
CUMPLIMIENTO DE LA LEY COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN: EL USO DE LA FUERZA Y DE LAS ARMAS POR PARTE DE FUNCIONARIOS POLICIALES (*)

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Profesor de Derecho Penal, Universidad de la República

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. TIPOS PERMISIVOS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. II CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LEGÍTIMA DEFENSA. III. EL ROL DEL POLICÍA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY. IV. EL USO DE FUERZA Y PARTICULARMENTE DE LAS ARMAS POR PARTE DEL PERSONAL POLICIAL. V. LA PRESUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY A CARGO DE MILITARES CUSTODIOS DEL PERÍMETRO DE UN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN. VI. EL DECRETO REGLAMENTARIO Nº 110/2002 SOBRE ACTUACIÓN POLICIAL.

I. TIPOS PERMISIVOS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como es sabido existen normas de permiso y de mandato que autorizan, en ocasiones, la realización de conductas típicas, que por ello pierden la nota de antijuricidad que indiciariamente porta, de regla, la realización del tipo.

En general se denominan "tipos permisivos" a las conductas que el artículo 28 del C.P. engloba bajo el rubro de "cumplimiento de la ley", como tercera causa de justificación, tanto por la realización de "actos permitidos por la ley" atento a la ayuda que le presta a la Justicia, por ejemplo el sujeto que realiza un "arresto ciudadano" en caso de sorprender in fraganti a un delincuente, cuanto por la ejecución de "actos ordenados por la ley" en vista de la profesión a que se dedica el sujeto actuante, como es el caso que nos ocupa ahora respecto de la actuación de funcionarios policiales.

En concreto se sostiene, con total claridad, que la ley no puede al mismo tiempo prohibir y mandar una conducta, porque contra ello se alzan el orden lógico y los postulados unitarios de la juridicidad.

El derecho es uno solo y no puede prohibir y mandar al mismo tiempo, de modo que la conducta mandada no es ilícita, sino legítima, ajustada y querida por el derecho, a cuyo servicio está el que cumple el mandato.

El que cumple un deber realiza una conducta lícita, al punto de ser tan obvio que en algunos Códigos europeos recientes no se incluye esta eximente (como es el caso notorio del derecho penal alemán), por considerarla absolutamente superflua.

El verdugo que ejecuta la sentencia capital de condena dispuesta legalmente por los jueces (en los países en que tal pena es admitida), el soldado que mata en guerra, el policía que detiene a un sospechoso en la forma que determina la ley, no la viola sino que la cumple, actúa justificadamente, en forma totalmente legítima, no hay antijuricidad en su conducta no solo autorizada sino aún mandada realizar por la norma, de forma y modo que en definitiva no realiza un acto criminal, y él mismo, por eso mismo no puede ser calificado como delincuente, sino como servidor público que cumplió con su deber.

(*) Conferencia pronunciada en el Seminario sobre "La policía en el estado de derecho y sus relaciones con el Poder Judicial y el Ministerio Público y Fiscal", en el Paraninfo de la Universidad de la República, el 25 de abril de 2002, especialmente adaptada para su publicación en esta Revista de la Universidad de Montevideo.

Tanto el permiso como el mandato desvanecen el indicio de ilicitud que deriva de la realización de la conducta típica.

En ese caso concreto (y si se dan los elementos objetivos y subjetivos exigidos), la conducta típica no queda desvalorada, atento a que se ha empleado un medio adecuado para la realización de un fin justo, según la clásica fundamentación genérica de todas las causas de justificación que proporcionara en su momento Graff zu Dohna.

Pero en general, como señala CERESO MIR, el fundamento de la justificante especial se halla en el principio del interés preponderante, complementado por la resolución de un verdadero conflicto de deberes, que se soluciona sosteniendo la prevalencia del deber de rango superior, con el límite de la licitud puesto en la gravedad del atentado contra la dignidad de la persona humana que en ningún caso puede justificar la conducta del agente.

Como es evidente, actúe como actúe el policía, en la situación en que se halla, infringirá un deber: el funcional de intervenir actuando o el general de no realizar (de omitir) la acción prohibida, por ejemplo la de lesionar o matar.

