

FUNCIONARIO POLICIAL, SU AMPARO EN LA LEGITIMA DEFENSA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

por

EDUARDO DUARTE NOSEI

Nuestro Código Penal contempla en su articulado diversas situaciones que enervan la antijuridicidad de la conducta de quien, en principio, ha registrado la encajabilidad de su proceder en determinada norma incriminatoria.-

La "legítima defensa", el "estado de necesidad", el "cumplimiento de la ley" y la "lesión consensual", integran las denominadas "causas de justificación", excluyendo de estas "la obediencia al superior", en mérito a que nos inclinamos a considerarla, como lo hace buena parte de la doctrina penalista, una eximente de culpabilidad debido a que la misma se resuelve, en definitiva, en un error de quien obedece.

En el caso considerado, nuestro enfoque estará dirigido a intentar determinar si el funcionario policial, que es quien desarrolla aquella "...actividad del estado para defender por los medios del poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que puedan provocar las existencias individuales..."⁽¹⁾, puede ser destinatario de las normas que edictan los artículos 26 -Legítima Defensa- o el artículo 28 -Cumplimiento de la Ley-.

La inaplicabilidad del "estado de necesidad", artículo 27, del Código Penal, resulta clara porque la propia norma descarta la eximente citada respecto a aquellos que tienen el deber jurídico de soportar el mal. En esta situación, lo expresado no significa, a nuestro juicio, que deba entenderse "como la obligación del funcionario" a "inmolarse", sino en el sentido de que, por su propio cargo, "tiene el deber jurídico de poner en riesgo bienes jurídicos y precisamente, es dentro del eximente el ejercicio legítimo del cargo, donde deben discutirse los requisitos de proporcionalidad de los bienes jurídicos en juego..."⁽²⁾.

(1) Savater-Fernando. Policía y razón de Estado, en Rev. "No hay derecho". Año 1, N°3 Abril-Mayo 1991, pág.9.

(2) Zuñiga Rodríguez-Laura. Libertad personal y Seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público Ed. PPU, Barcelona, 1993, pág. 305.

Previo a determinar si los institutos de la legítima defensa y el cumplimiento de la ley le resultan aplicables al funcionario policial en el desempeño de sus cometidos, estimo pertinente efectuar algunas precisiones.

La primera de ellas, referida al contenido de la función policial.

Savater, citando a Adolfo Posada, expresa que, considerada la policía como "...una manifestación de la actividad del Estado, comprende, en rigor, todo lo que el mismo desarrolla prácticamente para hacer efectivas y eficaces sus funciones ordenadoras y tutelares.... La policía consiste en la puesta en práctica por el Estado de lo contenido en sus promesas. Se trata pues, de una presión de algo así como la fuerza de empuje que el Estado tiene para imponerse..."⁽³⁾.

Por su parte Antonio Berastain⁽⁴⁾ dice que "en muchas comunidades, el policía encargado de velar por el orden y la paz de la sociedad no cuenta, sin embargo, con el apoyo ni con el aprecio de esa sociedad. Esta lo considera como un número, como un objeto, como un ser molesto y a veces, como un indeseable..."

El cumplimiento de las funciones "ordenadoras y tutelares" en representación del Estado, que mencionaba Savater, provocan reacciones en los destinatarios de las mismas porque conllevan, en muchos casos, la restricción de derechos fundamentales del individuo.

Basta pensar nada más, a vía de ejemplo, en la privación de libertad que provoca una detención, aunque la misma se realice dentro de los parámetros que marca la ley, porque limita el ejercicio de uno de los más preciados derechos del ser humano.

A nadie le puede resultar extraño, entonces, advertir que la función policial resulta urticante y que, los asertos expuestos por los autores precedentemente citados se adecuan, en general, a nuestra realidad.

