

**PRESUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY PREVISTO EN EL ART. 77 DE LA
LEY N° 17.243. El decreto 110/002 ¹**

Gustavo Bordes ²

Qui iure suo utitur neminem laedit.

1) ANTECEDENTES.

Sin lugar a dudas, el uso de armas por parte de los funcionarios que están habilitados para ello, así como la reglamentación correspondiente y el alcance de tal derecho, es uno de los temas que genera más polémica en el instituto policial, en los operadores del proceso y en la doctrina en general. Consecuencia de las diversas interpretaciones, se ha producido un sinnúmero de procesamientos y condenas respecto de funcionarios, que usando su arma de reglamento, han herido o quitado la vida de un ciudadano, hechos que motivan la profunda preocupación del instituto policial y del gobierno de turno³. A los efectos de procurar la solución de esta problemática y dar un marco legal que proteja a los efectivos policiales en su accionar, el Poder Ejecutivo envió en los años 1990, 1993, 1994 y 1999 diversos proyectos de ley, en los que se incluía una presunción de legítima defensa que se agregaría al art. 26 del Código Penal, la que fue rechazada una y otra vez por el Legislativo. La misma se establecía en los siguientes términos: *“Igualmente se entenderán concurrentes dichas circunstancias en el caso del funcionario encargado de hacer cumplir la ley que, en el ejercicio de sus funciones y repeliendo una agresión armada contra sí o contra terceros, lesionare o diere muerte al agresor”*.⁴

En una oportunidad, se recabó la opinión del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, el que, en su mayoría, criticó duramente el proyecto. Sin embargo, un grupo de docentes que apoyaban el mismo, sugirieron como único cambio el traslado de este inciso al artículo 28 del Código Penal (cumplimiento de la ley) o crear directamente una nueva causa de justificación.

¹ Publicado en el Anuario Uruguayo de Derecho Penal, FCU.

² Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

³ Se pueden ver por ejemplo las sentencias N° 92/97 del TAP 1° Turno, publicada en Revista de Derecho Penal N° 11, caso N° 249 pág. 224, en la que se condena a los funcionarios policiales que le dispararon a un ciudadano mientras fugaba, por haber actuado en expresa contradicción con lo que dispone el art. 5 de la Ley Orgánica Policial. Otra sentencia, la N° 100/98 del TAP 2° Turno, publicada en la Revista de Derecho Penal N° 12, caso N° 81, pág. 274.

⁴ CAIROLI, Milton, El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales, Tomo I, FCU, 2000, pág. 234.

1.1) A esta situación se debe sumar el hecho de que ya desde 1990 se pensó en incorporar a las Fuerzas Armadas a tareas propias de la Policía (como es la de mantener el orden y tranquilidad públicos). Así, la ley N° 16.170 del 28 de diciembre de 1990 dictaminó que corresponde a las fuerzas armadas el compartir la responsabilidad en el mantenimiento del orden público cuando así lo dispusiera el Poder Ejecutivo.

Como consecuencia de una huelga policial, y conforme lo disponía dicha ley, por decreto 883/992 del 17 de noviembre de 1992 se le encomendó a las fuerzas armadas adoptar medidas conducentes al mantenimiento del orden y tranquilidad públicos.

En los años siguientes, se registró una serie de fugas de los principales establecimientos carcelarios del país, por lo que el Poder Ejecutivo de la época y fundado en la *insuficiencia* e *ineficiencia* de la policía para cumplir sus cometidos, mediante decreto N° 378/997 del 10 de octubre de 1997, encomienda al Ministerio de Defensa Nacional, la seguridad externa del Complejo Carcelario de Santiago Vázquez, del establecimiento de reclusión de Libertad, así como de la nueva Cárcel Departamental de Canelones. Se amplía además exclusivamente a las tareas de seguridad en las Sedes de misiones diplomáticas permanentes y especiales, locales consulares y locales de organismos internacionales. En coordinación con el Ministerio del Interior, se delimitará de común acuerdo, un área que se considerará “zona militar” y a la que se deberá impedir el ingreso o egreso de cualquier persona no autorizada a dicha área, contando el funcionario encargado con armamento orgánico. Esta norma preveía una vigencia de 3 meses, por lo que por decreto 481/997 del 28 de diciembre de 1997 se amplió su vigencia y finalmente el 26 de marzo de 1998 por decreto N° 120/998 del 26 de marzo de 1998, se prorrogó el mencionado decreto N° 378/997 sin plazo.

A esta fecha (marzo de 1998) nos encontramos en plena aplicación del novedoso sistema de vigilancia en la zona perimetral de determinados establecimientos carcelarios mediante el cual se delimitaba una zona llamada “militar” a la que se le impediría el ingreso a la misma a cualquier persona no autorizada por parte del personal militar apostado en lugares estratégicos.

El 7 de setiembre de 1998, ocho reclusos del COM.CAR pretendieron fugarse siendo recapturados dos de ellos y abatido a balazos Roberto Sandro CARDOZO por disparos que habrían efectuado los soldados M.S., P.M. y L.S., apostados en la zona perimetral de dicho establecimiento carcelario. Cabe destacar que ninguno de los reclusos estaba armado ni se resistió de forma alguna a los militares. Al tomar conocimiento la justicia civil (Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Penal de 14º Turno) y cursar las correspondientes citaciones a los efectos de determinar

responsabilidades, el Comandante en Jefe del Ejército comunicó que los referidos soldados se hallaban a disposición de la Justicia Militar. La Sede civil requirió la declinatoria de jurisdicción y anunció contienda de competencia. La Sede Penal Militar aceptó la contienda elevándose los autos, previo los trámites de estilo, a la Suprema Corte de Justicia. La Corte, integrada con los Sres. Miembros Integrantes Militares, confirió vista al Sr. Fiscal de Corte quien se pronunció sosteniendo la competencia de la jurisdicción civil.

La Suprema Corte de Justicia sostuvo que el art. 253 de la Constitución dispone que la jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria. Siendo la única hipótesis de aplicación posible el caso de que se tratara de un delito militar, procede la sentencia a un pormenorizado análisis del mismo. En consecuencia falla declarando competente para conocer en estos autos a la justicia civil pero con las extensísimas discordias de los integrantes militares Tte. Gral. Manuel BUADAS y Cnel. Kleber PAMPILLON.⁵

Admitida la competencia civil en el caso, la Sede penal dispone la continuación de la instrucción la que podría finalizar en el procesamiento de uno o más soldados que habían participado en los hechos que finalizaron con la muerte al recluso que pretendía escapar, y sin perjuicio de la responsabilidad de los mandos que hubieran dado las órdenes.

