debe iniciarse de oficio, no puede depender del impulso de los familiares de la víctima (“Ilhan c. Turquía”, nº 22277/93, § 63, CEDH 2000-VII).

3) Las personas responsables de la investigación deben ser independientes e imparciales respecto de quienes se encuentren implicados en los hechos (“Güleç c. Turquía”, 27 de julio de 1998, 21593/93, CEDH 1998-IV, §§ 81-82, “Oğur c. Turquía”, nº 21594/93, § 91-92, CEDH 1999-III y “Ergi c. Turquía”, sentencia del 28 de julio de 1998, 1998-IV, §§83-84).

4) La investigación ha de ser efectiva en el sentido de ser capaz de determinar si el recurso a la fuerza estaba o no justificada, dadas las circunstancias del caso, y permitir la identificación y castigo de los responsables. Esta no es una obligación de resultado, sino de medios. Las conclusiones de la investigación deben basarse en un estudio profundo, objetivo e imparcial del conjunto de elementos pertinentes y debe a su vez aplicar un criterio comparable al de la “necesidad absoluta” enunciado en el art. 2º de la Convención.

En el aspecto procesal, el Tribunal llegó a la conclusión de que Bulgaria había violado la obligación resultante del artículo 2º de la Convención, en base a que no se había realizado una investigación efectiva y en ella se había establecido la legitimidad del uso de la fuerza, además confirmó los defectos en la reglamentación y su falta de consideración del derecho a la vida.

Por último, en el caso “Giuliani y Gaggio c. Italia” del 25 de agosto de 2009, el Tribunal Europeo dictaminó también con relación al art. 2º de la Convención. Por unanimidad, resolvió que no hubo violación material respecto del uso excesivo de la fuerza; por cinco votos contra dos, dispuso que no hubo violación material respecto de la obligación del Estado de proteger la vida; y por cuatro votos contra tres resolvió que hubo violación del artículo en su aspecto procesal.

Las circunstancias que rodearon la muerte de Giuliani fueron las protestas que tuvieron lugar en Génova con motivo de la reunión del G8 los días 19 a 21 de julio de 2001. En ese contexto se produjeron intensos enfrentamientos entre los carabinieri y distintos grupos de manifestantes y en un momento dado uno de los jeeps, donde se encontraban los carabinieri M.P., F.C. y D.R., quedó inmovilizado por un contenedor de basura. M.P. –de veinte años de edad– se encontraba intoxicado por el efecto de los gases lacrimógenos, herido y en estado de pánico y ante la agresión de la turba desenvainó su arma reglamentaria, apuntó hacia la ventana trasera rota del vehículo y disparó dos veces. El primer disparo impactó en la cara debajo del ojo izquierdo de Giuliani y lo hirió gravemente. Cayó cerca de la rueda trasera izquierda del vehículo. Poco después, el conductor del jeep, F.C., logró reiniciar la marcha, retrocedió y arrojó a Carlo Giuliani en dos oportunidades, quien murió en el lugar.

El Tribunal Europeo resolvió, con relación al posible uso abusivo de la fuerza, que no hubo una violación al artículo 2º de la Convención, dado que la reacción de M.P. se adecuó a los límites de lo absolutamente necesario ya que corría peligro su vida. Sin embargo, entendió que sí hubo violación por parte de Italia del artículo 2º del Convenio en su aspecto procesal, dado que observó defectos relevantes en la investigación realizada por las autoridades. En particular, criticó la investigación por considerarla superficial y en concreto no se explicaba por qué se dejó al policía en posesión de su arma reglamentaria, siendo que su estado psicológico y de salud no le permitía actuar correctamente.

Un análisis a propósito del caso “Toubache”

En el caso, los padres de N.T. recurrieron al órgano jurisdiccional regional luego de que la justicia francesa considerara que O.G. no era penalmente responsable por haber actuado de conformidad a lo dispuesto por los arts. 122-4 párr. 1º del Código Penal francés⁶ y L2338-3 del Código de la Defensa⁷. En otras

⁶ El primer párrafo del art. 122-4 del CP francés contempla una causa de justificación para aquella actuación típica realizada por un funcionario público en ejercicio de las funciones propias de su cargo. Así, dispone: “No será penalmente responsable quien realice un acto prescrito o autorizado por disposiciones legales o reglamentarias”.

palabras, los tribunales locales entendieron que se configuraba una causa de justificación en virtud de que el gendarme había actuado conforme a uno de los cuatro supuestos que habilitaban el uso de armas de fuego para detener a una persona.