Por eso es importante y no superfluo, incluir disposiciones especiales que regulen la actividad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, especialmente de los policías y los militares, de forma de establecer un marco confiable de actuación, tanto para la población en general, cuanto respecto de los funcionarios públicos intervinientes.

El policía que actúa en cumplimiento de la ley cumple con el deber que se le ha impuesto, en ciertas circunstancias, de actuar típicamente, y el que cumple la ley no delinque sino que la honra

El que cumple un deber actúa lícitamente hasta el límite de la utilización de un ser humano como instrumento al servicio de otra finalidad (por ejemplo ejemplarizante), o hasta que se atente gravemente contra su dignidad, lo que obliga, como indica toda la doctrina, a una interpretación restrictiva de la justificante, sobre la base del principio del respeto a la dignidad de la persona humana, por lo que cada caso debe juzgarse dentro del sistema global de derechos y garantías, que enmarcan y legitiman la actividad estatal.

Por eso la legitimidad de la actuación se enmarca en el sistema global que establece la Constitución de la República, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, las leyes y los reglamentos, y en general todo el orden jurídico nacional.

II. CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LEGÍTIMA DEFENSA

El cumplimiento de la ley es la causa de justificación por antonomasia al punto de considerarse por muchos como verdaderamente superflua su inclusión dentro del catálogo de las mismas, toda vez que quien cumple con su deber no puede violar la ley.

Pero como contrapartida es si se quiere la más ajustada, ceñida y limitada estrictamente a lo mandado, dependiente en grado sumo de las formalidades exigidas en la actuación administrativa, cuidadosa de no incurrir en desviación o abuso de poder, en no extralimitarse de lo necesario a efectos del cumplimiento de sus deberes específicos, es en definitiva, la más estricta y limitada de las causas de justificación.

La situación es si se quiere todavía más radical que cuando existe un mero permiso, como en la legítima defensa o en el estado de necesidad, sino que en este caso no es que se tolere la realización del supuesto de hecho, sino que la conducta descrita por el tipo es exigida o mandada por la norma.

No es que al soldado meramente se le permita o se le tolere matar, sino que se le exige, en ciertas circunstancias, en general en situación de guerra, dar muerte al enemigo.

Va de suyo que, aunque nosotros, en doctrina dividida, entendemos que el policía, que sigue siendo un individuo de la especie humana, puede legítimamente defenderse de un ataque contra su propia persona, son diferentes los requisitos de uno y otro instituto, apareciendo como mucho más estrictos los del cumplimiento de la ley que los de la legítima defensa y los de las demás causas de justificación.

El que se defiende debe emplear para ello medios racionalmente necesarios para la defensa, lo que no equivale exactamente a medios proporcionales, de forma y modo que, en ciertas circunstancias, que no vamos a detallar ahora, puede, por ejemplo, quitar la vida o atacar la integridad física de alguien para defender su propiedad o su libertad, bienes ontológicamente inferiores a los vulnerados por el defensor.

El agredido en legítima defensa, se ha dicho, puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión.

En cambio, en el caso del cumplimiento de la ley (y en el estado de necesidad), se requiere obligatoriamente la proporcionalidad, y una serie de requisitos que rodean de garantías el actuar de la administración.

En la legítima defensa, enseña JAKOBS, existe espontaneidad en la defensa de un bien, mientras que en el cumplimiento de la ley, hay una preordenación estatal vinculada no tanto a un bien jurídico puesto en riesgo, sino a la necesaria preservación del orden público.

De modo, y en lo que importa sustancialmente ahora, dice, que si el disparo como consecuencia de la actuación policial puede determinar la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad, sólo es admisible en la medida en que se emplee para repeler el peligro para la vida o graves lesiones.

El ciudadano que se defiende puede tener más autorización para intervenir que un agente de policía (en el caso paradigmático puede matar para defender la propiedad), mientras que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden hacerlo de igual modo, sino con requisitos más exigentes, por cuanto su actuación es metódica, preordenada a conservar el orden y la seguridad, y su finalidad es la de preservar la vida de todos los integrantes del conglomerado social, por lo que, quitar la vida es un contrasentido con ese deber genérico de protección que, como cometido esencial, tiene el instituto policial.