El Poder Ejecutivo debía interceder de alguna forma antes de que se dictara un auto de procesamiento. Ya se había fallado en el intento de legitimar el accionar de la policía en el uso irrestricto de sus armas de fuego por medio de la inclusión de una presunción de legítima defensa. Es así que se decide entonces, variar la causal de justificación e incluir una presunción de cumplimiento de la ley respecto de los actos cumplidos por el personal militar asignado a mantener la seguridad externa de establecimientos de reclusión.

Así nace el art. 77 de la ley N° 17.243 del 29 de junio de 2000.⁶

⁵ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 54 del 25 de febrero de 2000, siendo redactor de la misma el Dr. Gervasio GUILLOT.

⁶ Art. 77 de la ley N° 17.243: "Se presumirá la existencia de la causal de justificación prevista en el artículo 28 del Código Penal '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, recintos militares y lugares sede de organismos del Estado, y cuyo cometimiento se hubiera realizado formalmente. Esta presunción regirá siempre que dichos actos se hubieran 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".

Como consecuencia de la aprobación de dicha norma, la fiscalía solicitó el archivo de las actuaciones por entender que la conducta del soldado o los soldados estarían comprendidas en la causal de justificación cumplimiento de la ley.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo se percató que la norma amparaba al personal militar y no al policial que aún se encargaba de la seguridad de muchos establecimientos de detención. Es así que el 22 de marzo de 2002 entró en vigencia el decreto N° 110/002 que amplió y potenció lo previsto en el citado artículo 77 de la ley N° 17.243.

No fue el único caso en que fueron heridos o muertos reclusos que intentaron evadirse de un centro de reclusión. Entre otros, el 10 de abril de 2003 cuatro reclusos intentaron evadirse del establecimiento de reclusión "La Tablada" siendo abortada la fuga mediante disparos de armas de fuego por los guardias R.R, A.G. y J.J.C, que le produjeron heridas leves y gravísimas a dos reclusos. Más recientemente, en febrero de 2004, fueron abatidos a balazos los reclusos Laerci CORREA y Carlos de los SANTOS por disparos efectuados por la guardia policial a efectos de evitar su fuga de la cárcel de Rivera. En estos casos, tampoco fueron procesados los guardias que efectuaron los disparos.

1.2) La redacción del artículo 77 de la mencionada ley es confusa y podría dar lugar a diversas interpretaciones.

Los operadores del proceso y quienes estudiaron el tema manifestaron sus dudas respecto a si la norma pretendía amparar incluso las conductas de militares que tuvieran como consecuencia las lesiones graves o la muerte de uno o más reclusos que intentaran fugarse. A tales efectos, consultada la exposición de motivos de dicha disposición surge lo siguiente:

...la norma proyectada establece que los actos presuntamente delictivos cometidos por el personal de las Fuerzas Armadas afectadas al cumplimiento de las tareas referidas en el Decreto 378/997 y en ocasión de las mismas se presumirán comprendidos dentro de la causal de justificación (cumplimiento de la ley) prevista en el artículo 28 del Código Penal". Luego se indica que *...“si un miembro de las Fuerzas Armadas encargado de la guardia perimetral de alguno de los centros de reclusión mencionados en el artículo 1° de dicho Decreto, lesionara o matara a un recluso a fin de evitar que éste se evada del mismo, no obstante haber incurrido en una conducta prevista como delito por nuestra legislación penal, habrá actuado en cumplimiento de una ‘tarea ordenada por la ley’ y en consecuencia estará exento de responsabilidad, salvo que se demostrara que el hecho obedeció a otros fines o se realizó con claro apartamiento de las normas específicas que regulan su ejercicio”.*

No existen dudas respecto a que la norma lo que pretendía era dejar impune la conducta de lesión o muerte de un recluso que ocurriera en estas condiciones. Tan es así, que el proyecto originario del Poder Ejecutivo que acompañó esta exposición de motivos, preveía que la presunción de cumplimiento de la ley ampararía “los actos lesivos de la personalidad física ejecutados por personal militar a las tareas de seguridad externa de establecimientos determinados por el Poder Ejecutivo”. Pero una vez más, el Parlamento no acompañó al Ejecutivo de la época, que intentaba, ahora por el camino de esta justificante, legalizar el uso indiscriminado de armas. Así, el proyecto finalmente aprobado eliminó la referencia concreta a “los actos lesivos” dejando en su lugar simplemente “los actos cumplidos por personal militar”.

Esto implica que la norma no justifica en sí misma los actos lesivos sino que a lo más que puede aspirar es a que se presuma que dichos “actos” están amparados en la causal de justificación. Esto nos lleva a analizar entonces el art. 28 del Código Penal para saber si en definitiva, se cumple con lo allí prescripto.

En los siguientes párrafos se analizará si en definitiva la norma logró su cometido o es más, si es posible mediante una ley reglamentar y legitimar la muerte de un ciudadano desarmado, que puede resultar finalmente inocente (si se encuentra procesado y luego fuera sobreseído o absuelto) y que además no estaría cometiendo delito en caso de que se evadiera sin emplear violencia en las cosas, conducta que como se sabe es lícita (ver art. 184 del Código Penal).

2) BREVE ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ART. 77 DE LA LEY 17.243.

No me voy a detener en el análisis de los puntos que creo no merecen mayores problemas para sí dedicar mayor atención a los que son centro de polémica.

Es claro que la ley alcanza únicamente al personal militar. Pero la norma realiza una doble limitación: dentro de estos funcionarios, estarán amparados únicamente quienes han sido asignados a tareas de vigilancia y no a otras y por otro lado, sólo a aquellos que actúen en ocasión del cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, esas tareas de vigilancia deben haber sido “determinadas por el Poder Ejecutivo” por lo que el artículo requiere la existencia de un decreto general y no una orden particular de un mando. En el caso como vimos, existe el decreto N° 378/97.

Por último, es claro que la norma establece que respecto de los actos cumplidos por ese personal, y conforme a las disposiciones vigentes en materia de seguridad en instalaciones militares, se presumirá la existencia de la causal de justificación cumplimiento de la ley.

Sabemos lo que el Poder Ejecutivo pretendía se aprobara, según se pudo ver del análisis de la exposición de motivos antes vista y del propio proyecto de ley

enviado. Pero también es cierto que en definitiva, el Poder Legislativo no aprobó el proyecto tal cual sino que sólo se animó a proclamar una presunción inútil y vacía de contenido. Debemos entonces analizar el alcance de esa presunción, cuáles son los actos ordenados o permitidos, y aun, si una ley o decreto puede reglamentar y legalizar la muerte de un ciudadano desarmado, porque en definitiva, guste o no, de eso se trata.