Al momento de los hechos –año 2008–, la regulación sobre el uso de las armas de fuego por las fuerzas de seguridad no se adecuaba a las exigencias **de absoluta necesidad y estricta proporcionalidad**. No obstante, en el año 2017 – con anterioridad a lo resuelto por el Tribunal Europeo– se sancionó la ley n° 258-2017 que incorporó al Código de la Seguridad Interior el art. L.435-1⁸. Dicha reforma tuvo por objetivo fijar el marco jurídico nacional para el uso de las armas de conformidad a los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Un año más tarde, en “Toubache”, el Tribunal Europeo condenó a Francia por la violación del art. 2 de la Convención bajo el fundamento de que en el caso se había evidenciado un uso desproporcionado de la fuerza de parte de la gendarmería.

Puede extraerse de “Toubache” y los antecedentes mencionados que no se encuentra justificado el accionar policial cuando el uso de la fuerza responde a un hecho delictivo donde no se puso en peligro la vida de otras personas, es decir básicamente cuando se pretende arrestar a una persona que no cometió un delito violento y que tampoco podría presumirse que el contexto de una huida podría llegar a poner en peligro la vida de terceros, aun cuando ello implique la imposibilidad de producir el arresto (Toubache y Natchova). En este aspecto no puede pasarse por alto que los hechos de los otros antecedentes citados no versaban sobre delitos menores, sino, en un caso, sobre la sospecha de un atentado terrorista (McCann) y en otro sobre una agresión física a un carabinero (Giulini), donde allí el Tribunal Europeo también sancionó a los Estados por la violación del art. 2 de la Convención.

Este artículo no pretende agotar la jurisprudencia del Tribunal Europeo en ese aspecto, no obstante surge con claridad que la fuerza utilizada debe ser

⁷ Los oficiales y suboficiales de la gendarmería pueden, en ausencia de la autoridad judicial o administrativa, desplegar la fuerza armada sólo en los siguientes casos: 1) Cuando la violencia o asalto se lleva a cabo contra ellos o cuando son amenazados por personas armadas; 2) Cuando de otro modo no pueden defender la tierra que ocupan, los puestos o personas que se les han confiado, o, finalmente, si la resistencia es tal que sólo puede ser derrotada por la fuerza de las armas; 3) Cuando las personas invitadas a detenerse por repetidas llamadas “alto gendarmería” hechas en voz alta intentan escapar de su custodia o de sus investigaciones y no pueden ser forzadas a detenerse sólo por el uso de armas y 4) En caso de que no puedan inmovilizar vehículos, barcos u otros medios de transporte cuya conducta no cumpla con la orden de detención.

⁸ El artículo establece: "En el desempeño de sus funciones y con su uniforme o distintivo externo de su calidad, los agentes de la Policía Nacional y del ejército de la Gendarmería Nacional podrán, además de los casos mencionados en el artículo L. 211- 9, usar sus armas en caso de absoluta necesidad y de una manera estrictamente proporcional: 1) Si existe una amenaza a la vida o la integridad física del agente de la fuerza de seguridad o de cualquier otro ciudadano, 2) Si luego dar la voz de alto –dos veces–, no hay otra forma de defender los lugares o las personas que le fueron confiadas, 3) Si luego de dar la voz de alto –dos veces–, no es posible lograr el arresto más que por el uso de las armas, 4) Si sólo se puede inmovilizar a los delincuentes a través del uso de las armas y 5) Con el fin de impedir que se vuelva a producir la muerte de una o varias personas”.

estrictamente proporcional al objetivo buscado. Esta idea está presente en “Toubache” en el minucioso análisis sobre la direccionalidad de los disparos y el contexto en el que se produjo cada uno, lo que llevó a determinar que los disparos realizados con mayor posibilidad de certeza en el objetivo se encontraban justificados, siempre y cuando ese objetivo no pusiera en riesgo la vida de los ocupantes del vehículo. No podría afirmarse lo mismo respecto de los disparos hechos en movimiento a una distancia considerable que impedía establecer con certeza dónde iban a impactar y con una trayectoria que incrementaba considerablemente la probabilidad de que alcanzara el cuerpo de las personas. En síntesis, el Tribunal no avaló que bajo el pretexto de concretar la detención de los sospechosos de un delito que se daban a la fuga se pusiera en peligro su vida.