Que exista un mandato de la ley que ordena un determinado accionar al funcionario público, por otra parte, es lo que da tanta fuerza a los sostenedores de la teoría del tipo total de injusto, que consideran que, cuando actúan los elementos negativos del tipo, en realidad lo que decae es la nota de tipicidad de la conducta, de forma que no puede decirse siquiera que lo que ha ocurrido es un homicidio justificado, sino que simplemente no hay siquiera conducta típica.

Yo participo de esta opinión, pero reducida a excluir la legítima defensa de terceros por parte del policía (en esta circunstancia actúa en cumplimiento de la ley), y reservo, como dije la posibilidad de legítima defensa, solo a la defensa propia contra ataques realizados en perjuicio del mismo policía (conformes MAURACH-ZIPE, AMELUNG y otros), pues su condición personal no le priva de su naturaleza humana.

La regla es muy clara en nuestro derecho en cuanto a excluir la actuación policial del estado de necesidad, tanto por tener el deber de afrontar el mal, cuanto por actuar en favor de terceros, salvo el caso de los parientes mencionados en el art. 27 C.P, o cuando, fuera del ámbito funcional, se encontrare a sí mismo en estado necesitado (por ejemplo por naufragar la embarcación en que pescaba junto a otras personas).

III. EL ROL DEL POLICÍA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

La regla es que el policía tiene por tarea proteger el Estado de Derecho, y no es posible confundir los roles, de forma y modo que, cuando está actuando en su calidad funcional, no puede alegar legítima defensa o estado de necesidad, sino precisamente cumplimiento de la ley, cuyas exigentes condiciones le imponen una actuación conforme a la finalidad que tiene el monopolio de la fuerza por parte de la autoridad.

Entre las obligaciones del estado policial (art. 34 de la Ley 13.963 de 22.5.71) se encuentran las de defender contra las vías de hecho la libertad, vida, y propiedad de todos los habitantes, mantener el orden público y la seguridad, prevenir y reprimir el delito, y obedecer al superior (literales a), b), y c) art. cit.).

El policía debe defender y no perturbar el orden público, definido (art. 2) como el estado de hecho en el que se realizan los valores de tranquilidad y seguridad públicas", la normalidad de la vida corriente en los lugares públicos y el libre ejercicio de los derechos individuales y de las competencias de las autoridades públicas.

Esto tendrá importantes consecuencias para juzgar con acierto los resultados colaterales de una actuación funcional, por ejemplo víctimas inocentes abatidas durante un tiroteo con criminales, transeúntes embestidos por la patrulla policial que persigue a delincuentes en fuga, daños a la propiedad producidos durante un procedimiento, etc.

Tales actos estarán también "exentos de responsabilidad" solo si resultan ordenados o permitidos por la ley, de forma y modo que todo exceso, resultará también punible, probablemente imputado a dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual según los casos, visto la exclusión del tipo culposo en nuestro derecho en razón de la base objetiva que tiene el grado en nuestro sistema (art. 18 C.P.).

La justificante del cumplimiento de la ley se estructura igual que las demás causales de justificación, en forma compleja exigiéndose desde un punto de vista objetivo el actuar en situación justificante (de cumplimiento de la ley), y subjetivamente, con conocimiento de esa situación objetiva y con voluntad de cumplir la ley actuando "en vista" de las funciones públicas que desempeña.

Cuando se dan incompletas las condiciones objetivas, esto es cuando el sujeto actúa por error en la interpretación de la ley, la responsabilidad queda atenuada (art. 46 No. 3), mientras que si falta el requisito subjetivo, esto es si no actúa con intención de cumplir la ley, sino por cualquier otra razón, no hay ni justificación ni atenuación, sino responsabilidad plena, por actuar fuera del ámbito del permiso o mandato de la ley.

Claro que si el error es sobre los presupuestos de hecho (por ejemplo si abate a una persona, porque cree que ésta le va a disparar, y extrae una cigarrera en vez de un arma del bolsillo), la situación se resuelve conforme a la teoría del error, incurriendo en un error de hecho que exime de pena, porque recayó sobre una circunstancia constitutiva del delito, en la medida en que fuera invencible (art. 22), dejando subsistente la culpa si este grado se imputara (art. 19), y el error fuera vencible (art. 22).