2.1) No cabe duda de acuerdo a la redacción de la norma y a los bienes jurídicos que están en juego, que estamos ante la presencia de una presunción relativa.

La presunción relativa es sólo una verdad probable, que puede coincidir o no con la verdad real y sustituye a ésta mientras no se prueba plenamente lo contrario. En las presunciones absolutas se excluye toda discrecionalidad de valoración sobre el punto específico que tratan, mientras que las relativas posibilitan llegar a un resultado distinto si otros elementos convergen en el caso concreto para demostrar lo infundado de la deducción indicada por la ley.⁷

La presunción puede ser en perjuicio o a favor del imputado; en el caso que tratamos, estaríamos ante una presunción que le favorece.

Sin perjuicio de ello, y al no existir un reparto formal de la carga de la prueba en el proceso penal, la presunción no puede implicar entonces el trasladar la noción civilista en cuanto a la distribución del *onus probandi*. El juez siempre tiene que indagar cómo ocurrieron los hechos, y la esencialidad de la verdad deja fuera cualquier presunción legal en Derecho penal.⁸

Esto implicaría que de todas formas el magistrado deberá indagar si el accionar del imputado en estos casos, se encuentra efectivamente amparado en una causa de justificación, ya no sólo por efecto de la presunción que viene de verse sino por aplicación del *principio de inocencia*: el accionar del agente será lícito hasta tanto no se pruebe lo contrario (art. 14 num. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 num.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Pero a su vez cabe precisar el alcance de la presunción puesto que en general, las presunciones se presentan sobre circunstancias de hecho (como en la legítima defensa presunta) pero no sobre la existencia del derecho como podría querer interpretarse en ésta. En otras palabras: lo que está en cuestión aquí es demostrar la existencia misma de la ley o disposición legal cuya aplicación al caso el art. 77 presume. Es decir, la citada disposición no podría presumir la existencia de una ley que no existe, sino, a lo sumo, que el agente actuó conforme a los requisitos previstos en una ley (sí existente) que le ordena o permite actuar de determinada forma. Pero

⁷ MALET VAZQUEZ, Mariana, Presunciones en el Código Penal, FCU, 1995, pág. 25.

⁸ MALET VAZQUEZ, Mariana, ob. cit. pág. 161.

siempre partimos de la misma base: la existencia misma de una ley que le ordene o autorice actuar de tal forma.

Sea por lo uno o lo otro, es necesario indagar si el disparar y herir o dar muerte a uno o más reclusos que intentan evadirse de un centro de reclusión, y al ser éstas conductas típicas, están amparadas por la causal de justificación cumplimiento de la ley prevista en el art. 28 del Código Penal, determinando que el actuar es en principio, justificado⁹ y por tanto lícito. Por último, será del caso tratar si una ley o un decreto puede a su vez ordenar o permitir atentar contra la vida para evitar una fuga.

3) DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY.

El antecedente inmediato de esta norma fue el artículo 17 numeral 12 del Código Penal de 1889¹⁰ que estaba redactado de forma diferente al actual pues hacía referencia al “cumplimiento de un deber”, concordante con el Código Italiano de 1930¹¹ (redacción que varió nuestro codificador).

Si analizamos la redacción de otros Códigos, podemos apreciar que casi todos emplean términos similares, en los que se hace referencia al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. Así, el art. art. 32 del Código Penal Colombiano, el art. 15 del Código Penal Mejicano, el 20 N° 7 del Código Penal Español, el art. 23 del Código Penal brasilero o el Art. 34 del Código Penal argentino.

La norma sustituyó el concepto de “cumplimiento de un deber” a que hacía referencia el código abrogado, por el concepto “ejecutar un acto ordenado por la ley”, lo que abre la discusión respecto de si estamos ante una redacción de alcance similar o por el contrario distinta ampliando o restringiendo el número de situaciones que podrían quedar amparadas por la justificante.

Podría sostenerse que el concepto *cumplimiento de un deber* es más amplio que el propuesto por nuestro Código vigente, puesto que ampararía cualquier situación en que concurriera en el individuo el deber de lesionar el bien jurídico vulnerado.

MIR PUIG sostiene que la ley como tal sólo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos para quienes ejercen determinados cargos públicos mientras que el ejecutar un acto ordenado por la ley daría lugar a situaciones no necesariamente dentro del ámbito de la autoridad administrativa. Así, excluye

⁹ *Justificar* proviene de *ius facere*, que significa obrar o hacer conforme a derecho.

¹⁰ Artículo 17: Están exentos de responsabilidad penal:

Nº 12 El que obra en cumplimiento de un deber ó en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

¹¹ Art. 51 (Primer párrafo) EJERCICIO DE UN DERECHO O CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o una orden legítima de la autoridad pública, excluye la punibilidad .

específicamente el deber de guardar secreto que tienen determinados profesionales (como abogados y procuradores) o el deber de declarar que tienen los testigos.¹²

Pienso que la fórmula de nuestro Código actual no difiere sustancialmente en cuanto a su alcance ni del Código de 1889 ni del resto de la legislación comparada, puesto que quien ejecuta un acto “ordenado por la ley”, en definitiva no hace más que “cumplir con un deber”. En ambos casos es necesario como presupuesto la existencia de un deber jurídico de actuar.

Sin perjuicio de ello, el moderno Código Penal Francés de 1992¹³ (que entrara en vigencia el 1º de marzo de 1994) parece seguir la tesis de simplificación de la justificante, en una redacción similar a la de nuestro art. 28.

Va más allá el Código Penal alemán que en el Título IV, arts. 32 a 35 trata la legítima defensa y el estado de necesidad sin prever ningún precepto que haga referencia al cumplimiento de la ley aunque nadie ha puesto en duda que quien actúa cumpliendo con la ley o ejerciendo un derecho pueda incurrir en responsabilidad penal.

Para MUÑOZ CONDE, si bien esta causa de justificación sería la más clara, la considera una declaración superflua que igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente junto a las otras eximentes.¹⁴

La causal abarca, y distingue a la vez, claramente, dos situaciones: en el primer caso, el agente realiza un acto ordenado por la ley por lo que cumple con un deber jurídico; debe actuar de esa forma porque así se lo ordena el ordenamiento jurídico. En el segundo caso, el sujeto realiza un acto permitido por la ley. Aquí el *principio de libertad* previsto en el art. 10 de la Constitución adquiere una jerarquía más que relevante puesto que le da a la antijuridicidad ese carácter genérico, por lo que antijurídico sería el acto que contradice al derecho todo y no sólo a las normas penales.