III. Los límites al uso de la fuerza

El caso se relaciona con la evolución que el concepto de coacción administrativa ha tenido en la doctrina francesa desde las conclusiones formuladas por Romieu en el caso conocido como “Société Immobilière Saint Just c. Préfet du Rhône”⁹. Si bien sus orígenes se remontan al derecho administrativo, nos interesa partir de la hipótesis planteada en “Toubache” para destacar la importancia de los límites al uso de la fuerza policial.

En distintas ocasiones, ante la presunta comisión de un delito se produce una persecución y, para evitar una fuga, las fuerzas de seguridad optan por usar su arma reglamentaria con consecuencias mortales. Entonces habrá que analizar si el uso de la fuerza, y en particular el de las armas de fuego, ha sido conforme a la ley y a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Así, los límites al uso de la fuerza cobran especial relevancia dado que no cualquier intervención policial podrá considerarse “justificada”, sino sólo aquella que se ajuste a la letra de las normas constitucionales y convencionales, la legislación doméstica, los reglamentos y los protocolos de actuación. Una afirmación contraria traería peligrosas consecuencias en el marco de un Estado de Derecho.

El caso “Toubache” nos interpela acerca de cómo deben abordarse los casos de uso de la fuerza, desde nuestro margen argentino. En particular, en lo que concierne a la responsabilidad penal de los agentes.

El cumplimiento de un deber jurídico

En la dogmática jurídico penal la problemática sobre el ejercicio del uso de la fuerza por las agencias ejecutivas se suscita en relación con las eximentes de responsabilidad penal. Esto se relaciona con el análisis que se impone desde la teoría del delito a efectos de determinar si la conducta de un agente puede considerarse atípica o justificada.

Derecho positivo

⁹Agirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 83-149.

En nuestra legislación, el deber jurídico se encuentra previsto en el inc. 4º del art. 34 del Código Penal que señala que no será punible el que “*obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo*”.

La primera formulación de un precepto semejante aparece en el Código Penal español de 1848 (art. 8, nº 11), un poco más amplio, por cuanto, entre la autoridad y el cargo comprendía también el oficio. En la historia de nuestra codificación penal, el primer antecedente de esta eximente lo constituye el proyecto de Villegas, Urquiza y García de 1881 que se inspiró en el Código Penal español de 1870. La fórmula utilizada por aquel proyecto fue la aprobada con el Código Penal de 1886 (art. 81, inc. 7) y así se mantiene desde entonces¹⁰.

Si bien, como ya se ha dicho, el deber jurídico se encuentra receptado en el art. 34, inc. 4 del C.P., resulta necesario diferenciarlo del ejercicio legítimo de un derecho que también aparece consignado. Zaffaroni, Alagia y Slokar, separan de una parte, el cumplimiento de un deber y el legítimo ejercicio de autoridad o cargo y, de otro lado, el ejercicio legítimo de un derecho, en tanto consideran que el último supuesto es la fórmula general, de todas las causas de justificación¹¹.

Ubicación sistemática

Desde siempre, Zaffaroni sostiene que el cumplimiento de un deber jurídico constituye un supuesto de atipicidad¹². Esta visión propia de la construcción que realiza este jurista luego fue reelaborada en *Derecho Penal, Parte General*, y en el *Manual de Derecho Penal, Parte General* junto con sus coautores, Alagia y Slokar. En ambas obras, el cumplimiento de un deber jurídico reviste una causa de *atipicidad conglobante*. Esta postura se alinea con aquel sector minoritario de la doctrina que lo ubica en el plano de la tipicidad¹³, mientras que la opinión mayoritaria sostiene que opera como causa de justificación o permiso jurídico que excluye la antijuricidad¹⁴, si bien bajo distintas modalidades.