En el caso del empleo de armas por parte de un funcionario policial, el agente bien puede querer actuar conforme a derecho (elemento subjetivo de la justificante), pero hacerlo en forma objetivamente incorrecta, por no estar amparado en realidad por la justificante, por ejemplo por disparar a matar al que fuga inermemente.

Actúa con error: cree estar amparado por el art. 28 y no lo está, porque excedió los parámetros lícitos de actuación, ha actuado fuera del riesgo permitido, ha creado un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico que además se ha concretado en el resultado, lo que mantiene su accionar dentro del campo de la antijuridicidad, si bien el policía que dispara y mata creyendo estar mandatado para ello, puede en definitiva resultar inculpable, incurriendo técnicamente en error de prohibición, y para nuestro sistema en error de hecho (art. 22 C.P.), que deja subsistente la responsabilidad para el que eventualmente hubiera emitido el mandato (art. 25 C.P.), para el que tuvo el dominio del hecho y el poder de disposición.

IV. EL USO DE FUERZA Y PARTICULARMENTE DE LAS ARMAS POR PARTE DEL PERSONAL POLICIAL

Ahora bien: el policía tiene no solo el derecho, sino el deber de portar armas, conforme al art. 35 lit. a) de la ley orgánica policial, que precisamente considera un derecho inherente al estado policial, el "uso del armamento correspondiente a cada grado", y al art. 38, que consagra la permanencia e indivisibilidad de su función, que lo acompaña todos los días y a toda hora.

Como todo funcionario público el policía debe actuar dentro del "haz de jurisdicción", dentro del marco estricto establecido, en una materia que es naturalmente, de reserva exclusiva de la ley.

Por tanto a la pregunta de cuándo cumple la ley el policía, la respuesta es apodíctica: cuando actúa dentro de los márgenes que la ley ha establecido, cuando ésta lo autoriza o le ordena resistir empleando la fuerza, o cualquier tipo de coacción, y obviamente le permite la resistencia armada dándole, en esas circunstancias, la posibilidad de lesionar o de matar.

La regla, hasta ahora no contradicha, uniforme en todo el desarrollo de nuestra civilización, en toda la historia del derecho nacional, conforme además con la mejor doctrina extranjera y con los postulados enunciados reiteradamente por diferentes pronunciamientos de los órganos competentes de las Naciones Unidas, es muy clara: los funcionarios policiales solo tienen derecho a emplear la fuerza (y ni qué hablar de usar las armas de fuego que portan), cuando corra peligro inminente su vida o la de terceros, de forma que se pueden señalar dos normas de actuación complementarias una de la otra y que son:

- a) la resistencia sin armas debe ser dominada sin ellas, y,
- b) **no es lícito disparar al que fuga por ese solo hecho, si la evasión no está acompañada de las vías de hecho a que refiere el art. 34 de la Ley Orgánica Policial.**

Como corolario de estas normas básicas se señalan otras no menos importantes a saber:

- c) Las armas que porta el personal encargado de la vigilancia externa de un establecimiento de detención, tienen por finalidad exclusiva impedir y repeler un ataque armado desde el exterior (para liberar o exterminar a los internos), y evitar una fuga cubierta a mano armada por los encarcelados.
- d) Las deficiencias de la administración en cuanto a la custodia y aseguramiento de los detenidos, no pueden ponerse a cargo de los administrados, (en el caso los reclusos), de forma y modo que es a la autoridad a la que compete tomar las medidas necesarias y eficaces para impedir fugas, sin que su defección en este aspecto modifique en modo alguno los principios y reglas legales que acabamos de señalar.

Los antecedentes nacionales al respecto son muy claros, y a ellos me he referido en otra ocasión, por lo cual ahora solo los menciono al pasar, pues marcan toda una honrosa tradición y son, entre otros la Guía Policial de 1883, el Manual del Agente de Seguridad de 1973 y el art. 2 de la propia Ley de Seguridad y Orden Público 14.068 de 1972, de todos cuyos instrumentos resulta a texto expreso lo que acabo de decir.