El art. 28 a su vez hace referencia a que esos actos ordenados o permitidos lo son *en vista* de las funciones públicas que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce o de la ayuda que le preste a la justicia. Entiendo que la ley en este caso, no hace más que ejemplificar algunos casos en los que la

¹² MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Ed. PPU, 1990, pág. 518.

¹³ Art. 122-4. No son responsables penalmente quienes realizan una acción impuesta o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias. Tampoco son responsables penalmente los que realizan una acción ordenada por una autoridad legítima, salvo si ésta fuere manifiestamente ilegal.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Ed. Tirant lo blanch, 1996, pág. 351.

persona “cumple con la ley” sin perjuicio de que la enumeración no es, ni podría ser taxativa puesto que quien actúa de acuerdo al derecho no puede cometer un ilícito¹⁵.

3.1) Requisitos fundamentales.

Entre los requisitos objetivos, entendemos que debe existir un deber jurídico de actuar, es decir, un deber impuesto por la ley, entendiendo por tal toda prescripción de carácter general. Dentro del concepto “ley” debemos entonces incluir a las leyes propiamente dichas así como decretos, ordenanzas, reglamentos, etc. El deber jurídico debe ser entonces impuesto por una ley y no puede ser de carácter moral.

Por otra parte, es importante resaltar que es indispensable que el deber cumplido por el agente no sea de rango inferior al infringido, esto es que sea de rango igual o superior.¹⁶ Esto implicaría entender que el deber jurídico que el agente debe cumplir, debe preponderar sobre el deber penal que se infringe porque es de igual rango o superior y por eso se impone a éste último, pero nunca podría ser de rango inferior porque se debería entonces siempre preferir el deber penal de mayor rango. Cuando el acto permitido queda encuadrado dentro de una figura delictiva, su licitud surge de la prevalencia que el ordenamiento jurídico otorga a uno de los bienes en conflicto y que traduce la valoración legalmente consagrada.¹⁷

Es necesario destacar, que la disposición que le ordena o permite actuar debe ser de carácter general, pues si se tratase de una resolución administrativa o una orden, el agente no podría invocar el cumplimiento de una ley sino de un deber específico de obediencia (si fuere el caso) que es una hipótesis distinta y prevista en el art. 29 del Código Penal.¹⁸

Pero lo más importante a destacar en este momento es que cumplir con la ley, no significa cumplir con un reglamento o decreto en forma aislada, sino con todo el ordenamiento jurídico. El término “ley” debe ser considerado como equivalente a “derecho”¹⁹, y como viene de verse, a todo el derecho. Es decir, quien cumple la ley, cumple con la Constitución, la ley y los reglamentos a la vez, pues no se puede

¹⁵ Posición distinta sostiene CAIROLI (ob. cit. pág. 248) quien entiende que nuestro código se aparta de aquellos que han adoptado un criterio permisivo y general, puesto que enumera, expresa y detalladamente los casos en que los actos son permitidos por la ley y LANGON (LANGON CUÑARRO, Miguel, Curso de Derecho Procesal y Procesal Penal, Ed. Del Foro, 2003, pág. 281) quien vincula esa parte del art. 28 a los elementos de orden claramente subjetivos de las causas de justificación. De la misma forma que es necesario que en la legítima defensa se actúe “en defensa de la persona o derechos”, en este caso, se deberá actuar “en vista de las funciones públicas...”.

¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, 1997, pág. 471.

¹⁷ RETA, Adela - GREZZI, Ofelia, Aspectos Penales de la ley de Seguridad del Estado, Colección JVS-4, FCU, pág. 227.

¹⁸ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Ed. Tea, 1992, pág. 414.

¹⁹ LANGON CUÑARRO, Miguel, Código Penal anotado, Tomo I, Parte General, 2003, pág. 115.

desconocer la Ley Suprema bajo pretexto de cumplir con una norma de inferior rango, y mucho menos, cuando ésta última es deliberadamente contraria a aquélla.

Es por eso que el juez, debe analizar en estos casos la licitud o ilicitud del hecho contrastándolo con lo que surge de todo el ordenamiento jurídico y no sólo con lo que podría ser un reglamento militar o policial.²⁰

Por último, debemos tener presente el requisito de carácter subjetivo. El agente debe actuar con la finalidad de ejecutar un acto que le es ordenado por la ley o que simplemente le es permitido. Si por ejemplo actuara motivado por venganza u otra finalidad tampoco estaría amparado. Posición distinta sostiene ZAFFARONI²¹, quien afirma que nadie tiene porqué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende que el titular sepa o no lo que está haciendo. La exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesario e incluso aberrante en un estado de derecho.

3.2) En general la doctrina nacional estudia en forma separada los distintos casos de cumplimiento de la ley y los agrupa en cuatro casos: actos ordenados o permitidos por la ley en virtud de las funciones públicas que desempeña el agente, de la profesión, la autoridad o la ayuda que le presta a la justicia.

Pacíficamente se ha entendido que la situación que se analiza encartaría en la primera hipótesis que prevé la norma por lo que, y a los efectos de no extender este trabajo, se analizará únicamente este supuesto.

Son reiterados los ejemplos que se anotan en los manuales de Derecho Penal en cuanto a que la revisión que realizan los inspectores aduaneros del equipaje o las personas, o la detención que realizan los funcionarios policiales son todas conductas mandatadas o autorizadas por diversas leyes o reglamentos que a su vez están tipificadas como delitos, pero que son legítimos por realizarse en cumplimiento de la ley.

El uso de armas por parte del personal policial o militar también sería una conducta que en principio, podría estar amparada por esta justificante.

4) USO DE ARMAS POR PARTE DEL PERSONAL POLICIAL Y MILITAR.

De acuerdo a lo que prevé la ley y los reglamentos, los funcionarios policiales y militares no sólo tienen el derecho sino también el deber de portar armas. Analizaremos por separado, las normas que reglamentan el uso de armas en cada caso.

²⁰ PESCE LAVAGGI, Eduardo, Causales de justificación en la ley N° 17.243, Rev. De Derecho Penal N° 12, FCU, pág. 60.

²¹ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2005, pág. 465.

4.1) De los funcionarios policiales.