Según los autores citados, el cumplimiento del deber se origina en el aparente conflicto existente entre la norma permisiva y la prohibitiva. Al decir de Zaffaroni, es contrario al principio republicano pretender que una norma ordene lo que otra prohíbe¹⁵ porque en un Estado de Derecho la persona siempre debe tener la posibilidad de saber cuál es la conducta debida. Si se parte del caso que motiva el presente análisis, la norma que permite actuar al agente para detener a una persona con armas de fuego y la norma deducida de los tipos penales de homicidio y lesiones.

¹⁰ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Las causas de justificación*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 59-62.

¹¹ Ver Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Código Penal y normas complementarias*, volumen I, dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 700.

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, p.395.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 104.

Sin perjuicio de su ubicación sistemática, no debe perderse de vista que la cuestión medular se centra en determinar si puede considerarse que el agente actuó en cumplimiento de un deber jurídico en tanto puede operar como eximente de responsabilidad penal.

Aspectos a considerar

Deber jurídico

La doctrina afirma unánimemente la naturaleza “jurídica” del deber. Es decir, el deber jurídico, el que es impuesto por una norma que pertenece al ámbito del derecho se diferencia de los deberes de naturaleza moral, religiosa, ética o aquellos de conveniencia social¹⁶.

Esto implica que la obligación que impone el mandato de actuar debe ser legal en sentido amplio: ley, reglamento u ordenanza¹⁷. En otras palabras, puede surgir de toda disposición de carácter general emanada de un poder público dentro de la esfera de sus atribuciones¹⁸. Incluso hay quienes sostienen que puede proceder de decisiones jurisdiccionales, del derecho consuetudinario y de un negocio jurídico¹⁹.

De este modo, a fin de analizar la operatividad de la eximente del art. 34 inc. 4º, en primer lugar deberá atenderse a la fuente legal de la obligación que recae sobre los agentes policiales, la que variará según la fuerza de la que se trate. Es decir, importará que la intervención se realice conforme a los supuestos y límites que las distintas normas y reglamentos prevén.

Así, sin perjuicio de otras disposiciones, el uso de la fuerza pública, y en particular, el uso de las armas de fuego para prevenir delitos o detener personas deberá regirse conforme a la ley n° 24.059 de seguridad interior que en su art. 22 recepta el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*²⁰.

El *Código de conducta* establece en su art. 3 que la fuerza solamente puede ser usada por la policía cuando sea estrictamente necesaria para hacer cumplir la ley y mantener el orden público y que su aplicación debe ser proporcional.

Necesidad y proporcionalidad

¹⁶ Sánchez García, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y usos de armas por la autoridad*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 52.

¹⁷ Righi, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 322

¹⁸ Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Sánchez García, María Isabel, *op. cit.*, p. 53

²⁰ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 1979.

El art. 3 de dicho *Código* encuentra previsiones homónimas en los arts. 4 y 5 de los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*²¹.

El Instituto Carioca de Criminología señala que conforme al *Código de Conducta* y los *Principios Básicos*: 1) El uso de armas de fuego está permitido para la defensa propia o de otros, contra una amenaza inminente de muerte o lesión grave o para detener a una persona que exhibe ese tipo de amenaza, cuando medios menos extremos fueran insuficientes. El uso de armas de fuego está prohibido excepto cuando sea inevitable para proteger la vida humana; 2) Antes de usar armas de fuego contra una persona, el policía debe identificarse y dar una advertencia clara; 3) Las reglas y reglamentaciones sobre el uso de armas de fuego por la policía, deben incluir orientaciones que especifiquen las circunstancias en las que los policías están autorizados a portar armas de fuego, garantizar que las armas sólo sean usadas en circunstancias apropiadas y de manera de disminuir el riesgo de daño; 4) El uso de armas de fuego puede afectar el derecho más importante que existe, el derecho a la vida. El uso de la fuerza por la policía que resulta una violación a este derecho representa un claro fracaso de los principios objetivos policiales y de mantenimiento de la seguridad de los ciudadanos²².