El permiso para usar la fuerza es un permiso restringido, que se limita al criterio de la necesidad de su empleo según el caso concreto de que se trate, pero pudiendo decirse en términos generales que su empleo debe ser subsidiario, debiendo preferirse siempre el uso menos agresivo o dañoso, de modo tal que los medios de coacción deben pasar de lo menos a lo más violento, reservándose el uso de armas, como es obvio, como último recurso cuando no pueden utilizarse eficazmente otros medios menos gravosos para el ciudadano y conforme al criterio de la importancia del bien jurídico que se trata de salvaguardar.

El recurso a toda forma de coacción o violencia y a las armas de fuego en particular es una medida extrema, excepcional y de carácter subsidiario, rigiendo plenamente los criterios normativo-valorativos de racionalidad y proporcionalidad, para juzgar con acierto de la corrección o no de lo actuado.

El funcionario policial por su entrenamiento y función está obligado a actuar con prudencia y serenidad, su deber funcional lo obliga, más que a cualquier particular, a afrontar los riesgos propios de la profesión que adoptó.

El art. 5 de la Ley Orgánica Policial en su redacción actual, proveniente de la ley de Seguridad Ciudadana de 1995 (No. 16.707 de 12.6.95) dice que para el logro de sus fines los servicios policiales emplearán, bajo su responsabilidad, medios razonablemente adecuados y racionalmente oportunos y que además, el personal utilizará las armas y cualquier otro medio material de coacción, en forma racional, progresiva, y proporcional, debiendo agotar antes los medios disuasivos adecuados que estén a su alcance según los casos" (art. 3).

Pero además la ley ha ordenado al Ministerio del Interior que instruya al personal policial siguiendo las pautas contenidas en el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, dado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17.12.79 (inc. 4 art. 5 LOP).

En el art. 2 de este instrumento internacional que forma parte de nuestra ley interior se establece, conforme a todo lo dicho que "en el cumplimiento de sus obligaciones, los oficiales encargados de hacer cumplir la ley, deben respetar y proteger la dignidad humana, y mantener y defender los derechos de todas las personas"; que deben usar la fuerza solo cuando fuere estrictamente necesario y en la extensión requerida para el cumplimiento de sus deberes.

El Estado debe proveer a sus funcionarios de un material diversificado que le permitan una reacción adecuada frente a una variada gama de situaciones, para lo cual deben contar con elementos defensivos o pasivos como cascos, escudos, chalecos antibalas, máscaras de gas, y una variedad de instrumentos agresivos como bastones, balas de goma antidisturbios, carros lanza agua, fusiles que proyecten gases de distinto tipo, y material con potencia de fuego conforme a las necesidades, desde revólveres hasta fusiles de combate, explosivos, granadas etc.

En lo que nos interesa ahora, si lo que se quiere es evitar las fugas de los penales, lo que corresponde es tomar todas las medidas preventivas necesarias para que ello no suceda (es una obligación del Estado proceder de este modo), y, si de todos modos ocurriera el in suceso, lo que debe hacerse, por lo menos en teoría, es proporcionar a los funcionarios encargados del perímetro externo de los elementos que les permitan, sin necesidad de usar las armas de fuego, lograr la recaptura inmediata de los que pretenden fugarse, y ello no parece muy difícil si se provee a los mismos de sistemas de iluminación, alarma y comunicación, que permita una respuesta inmediata ante la detección de una fuga en proceso, para frustrarla.

En definitiva el policía o encargado de la seguridad externa de un penal puede emplear violencias para reducir al interno que pretende fugar, pero dentro del marco que hemos fijado, no siendo lícito el empleo de las armas, las de fuego en particular, si aquél no emplea las vías de hecho a que se refiere el art. 34 de la LOP.

V. LA PRESUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY A CARGO DE MILITARES CUSTODIOS DEL PERÍMETRO DE UN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN

Ahora bien: el art. 77 de la ley de Urgencia 17.243 de 29.6.2000 dispuso que: "se presumirá la existencia de la causal de justificación prevista en el art. 28 del C.F., cumplimiento de la ley, respecto de los actos cumplidos por personal militar asignado a tareas determinadas por el Poder Ejecutivo, de seguridad externa de establecimientos de detención (y otros), cuyo cometimiento estuviere realizado formalmente. Esta presunción regirá siempre que dichos actos se hubieren ejecutado en ocasión del cumplimiento de las funciones, y conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares".