Si analizamos las normas que refieren al uso de armas por parte de estos funcionarios, encontramos que todas están guiadas por los mismos principios generales: su uso será excepcional y sólo en los casos en que se ejerciera violencias contra los funcionarios o contra terceros (equiparando más la situación a un caso de legítima defensa que a la justificante cumplimiento de la ley).²²

Así observamos estos principios en la *Guía Policial de 1883* del 4/9/1883 que prevé que “sólo se podrá hacer uso de sus armas si se ejercieren violencias o vías de hecho contra ellos”, en el *Reglamento de Instrucción para Sargentos de 1889* que disponía que le está prohibido a los sargentos y guardias civiles “salvo los casos de legítima defensa, el uso de sus armas para someter criminales o infractores...”, en el *Manual del agente de seguridad de 1963*, que en el capítulo X y bajo el rubro “Casos en que el agente puede hacer uso de sus armas” dice que “...Sólo hará uso de las armas cuando se viera atacado a mano armada, o cuando al acudir en auxilio de un tercero a su vez agredido a mano armada su autoridad fuera desconocida por el atacante,, y no pudiera menos que recurrir a aquel medio para evitar la agresión”.²³

Por su parte la *Ley orgánica Policial* (N° 13.963 del 22/5/1971 modificada por la ley N° 16.707 del 12/5/95) dispuso en el artículo 5 y acorde a los principios mencionados, que “el personal policial utilizará las armas, la fuerza física 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”.

Ni siquiera el primer Proyecto de ley de Seguridad del Estado de 1970²⁴ ni la ley N° 14.068 del 10 de julio de 1972 de Seguridad del Estado dictada en momentos de conmoción interna se apartó de estos principios cuando dispuso en su art. 2 que “los funcionarios militares o policiales en supuestos de comportamientos destinados a dominar a quienes atentan contra la Constitución y se resistan a mano armada, están comprendidos en el artículo 28 del Código Penal”.

²² Posición distinta sostiene SOLER quien entiende que si bien se condiciona el uso de armas por parte de la fuerza pública a casos de peligro personal o de extrema necesidad para rechazar o vencer una violencia, siempre estamos ante un caso de cumplimiento de la ley y no de legítima defensa. Ob. cit. pág. 415.

²³ Ver con más amplitud en Jurisprudencia N°2, Uso de armas por parte de funcionarios policiales. El cumplimiento de la ley como causa de justificación, LANGON CUÑARRO, Miguel, Revista del INUDEP, Año VIII, N° 11, Ed. EMBA págs. 141 y ss.

²⁴ En dicho proyecto de ley, que fuera el antecedente de la Ley de Seguridad del Estado, se exigía “la resistencia armada” o “la agresión, cuando fuere inminente el peligro para la integridad física o la vida de los funcionarios actuantes”. Ver Adela RETA-Ofelia GREZZI, ob. cit. pág. 213-214.

La declaración AG/34/69 del 17 de diciembre de 1969 de la Asamblea General de las Naciones Unidas integra nuestro derecho positivo nacional atento a la remisión expresa que realiza el inciso 4º del art. 5 de la Ley Orgánica Policial de acuerdo a las modificaciones de la Ley N° 16.707.²⁵ Dicha declaración dice en su artículo 2 que “los oficiales encargados de cumplir la ley deben respetar y proteger la dignidad humana y mantener y apoyar los derechos humanos de todas las personas. El art. 3 dictamina que los oficiales encargados de hacer cumplir la ley, pueden emplear la fuerza sólo cuando fuere estrictamente necesario. Y por último el art. 5 dice que “ningún oficial encargado de hacer cumplir la ley puede infligir, instigar o tolerar cualquier acto de tortura u otro tratamiento o pena cruel, inhumano o degradante, ni puede invocar órdenes superiores o excepcionales circunstancias, tales como el estado de guerra o intento de guerra, atentado contra la seguridad nacional, inestabilidad política internacional o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura o de cualquier otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante”. Todos estos principios están naturalmente incluidos en nuestra Carta Magna.

Así, los artículos 7, 26, 72 y 332 ofrecen el marco constitucional que coloca al bien jurídico vida por encima de todos los otros, siendo un bien no disponible. La única excepción admitida es la legítima defensa, el estado de necesidad (prevista en los arts. 26 y 27 del Código Penal) y la situación del soldado que diere muerte en la guerra (situación en la cual no se le va a exigir actuar en legítima defensa ni en estado de necesidad) y siempre que fuere declarada por el Poder Ejecutivo previa resolución de la Asamblea General (arts. 85 numeral 7 y 168 numeral 16 de la Constitución). Cabe destacar, que cuando la Constitución en el art. 26 prohíbe aplicar la pena de muerte, se refiere a una pena institucional, consecuencia de un juicio en el que se le brindaron al justiciable todas las garantías y finalmente se le declaró culpable. Pero la interpretación racional de dicho artículo en conjunto con las otras normas citadas, nos lleva a concluir que si la Constitución prohíbe quitarle la vida a una persona luego de un juicio y ejecutada por el Estado, mucho menos podrá autorizar disponer de la vida en otros casos en los que ni siquiera existirían esas garantías.²⁶

Sin perjuicio de ello, por *decreto N° 110/002* del 22 de marzo de 2002 el Estado parece querer legitimar la pena de muerte.

²⁵ LANGON, Miguel, Curso cit., pág. 308.

²⁶ En igual sentido, GOROSITO, Ricardo, “El derecho a la vida, su protección constitucional”, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo XI, N° 62, págs. 141 y ss.

El art. 1º del citado decreto no hace más que repetir lo dispuesto en las normas anteriores, en especial, lo legislado por la Ley Orgánica Policial en cuanto a los principios de racionalidad, progresividad y proporcionalidad, así como el de excepcionalidad o *ultima ratio* que deben tener presentes los agentes antes de usar un arma.

Sin embargo, la norma cae en una ridícula contradicción y parece esquizofrénica, porque lo que afirma y ordena en el art. 1º se contradice con lo que dispone en el art. 2º. Este artículo reglamenta el procedimiento que deberá seguir el funcionario apostado en el entorno de los establecimientos carcelarios. El mismo guarda similitud con el previsto para el personal militar, aunque acá la norma, como se verá, da un paso más que la transforma en flagrantemente inconstitucional e ilegal. En efecto, el funcionario ante un caso de fuga deberá dar la voz de “alto”, luego repetir la advertencia de que se hará uso del arma de fuego, luego efectuar dos disparos al aire y si aún persistiera la persona con intención de fugarse, “se le disparará a los fines de su detención efectiva”. El decreto no lo dice directamente, pero el funcionario policial que lo deba cumplir (sea el oficial que da la orden o el agente que la cumple) puede entender que le está autorizado dar muerte al fugado, que sin lugar a dudas, es la forma más efectiva de detenerlo.