En idéntica sintonía a los instrumentos mencionados, se encuentran los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionados a raíz del análisis del caso “Toubache”, los cuales también fueron recogidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De estos surge que está prohibido a los agentes del Estado privar de la vida arbitrariamente. El uso de armas de fuego sólo podrá ser excepcional y como último recurso (Corte IDH, “*Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*”)²³, dado que el objetivo de una detención regular no puede justificar poner en peligro vidas humanas, salvo en casos de absoluta necesidad (Corte IDH, “*Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*”)²⁴. Previamente deben agotarse otras alternativas. No existirá necesidad cuando la persona no representa una amenaza para la vida o la integridad física de nadie²⁵. Es decir, cuando no ofrezca resistencia armada o no ponga en peligro a otras personas.

²¹ Adoptados por el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

²² Instituto Carioca de Criminología, *A Policía e os Direitos Humanos*, Editora Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1998, pp. 68-72.

²³ Corte IDH, “*Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*”. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2006, párr. 68; “*Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, párr. 84; “*Familia Barrios vs. Venezuela*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2011, párr. 49, y “*Cruz Sánchez y otros vs. Perú*”. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de abril de 2015, párr. 263.

²⁴ Corte IDH, “*Zambrano*” anteriormente citado.

²⁵ TEDH, “*Natchova y otros v. Bulgaria*”, sentencia del 6 de julio de 2005, párr. 95 y 107; Caso *Juozaitienė y Bikulčius v. Lituania*, sentencia del 24 de abril de 2008, párr. 78. “*Guerdner y otros v. Francia*, sentencia del 17 de abril de 2014, párr.63. TEDH, “*Toubache c. Francia*”, sentencia del 7 de junio de 2018, p. 8.

Además, la fuerza utilizada debe ser estrictamente proporcionada en función de los objetivos legítimos perseguidos²⁶ y debe mediar una racionalidad entre el fin buscado y los medios utilizados.

Uso letal de las armas de fuego

Ante una situación, como es el caso traído a estudio, corresponde indagar sobre cuál es la solución jurídica posible cuando se produce un ejercicio en el accionar de la fuerza de seguridad que no se ajusta al legítimo cumplimiento de un deber jurídico.

Entonces la pregunta que debe hacerse es si existe en nuestro ordenamiento un deber jurídico de usar letalmente las armas de fuego. A modo de respuesta, entendemos que la intención de tirar a matar bajo ningún concepto puede operar bajo la eximente del art. 34, inc. 4º del C.P.

Así las cosas, no podrá considerarse que el agente actuó atípica o justificadamente en virtud del cumplimiento de un deber sino que por el contrario entendemos que debería configurarse la responsabilidad penal del delito que se trate.

Diferente podrá ser la solución en los casos en los que el agente comience a obrar amparado en virtud del cumplimiento de un deber y luego se exceda. Si se considera que el primero opera al nivel de la tipicidad, la consecuencia del exceso en los términos del art. 35 del C.P. será inadmisibles. Frente a este escenario, resultará solamente atendible la posibilidad de un menor grado de culpabilidad. Por otra parte, si se entiende que opera como causa de justificación -según las interpretaciones- podrá considerarse la aplicación del exceso.

Por lo demás, creemos que en estos casos no se configuraría una situación de legítima defensa en atención a que el agente policial se encuentra en un diferente plano normativo, y porque en casos como Toubache no se configurarían los requisitos requeridos para que opere la causal.

Una especial reflexión merece el hecho de que estos injustos tienen como sujeto activo a los Estados. Por ello, toda la teoría del cumplimiento de un deber jurídico, de la legítima defensa y de la culpabilidad debe ser revisada para establecer hasta qué punto no se las ha manipulado para salvar conflictos inter-agenciales²⁷.

IV. Las ejecuciones sin proceso

Los casos de privación arbitraria de la vida encuadran en lo que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han dado en llamar “ejecuciones sumarias o extrajudiciales” o lo que Zaffaroni ha denominado “muertes anunciadas”.