Esta norma respondió a una coyuntura muy especial (de reiteradas fugas y pánico social por ello), así como a la necesidad de liberar funcionarios policiales para sus tareas específicas, suponiéndose que se trataba de disposiciones transitorias, que solo iban a aplicarse durante un corto lapso, en principio durante tres meses, hasta superar la coyuntura que imponía esa solución excepcional (D. 378/97 de 10.10.97; Resolución 883/92 de 17.11.92).

El problema crucial es determinar si esta norma contradice la tradición ya establecida y las reglas a que referimos antes, o no.

Se establece en primer lugar una presunción de carácter refutable, de forma y modo que si bien ampara en principio al funcionario militar actuante, puede luego, mediante la obligación que tiene el representante del Ministerio Público, y sobre todo, en el sistema procesal vigente, el propio Juez, acreditarse que en la especie no

se han dado las circunstancias objetivas o subjetivas que hemos referido antes, que no se actuó en cumplimiento de la ley, y que por el contrario se incurrió en delito, atenuado o no, conforme a la ley.

Se debe tratar de personal militar cometido formalmente a la tarea de seguridad externa de los establecimientos de detención, plataforma fáctica que debe probarse cabalmente y sobre la que se construye la precunción.

En lo sustantivo se requiere que los actos se hayan ejecutado:

- a) en ocasión del cumplimiento de las funciones militares dispuestas, y
- b) conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares

El problema esencial radica entonces en establecer cuales son esas "disposiciones vigentes" aplicables, porque de su análisis surgirá o no la ampliación o modificación de los conceptos que hemos formulado anteriormente.

Pues bien: en principio, y no obstante tratarse de una ley en blanco (en buena medida), hasta donde alcanzan mis conocimientos, no resultarían afectados gravemente los criterios expuestos de excepcionalidad, racionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, y progresividad que rigen el empleo de la fuerza por parte de la autoridad.

Si bien no se me escapa lo diferente que es la organización militar respecto de la policial, no veo porqué, en tiempos de paz, los principios deban ser diferentes en una u otra situación.

Ello no impide, no obstante, que señale la inconveniencia, solo explicable para un periodo transitorio y excepcional, de que, para asuntos estrictamente civiles, se emplee personal castrense, con otra formación, orientada a la preservación de la soberanía nacional, en hipótesis de conflictos armados de tipo internacional, o situaciones de peligro extremo interior, naturalmente que fuera del caso de la custodia de un perímetro externo de una cárcel para presos comunes.

El CPM, como es sabido, casi ni menciona las causas de justificación, aplicándose en su caso la norma supletoria del artículo 7 que dice que las disposiciones del Código Penal Ordinario se aplican en todo aquello que no hubiere sido objeto de previsiones especiales en éste.

De lege ferenda ya sostenía BAYARDO la necesidad de contemplar causas de justificación específicas respecto de los militares, atento a la magnitud que tiene en esta esfera el principio de la autoridad y de la disciplina.

Es de esperar por ello, que si bien la ley autoriza por ahora el empleo de militares en la custodia de establecimientos de detención, el Poder Ejecutivo en algún momento cercano retire el cometimiento expreso a que refiere la ley, y disponga la suspensión de este servicio a cargo de la milicia, lo que puede hacer en cualquier momento.

El Código Penal Militar (art. 46) establece como delito contra la vigilancia militar a cargo de los centinelas, la conducta consistente en sustraerse al deber militar, entre otras, por "omisión o infidelidad en el cumplimiento de la consigna", figura que se castiga con 8 meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

De modo que si el centinela, militar asignado a esas tareas de vigilancia, de un perímetro establecido como militar, debe actuar como lo indiquen los reglamentos militares o conforme a las órdenes recibidas, so pena de incurrir en delito, lo que refuerza extremadamente su deber de actuar.

Con lo que tenemos que debe acatar el Reglamento No. 21 que no le permite disparar a matar sin antes formular claramente la advertencia de identificación hasta por tres veces, exigiendo la contraseña, o cumplir las órdenes, lo que hace emigrar la situación del art. 28 al 29 del C.P., planteando difíciles problemas en cuanto a determinar cual es el estatuto aplicable en este caso.