Decíamos que la contradicción es ridícula y palmaria y no parecen ser dos artículos de un mismo decreto, porque a nadie se le puede ocurrir que si a un funcionario policial se le ordena utilizar las armas en “forma racional, progresiva y proporcional, debiendo agotar antes los mecanismos de disuasión adecuados”, luego el art. 2 pueda afirmar que disparar a un recluso desarmado que intenta fugarse aun dándole muerte, es una forma racional, progresiva y proporcional de usar las armas. La progresividad, y tratando de encontrarle una explicación a la norma, estaría enmarcada tal vez en el hecho de que el agente policial le gritó “alto” (ojalá lo haya escuchado) y le advirtió que haría uso de un arma si continuaba en esa actitud. Debemos olvidar acá otros medios de disuasión que están o deberían estar al alcance de los centinelas como ser luces, perros, palos, otros funcionarios apostados por fuera de los alambrados en motos o camionetas, etc. , para entender que de la voz de alto se puede pasar al uso de armas, cumpliendo con este requisito. ¿Pero se cumple con la racionalidad del uso del arma? ¿Y es proporcional el uso de un arma de fuego contra una nula resistencia y acometimiento? Evidentemente no.

En esta instancia tenemos que resolver la contradicción que existe en el ordenamiento legal puesto que un decreto viola deliberadamente la Constitución y todas las normas que regulan el uso de armas, y se contradice además, a si mismo. En un análisis apresurado de la situación, se podría concluir que el policía que diere

muerte a un recluso que pretende fugarse luego de haber cumplido con los requisitos exigidos por el art. 2 del decreto 110/002, habría actuado legítimamente porque actuó en cumplimiento de la ley, por lo menos en sentido formal.

LANGON sostiene que el mencionado decreto se apodera de un asunto que es reserva de la ley. En realidad el art. 2 del decreto ordena, manda con carácter general al personal policial actuar de determinada forma, por lo que el asunto deriva no ya en el cumplimiento de la ley sino en la obediencia a un mandato de la máxima autoridad del Estado, lo que hace que el caso se deba resolver en la órbita de la obediencia debida prevista en el art. 29 del Código Penal, trasladándose las eventuales responsabilidades hacia el que tuvo poder de disposición o indujo en error.²⁷

4.2) Del personal militar.

Al analizar las normas que regulan la actuación de los centinelas militares, observamos que por la lógica de los hechos, no prevén que alguien quisiera fugarse del recinto sino ingresar al mismo sin autorización y poniendo en riesgo la integridad o la vida del propio centinela, del resto de los militares, así como las fortificaciones y armas que se encuentran en el lugar.

Sin perjuicio de ello, el art. 77 de la ley N° 17.243 refiere, al final del mismo, que la presunción regirá siempre que dichos actos se hubieren ejecutado “conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares”. Esta parte de la norma podría tener dos interpretaciones: o hace referencia a que se pretende que los funcionarios militares a los que se refiere, se rijan por las normas previstas en materia de seguridad en instalaciones militares y no por las normas civiles, o por el contrario, lo que intenta es dar el marco legal y así justificar la actuación de dichos funcionarios militares, cuando actúen de acuerdo a lo que dispongan dichas normas de seguridad militar, cualquiera sea el resultado. Nos inclinamos por la primera de las opciones, si bien reconocemos que de acuerdo a la exposición de motivos de la ley, probablemente se haya intentado de esta forma dar el marco legal para que los militares que ahora custodian determinados establecimientos carcelarios, puedan disparar aun contra reclusos desarmados y herirlos o darles muerte, sin tener que observar siquiera los mínimos principios de excepcionalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad antes vistos.

Pero la disposición, aunque así la entendiéramos, se equivoca. Porque el solo cumplir con la llamada “consigna del centinela”, no le habilita a éste en momento alguno a usar la fuerza fuera de los casos previstos por sus propios reglamentos y normas militares, sin olvidar lo dispuesto en la Constitución que demás está decirlo, está por encima de ellos.

²⁷ LANGON CUÑARRO, Miguel, Código Penal anotado citado, pág. 116-117

Esto se vuelve más nítido aun, una vez que se analizan las disposiciones que rigen la actuación de los centinelas en materia de seguridad de establecimientos carcelarios a los efectos de evaluar si existe una norma que ordene o permita disparar a una persona desarmada y que huye del lugar.

Así, el art. 17 del *Código Penal Militar* dispone que cuando un militar ejecuta un delito en acto de servicio, por orden superior, se presume que concurren a su respecto las circunstancias que especifica el art. 29 del Código Penal, salvo prueba en contrario. Salvo el art. 46 que describe el delito contra la vigilancia y que naturalmente no reglamenta la forma de actuar del militar por no corresponder en esa norma, no existe ninguna otra disposición al respecto que merezca ser citada en este trabajo.

El *Código Militar* (Ley 1.714 de 1884), dispone en el art. 107 que “todo centinela hará respetar su persona y sólo podrá hacer uso del arma en los casos siguientes:

Contra una o más personas que lo acometan o violando su consigna y despreciando su intimación, intenten penetrar en el puesto que defiende”.

Por su parte, el art. 122 reglamenta la llamada “consigna del centinela” disponiendo: “Toda centinela apostada en la muralla, puerta o paraje que pida precaución, desde la retreta hasta la diana, dará el ¿QUIÉN VIVE? a cuantos llegaren a su inmediación, y respondiendo “PATRIA”, se preguntará ¿QUÉ GENTE? ¿QUÉ REGIMIENTO? Si los preguntados respondieran mal, dejasen de responder, repetirá dos veces el ¿QUIÉN VIVE? Y sucediendo lo mismo, llamará la guardia para arrestarlo y solamente en caso de que tomare una actitud hostil, hará uso de su arma”.

Ambas normas siguen los principios mencionados en ocasión de tratar las específicas para el personal policial. Como puede apreciarse, ninguna de las dos disposiciones autoriza al militar a hacer uso de sus armas sino en caso de legítima defensa (contra personas que lo “acometan” o intenten “penetrar el puesto que defiende” o en el segundo caso cuando refiere a que “solamente en caso de que tomare una actitud hostil, hará uso de su arma” siendo una actitud hostil aquella que sea agresiva, enemiga o de acometimiento.