Al decir de Eduardo Ferrer Mac Gregor, Presidente de la Corte Interamericana, las ejecuciones extrajudiciales se producen cuando una autoridad

²⁶ TEDH, “*McCann v. Reino Unido*”, sentencia del 13 de agosto de 2008, párr. 148-149, y “*Guerdner*”, ya citado párr. 62

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Muertes anunciadas*, UNDAV Ediciones, Avellaneda, 2016, p.169.

pública priva arbitraria o deliberadamente de la vida a un ser humano, en circunstancias que no corresponden al uso legítimo de la fuerza²⁸.

Al respecto, en los mismos términos en que fue expuesto en “Toubache”, la Corte Interamericana sostiene que el hecho de que los agentes del Estado empleen deliberadamente armas letales dirigidas a privar a las víctimas de sus vidas, cuando corran en la huida sin representar una amenaza, constituye un uso ilegítimo, innecesario y desproporcional de la fuerza, que implica una violación a los arts. 4.1 y 1.1 de la Convención Americana²⁹.

Por otra parte, tanto la Corte Interamericana como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas han expresado la especial obligación que tienen los Estados de impedir que sus agentes atenten contra el derecho a la vida y de crear las condiciones que se requieran para prevenir las ejecuciones extrajudiciales³⁰.

En consecuencia, podemos afirmar que le resta contenido ético al Estado cuando se apoya o avala la pena de muerte extra-legal.

Por si ello no fuera poco, a casi cien años de la sanción del Código Penal de 1921, aprobado durante la presidencia de Hipólito Yrigoyen y que significara la abolición de la pena de muerte, medidas como el decreto de derribo de aviones bajo el pretexto de “lucha contra el narcotráfico”, conllevan una verdadera pena capital³¹.

Históricamente, las agencias del sistema penal cometieron los peores crímenes de la humanidad y lo han hecho en un número mucho mayor que los cometidos por los individuos que delinquieron sin el paraguas protector de los Estados.

No obstante, es duro aceptar que el poder punitivo es el masacrador. En palabras de Zaffaroni, es duro aceptar que el agente de las masacres es el mismo al que supuestamente se le encarga la prevención de los homicidios³².

V. Conclusiones

Sobre la base del caso analizado puede extraerse que el derecho a la vida no es absoluto, sin embargo no se encuentra habilitada su disposición en forma arbitraria ni ilegal.

El uso de la fuerza policial, particularmente mediante armas de fuego, requiere en primer lugar una normativa que lo autorice y lo regule que obedezca a los requerimientos de necesidad, urgencia y proporcionalidad, cuestiones que además deberán ser evaluadas por los agentes del Estado que se encuentren en las situaciones que impliquen el uso de las armas reglamentarias.

²⁸ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Las siete líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, en Revista IIDH, n° 59, 2014, p. 41.

²⁹ Cfr. Corte IDH, “Nadege Drozema v. República Dominicana”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre del 2012.

³⁰ *Ibidem*, pp. 42-43.

³¹ Decreto n° 228/2016 del Poder Ejecutivo Nacional, del 21/01/2016, que declara la “Emergencia de Seguridad Pública”. Ello pese a la prohibición de legislar en materia penal conforme al art. 99 inc. 3 de la C.N.

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 490.

En segundo lugar, ante un empleo de la fuerza policial que no obedezca a esas razones, es decir que en el análisis de necesidad, urgencia y proporcionalidad falle y deba considerarse que hubo un uso letal de las armas de fuego, la solución jurídica que aquí se propone es la de considerarlo como configurativo del delito de que se trate. La propuesta descarta otras posturas que pretenden subsumir estos casos como excesos en causas de justificación, cuando en realidad estos casos podrán darse en la medida en que se comience a obrar amparado en la obligación legal y se exceda. Así como también aquellas otras que pretenden que este tipo de conductas encuadren como atípicas o justificadas. Ello sólo puede ser entendido como una manera de encubrir la presencia de motivos impropios en el uso abusivo de la fuerza, reprochables en un Estado de Derecho.

No puede pasarse por alto que las políticas de Estado que avalan el accionar policial arbitrario que implica la privación de la vida ilegítimamente deben ser calificadas como verdaderas penas de muerte extra-legal, en tanto constituyen ejecuciones extrajudiciales y las medidas que avalan esas prácticas merecen ser reprochadas y señaladas como tales.