La ley no presume la obediencia debida ante un mandato particular, sino el cumplimiento en general de la ley impersonal. Pero que cumpla o no la ley, no impide, a mi juicio, en un segundo nivel de análisis, que se estudie si actuó o no en situación de obediencia debida, lo que se vino a complicar aún más en razón del Decreto 110 de 22.3.2002, pues bien puede ocurrir que el funcionario actuante quede exento de responsabilidad, sin perjuicio de que permanezca incólume la del "hombre de atrás", del que tuvo el poder de disposición (art. 60 inc. 2), del que indujo en error (art. 25 inc. 1).

VI. EL DECRETO REGLAMENTARIO Nº 110/2002 SOBRE ACTUACIÓN POLICIAL

El D. 110/02 pretende reglamentar el art. 5 de la LOP respecto del accionar de la guardia policial de los perímetros carcelarios, para "precisar en forma clara la misión y forma de proceder del funcionario en tales circunstancias", y sin mencionar para nada el art. 77 de la ley de Urgencia, por vía reglamentaria, extiende a

los funcionarios policiales lo establecido en ésta norma legal, para los militares encargados de igual tarea, conforme vimos con anterioridad.

El art. 1 del D. 110/02 realiza una combinación entre el art. 5 inc. 3 de la LOM (según Ley de Seguridad), y el art. 77 de la ley 17.243/00, que transcribe a la letra.

Luego de decir que "en la guardia perimetral de los Establecimientos carcelarios" los policías (como en cualquier otra situación y lugar) "utilizarán las armas y cualquier otro medio material de coacción en forma racional, progresiva y proporcional, debiendo agotar antes los mecanismos de disuasión adecuados que estén a su alcance" (art. 5 LOP), agrega (de la ley de Urgencia y mutatis mutandi) un segundo párrafo, que dice que "estos actos se deberán ejecutar en ocasión del cumplimiento de sus funciones, y conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad de instalaciones policiales".

Con la particularidad en este caso, de que las "disposiciones vigentes" resultan ser las que establece acto seguido el art. 2 del Reglamento, que a mi juicio se apodera de un asunto que es reserva de la ley.

En efecto, so pretexto de reglamentar el art. 5 de la LOP, el art. 2 del D. 110/02 en realidad dispone, ordena, manda con carácter general, al personal policial una cierta forma de actuación, con lo que el asunto deriva, a mi juicio, no ya en el cumplimiento o no de la ley, sino en la obediencia a un mandato de la máxima autoridad, pues deriva directamente del Poder Ejecutivo.

Este art. dispone que: "El guardia policial que esté apostado en el perímetro de los Establecimientos Carcelarios deberá cumplir para el buen desempeño de su misión, ante un intento de fuga o actividad anormal en el entorno, con los siguientes procedimientos:

- se dará la voz de ALTO y solicitud de identificación, en forma enérgica y clara
- de no acatarse la misma, se repetirá con la advertencia de que se hará uso del arma de fuego
- en caso de persistir en la actitud, se efectuarán dos disparos al aire con fines intimidatorios
- y si aún así la persona sospechosa continuara con su intención de fugarse se le disparará a los fines de su detención efectiva

Se asimila sin más la actitud del policía a la del centinela militar que guarda un perímetro de tal carácter, refiriéndose en general a la fuga de prisioneros, pero refiriendo además a la "actividad anormal en el entorno" términos y situaciones que ni por asomo describe el Reglamento, no pudiendo saberse a ciencia cierta a qué tipo de actividad se refiere la disposición.

Claro que podría aducirse que como la actividad anormal no es la de fugarse, y la autorización para dispararle a los fines de su detención está prevista solo para el que fuga, el policía jamás podría disparar contra alguien que realice una actividad anormal, cualquiera sea el concepto que de ella se tenga, diferente de la evasión.

Este Reglamento genera verdadera preocupación en el ámbito doctrinario, porque no está reglamentando la LOP, sino que está estableciendo ex novo un nuevo régimen de actuación policial, de gran trascendencia, que modifica una larga tradición durante la cual se había establecido bastante seguramente que no era lícito disparar contra alguien que fugara, (hay que recordar que la auto evasión no violenta no está considerada un acto criminal, excepto en la hipótesis de no regreso de una salida transitoria), agregándose ahora la posibilidad de interpretar que también se puede disparar contra el que realiza una actividad "anormal" en el "entorno" de un establecimiento de detención, actividad que seguramente no tiene que ser ni siquiera de naturaleza criminal.