El *Reglamento General del Servicio de las FF.AA. N° 21* (aprobado por decreto N° 305 del 29/7/2003) dispone en el art. 476 que “todo centinela hará respetar su Consigna y sólo podrá hacer uso de su arma en cumplimiento de su misión o en salvaguarda de su vida, en la medida coercitiva y racional que las circunstancias impongan”. Por último, vale la pena tener presente lo dispuesto en el art. 725 literal h) que refiere a la conducción de detenidos puesto que en todo caso la norma hace referencia a usar las armas en caso de que haya que enfrentar una agresión armada,

nunca contra detenidos desarmados, y siempre procurando mantener la seguridad del preso.²⁸

Del análisis de estas disposiciones, se puede concluir que siquiera existe norma o reglamento especial que ordene o permita a un militar en esa situación el hacer uso de su arma contra una persona desarmada que pretenda huir del lugar.

5) CONCLUSIONES.

Entre la más prestigiosa doctrina nacional podemos citar a LANGÓN quien afirma que el empleo de las armas es un recurso extremo, de carácter subsidiario, de utilización excepcional, por lo cual debe preferirse y exigirse que se use cualquier otro medio menos grave para cumplir la finalidad específica de que se trate²⁹, teniendo en cuenta la proporcionalidad de la reacción frente a la agresión de que se es objeto³⁰. A su vez concluye que la resistencia sin armas debe ser dominada sin ellas, y la fuga no autoriza el uso de armas, aunque no hubiera otro medio de impedirla, logrando la recaptura del criminal³¹.

CAIROLI, por su parte y citando a BAYARDO, entiende que es equivocado suponer que la muerte o lesión por uso de armas por parte de un policía siempre es una hipótesis de cumplimiento de la ley y sólo estaremos ante este caso cuando una ley o Reglamento de Policía autorice expresamente la resistencia armada y la posibilidad de causar una lesión o la muerte, admitiéndolo expresamente en los casos de legítima defensa³².

PESCE sostiene que no sólo es necesario analizar el cumplimiento de los requisitos formales sino que además habrá que apreciar si se ha ejercido la función en forma abusiva por no respetarse las reglas de racionalidad y proporcionalidad por parte de quien cumple con el deber jurídico impuesto por la ley.³³

²⁸ Art.725: Literal h) En caso excepcional y como último recurso para impedir que los prisioneros le sea arrebatados o se fuguen, los custodias podrán hacer uso de sus armas de fuego en los siguientes casos:

- Agresión a mano armada por parte de los conducidos o de terceros.
- Intervención violenta de grupos numerosos de personas, con el propósito de liberar por la fuerza o arrebatarlos con otro fin, aunque no empleen armas en su acción.
- Cuando el preso se trabara en lucha con la custodia pretendiendo desarmarla.
- Cumpliendo consignas especiales impartidas por escrito, con la firma del Comandante de la Guardia o Destacamento, entendiéndose por Consigna especial, todo procedimiento cuyo fin único lo que procura es la seguridad del preso frente a cualquier acto o intento de liberación, según la naturaleza de su conducta o delito.

²⁹ LANGON CUÑARRO, Miguel, Curso cit., pág. 307.

³⁰ Idem, pág. 308.

³¹ Ibídem, pág. 306.

³² CAIROLI, Milton, ob. cit. pág. 234.

³³ PESCE LAVAGGI, Eduardo, ob. cit., pág. 56.

Respecto del art. 77 de la ley 17.243.

Como vimos, nuevamente fue rechazado por el Poder Legislativo el proyecto de ley que intentaba legalizar la lesión o muerte de un ciudadano desarmado que pretendiera fugarse de un establecimiento carcelario. Así, el art. 77 de la ley 17.243 no recogió el proyecto original del Poder Ejecutivo y sólo admitió la presunción de la existencia de una causal de justificación respecto de los actos cumplidos de acuerdo a los requisitos por ella previstos.

Otros autores consideran que si la intención del art. 77 fue la de tutelar a determinados funcionarios por la naturaleza de las tareas que cumplen, la solución debió orientarse hacia otra causa de justificación como la obediencia debida, desplazando la responsabilidad desde el ejecutor material hacia quien impartió el orden que está en la base de la conducta lesiva.³⁴

No se entiende el contenido y alcance de esta presunción puesto que, como dijimos, de acuerdo al principio de inocencia, es el Estado quien deberá probar la culpabilidad del militar que actuó en esas circunstancias, por lo que el principio de inocencia operaría ya como una presunción de cumplimiento de la ley: la conducta del militar será lícita hasta que se pruebe lo contrario.

Sin perjuicio de ello, la presunción es relativa y sólo implica que se entenderá que el militar que actuó de tal o cual manera, lo hizo en cumplimiento de la ley. Dicha presunción al ser relativa, tiene como consecuencia que el Ministerio Público deba probar que el militar no actuó cumpliendo la ley, lo que siempre y en todo caso, exista o no la presunción, debe hacer.

En definitiva, será necesario que el juez analice al momento de juzgar, si el militar actuó conforme a *todo el derecho* para saber si su conducta por lo tanto es lícita. Es por ello, que como viene de verse, todo redundará en analizar si el derecho le ordena o permite actuar de esa forma, en el caso, incluso a costa de la integridad física o la vida de un ciudadano.

Como dijimos antes, el art. 77 de la ley 17.243 además de innecesario y demagógico como concluye PESCE³⁵ es absolutamente vacío e inaplicable. No dice absolutamente nada. La presunción es absolutamente innecesaria, y exista o no el art. 77 mencionado, la consecuencia es siempre la misma: será necesario que el derecho le ordene o permita actuar de esa forma.

En conclusión, contrariamente a lo que el legislador supuso – o presupuso – al dictar la ley en comentario, no existe (ni podría existir) norma, general o particular,

³⁴ SCAPUSIO, Beatriz-FERNANDEZ, Lina, Legislación penal de emergencia y sistema de garantías, en Revista de la Facultad de Derecho N° 17, pág.178.

³⁵ PESCE LAVAGGI, Eduardo, ob. cit. Pág. 64.

que ordene o permita a un militar en circunstancia alguna, herir o dar muerte a una persona que intente fugarse desarmada, cuando con ello ésta no ponga en peligro inminente la vida o integridad de las personas. Es falso afirmar que si el militar cumple con la consigna del centinela prevista en las disposiciones analizadas *supra*, y disparando a un recluso que intenta fugarse lo hiere o le da muerte, habrá actuado en cumplimiento de la ley. Como se ha visto en el lugar correspondiente, la llamada “consigna del centinela” no admite que se dé muerte a una persona, por el sólo hecho de ignorar la misma. Es más: en el único caso en que se admite la lesión o muerte, ello es con referencia al de quien demuestre una actitud hostil o penetrar en el puesto que se defiende, lo que es claramente compatible con los principios de la legítima defensa (y éste sería, únicamente, el caso de aplicación de la consigna del centinela). No incluye el caso de quien pretendiera fugar, como habilitante de la facultad de darle muerte o lesionarlo.

Ello lleva a concluir que los reglamentos aplicables son bastante menos inhumanos de lo que frívolamente el legislador supuso, llegando a creer en una facultad de lesionar o matar que derechamente no existe en la reglamentación referida por el art. 77 de la ley 17.243.

En consecuencia, si un militar hiriera o diere muerte a un recluso en esas circunstancias, deberá responder por lesiones u homicidio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 del Código Penal, por el cual se podría trasladar la responsabilidad a quien dio la orden.

Respecto del decreto 110/002.

Este decreto es una de las monstruosidades jurídicas que nuestro país tiene el desgraciado honor de mantener.

Como hemos dicho, la norma no sólo contradice todos los principios, normas constitucionales, internacionales y nacionales, sino que se contradice a sí mismo, al disponer, por una parte, en el art. 1º, el uso de armas en forma racional, proporcional y progresiva y autorizar, seguidamente, en el art. 2, en abierta oposición al primero, un uso ni racional ni proporcional ni progresivo del arma, como se advierte fácilmente con sólo considerar el acto que autorizaría: la lesión o muerte de un ciudadano que pretende fugarse sin oponer resistencia armada.

Estaríamos ante una aparente contradicción, porque un decreto ordena con carácter general lo que todo el ordenamiento positivo, incluido el art. 1º del mismo decreto, prohíbe.

Las normas pueden incurrir en contradicciones, pero los jueces no pueden dictar sentencias contradictorias porque violarían el principio republicano. Por ello, siempre que se produzcan esas contradicciones, la jurisdicción debe controlar su

constitucionalidad compatibilizando los tipos penales (sus normas) y estableciendo cómo uno prevalece sobre el otro o lo recorta, o bien declarar la inconstitucionalidad de uno de ellos. Si el legislador real no es racional, el juez siempre tiene el deber constitucional de serlo y de eliminar las contradicciones del legislador.³⁶ Por el *principio de contradicción*, una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida, de tal manera que no pueden ser válidas ambas a la vez y deberá preponderar una sobre la otra.³⁷

El principio republicano exige que las sentencias respeten el *principio de coherencia o no contradicción*, y para ello deben elaborar el material legal, y las normas que de él se deducen, como un orden o todo coherente, en el que juegan otras normas penales y no penales, como también las normas constitucionales e internacionales.³⁸

El juicio de antijuridicidad pregunta si el permiso constitucional se mantiene a través de un permiso legal que, de afirmarse, deja a la acción inmune a cualquier interferencia de la norma de coerción (por prohibición o mandato) e impide que se habilite el ejercicio del poder punitivo sobre el agente.³⁹

En otras palabras, como ya se manifestó, no cumple con la ley quien actúa de acuerdo a un decreto y en contra de la ley y la Constitución. Cumple con la ley quien cumple con el derecho todo. Y si un decreto, viola deliberadamente la Constitución, el agente debe preferir ante todo el respeto de la vida y la norma fundamental.

Como destacamos antes, el art. 5 de la Declaración AG/34/69 del 17 de diciembre de 1969 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (que integra nuestro derecho positivo nacional atento a la remisión expresa que realiza el inciso 4º del art. 5 de la Ley Orgánica Policial de acuerdo a las modificaciones de la Ley N° 16.707) prohíbe la tortura, tratos crueles o inhumanos en cualquier momento, incluso de conmoción interna, guerra, etc., descartando además que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley pueda invocar una orden de un superior. ¿Cómo puede entenderse que al funcionario policial le esté prohibido torturar o someter a tratos inhumanos bajo ninguna circunstancia a un detenido e incluso a uno que se fugó y fue recapturado, pero sí puede darle muerte?

Es la Constitución el árbitro inapelable para resolver los problemas no poco frecuentes de contradicción de normas jurídicas. Según dispone el propio art. 20 del

³⁶ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA-SLOKAR, ob. cit. pág. 473.

³⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, 1997, pág. 378.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, 2000, pág. 462.

³⁹ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA-SLOKAR, Manual, pág. 458.

Código Civil, deben interpretarse las normas de modo que entre todas ellas exista la debida correspondencia y armonía. Por ello, una norma o grupo de normas no puede prevalecer contra la totalidad del sistema. Pero aún así, quien brinda el dictamen definitivo es el principio constitucional. Así, cuando a quien debe juzgar una situación se le presentan dos normas diversas o antagónicas, y una de ellas es contraria a los principios constitucionales, debe preferir aquélla interpretación que es adecuada al principio, que se muestra a favor de la Carta.⁴⁰

Debe pues lograrse una total coherencia entre los principios fundamentales proclamados por un Estado democrático y republicano como el nuestro y su aplicación cotidiana en la ley y la justicia penal, ya que tales principios constituyen el compromiso del Estado uruguayo con sus habitantes y de los habitantes con el Estado. Tal planteamiento no puede ser jamás atacado o menospreciado ni siquiera por razones de inseguridad ciudadana ni por necesidades de defensa social.⁴¹

En consecuencia, igual solución propugnamos para el caso del funcionario policial encargado de la guardia de un establecimiento carcelario que disparara contra un recluso desarmado y en casos de que no corra peligro su vida o la de terceros, deberá responder por el delito de lesiones u homicidio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 Del Código Penal, mediante el cual se podría desplazar la responsabilidad hacia la persona que impartió la orden.

Si el Estado pretende erradicar o disminuir la violencia a niveles tolerables, sería plausible que empezara por desterrarla en el propio sistema, en especial, no induciendo a quienes tienen el deber de respetar y proteger la vida, a preferir un bien jurídico menor por ante el bien jurídico que es soporte de todos los demás.

⁴⁰ CHAVES, Gastón José, El Derecho Constitucional y el Derecho Penal, en Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo de Dardo PREZA, Tomo II, Ed. Ingranusi Ltda., 2000, pág. 131.

⁴¹ SCAPUSIO, Beatriz-FERNANDEZ, Lina, ob. cit. pág. 185.