Dicen MUÑOZ CONDE- GARCIA ARAN que "una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder o arbitrariedades de las autoridades".

Conforme a lo establecido por este Decreto puede resultar muerto un individuo que no resiste a mano armada, y aun alguien que ni siquiera trata de quebrantar un estado de privación de libertad previamente dispuesta por autoridad competente (en el caso de estar en actitud sospechosa en el entorno).

Es de destacar que, al cabo de las advertencias verbales y de los disparos al aire, el Decreto no le deja al funcionario ninguna otra conducta alternativa menos violenta, pues ordena clara e imperativamente que en esos casos "se le disparará" a efectos de lograr su detención.

Este Reglamento (y el art. 77 de la Ley de Urgencia respecto de la milicia, así como la interpretación permisiva que le ha dado hasta ahora la Justicia, por interpretación del M. Público, no cuestionada por los Jueces actuantes, que se sepa), pueden llevar a los funcionarios involucrados a la falsa creencia de que sus acciones son legítimas, y aún a la convicción de que están actuando bajo órdenes de la máxima autoridad, como en el caso de los policías indudablemente lo es un Reglamento dictado por el Presidente de la República en acuerdo con su Ministro del Interior, lo que puede hacer emigrar esta cuestión del cumplimiento de la ley a la figura del art. 29 de obediencia al superior.

No se ha pretendido por el Reglamento que la asimilación evidente que hace entre militares y policías, suponga una presunción relativa a favor de éstos del cumplimiento de la ley, pero hace preceptivo un proce-

dimiento previo al disparo, de difícil constatación y prueba en los hechos, y altamente inconveniente, porque no parece cumplir con los requisitos de excepcionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, racionalidad y progresividad que deben presidir el empleo de la fuerza por parte de la autoridad.

De todos modos, si lo que se quiere es dar una autorización para lesionar o matar en ciertas circunstancias, modificando la tradición nacional mencionada antes, me parece que la vía única para hacerlo, salvaguardando esenciales principios de seguridad y certeza jurídica, es a través de la ley y no por Decretos reglamentarios que solo pueden dar lugar a confusión y a inseguridad tanto de la población en general cuanto de los funcionarios policiales propiamente dichos.

Esto se podría hacer francamente, diciendo las cosas nítidamente, como se hizo en la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4.11.50 (art. 2 apartado 2), que determinó que no se considera homicidio la muerte producida para "detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente".

La población tiene derecho a conocer con anticipación, claramente, que puede esperar de su policía y los funcionarios tienen el suyo de conocer sus obligaciones y derechos, de forma que todos sepan sin lugar a dudas si se puede o no disparar al que fuga sin emplear violencia, o incluso al que realice "actividades anormales en el entorno" de un Establecimiento Penitenciario.

Por ahora diré que el policía que actúe conforme al Decreto no se halla en situación de cumplimiento de la ley, porque el C.P. se refiere a la ley propiamente dicha, la emanada del Parlamento Nacional, y no hay ninguna ley que, por ahora (con la excepción relativa del art. 77 de la Ley de Urgencia), le ordene o le permita lesionar o herir (ni disparar), en las circunstancias a que refiere el Decreto, que se transforma por esta vía en una orden genérica, emanada de autoridad competente para darla, dispuesta sobre personal sometido a jerarquía, y que tiene la obligación de cumplirla, lo que nos coloca más bien en las hipótesis del art. 29 del C.P., y no en las del art. 28, (aunque la relación entre ambas es de género a especie), con todo lo que ello significa y que mencionamos más arriba en cuanto al error, y la responsabilidad final, por parte de quien tuvo dominio del hecho, que puedan derivarse de las conductas realizadas por el subordinado.

Este Decreto es desafortunado, crea enormes problemas interpretativos y un gran riesgo social, atento a los intereses fundamentales que puede afectar (la integridad física, la vida), deseducar a la población y confundir y puede inducir en error a los funcionarios, por lo que entendemos que sería conveniente su derogación, sometiendo en todo caso las inquietudes que de él se desprenden, y que lo fundamentaron, a la majestad de la ley, estándose a lo que ésta decida.