El texto constitucional le otorga al Poder Ejecutivo, "la conservación del orden y tranquilidad en lo interior" (art. 168, Inc. 1º), lo cual, en la práctica, se cumple por el Ministerio del Interior a través del Instituto Policial, dependiente de dicha Secretaría de Estado. La ley Orgánica Policial establece que como *policía administrativa* compete el mantenimiento del "orden público y la prevención de los delitos y dar protección a los individuos, otorgándoles las garantías necesarias para el libre ejercicio de sus derechos y la guarda de

⁽³⁾ Savater-Fdo., ob. cit. pág. 9.

⁽⁴⁾ Berastain-Antonio, en Rev. Colegio de Abogados penalistas del Valle, Cali, Colombia, N^o 10 y 11 I y II Semestres 1984, pág. 609.

sus intereses, en la forma que sea compatible con los derechos de los demás". "El orden público es el estado de hecho en que se realizan los valores de tranquilidad y seguridad pública, la normalidad de la vida corriente en los lugares públicos, el libre ejercicio de los derechos individuales, así como las competencias de las autoridades públicas". (art. 2º ley cit.).

Por su parte, el artículo 5º edicta que "los servicios policiales emplearán bajo su responsabilidad los medios razonablemente adecuados y en igual forma, elegirán la oportunidad conveniente para usarlos". Sobre dichos principios volveremos oportunamente.

La legítima defensa. Art. 26 del Código Penal.

En segundo término, corresponde que señalemos cuáles son los elementos que nuestro Código Penal en su artículo 26 recoge de la legítima defensa para declarar la exención de responsabilidad: a) que exista una agresión ilegítima; b) la necesidad racional del medio empleado para regular dicha agresión o para impedir el daño y, finalmente, c) la inexistencia de una provocación suficiente por parte del que se defiende.

Teniendo en cuenta los extremos legales preindicados, corresponde considerar si es admisible o no la legítima defensa en el ejercicio de un cargo público, más concretamente, en el ejercicio de la función policial.-

¿Es aplicable al policía la legítima defensa?

Sobre el particular aludiremos a dos tesis: una amplia y otra restringida. Entre los penalistas que adhieren a la primera, o sea quienes admiten la aplicabilidad de la legítima defensa a los funcionarios públicos se encuentran Mir⁽⁵⁾ y Córdoba Roda⁽⁶⁾. Los mencionados doctrinos resaltan la esencialidad del requisito "proporcionalidad", propio de la exigente cumplimiento de la ley, al cual consideran más exigente que el de "necesidad racional" del medio empleado para impedir "la agresión", lo que provoca la indefensión de los funcionarios ante una agresión ilegítima contra su persona o la de terceros. Agrega Mir⁽⁷⁾, que la exigente que nuestro Código Penal edicta en el artículo 28, no es aplicable a la defensa de personas en particular sino que está prevista para el amparo del derecho y de aquellos intereses ajenos, los cuales el estado debe garantizar a través de los segmentos del control social pertinentes de que dispone.

⁽⁵⁾ Mir Puig-Santiago. Derecho Penal. Parte Gral., PPU, 3ª Edición, pág. 519-520.

⁽⁶⁾ Córdoba Roda-Juan. Comentarios al Código Penal, Barcelona, Ed. Ariel, T. I, pág. 271.

⁽⁷⁾ Mir Puig. S., ob.cit. pág. 521.

Por la otra parte, los sostenedores de la tesis restringida como Queralt⁽⁸⁾, Cerezo Mir⁽⁹⁾, Portilla⁽¹⁰⁾, consideran inaplicable la legítima defensa y el estado de necesidad al funcionario público, en mérito a que dichos eximentes de antijuridicidad corresponden al área del cumplimiento del ejercicio legítimo del deber.-

A nuestro juicio, la posibilidad que el funcionario público -en el caso concreto, el funcionario policial- esté amparado o no en su actuación, por la causa de justificación de la "legítima defensa" exige una previa distinción. Esta consiste en diferenciar su conducta dentro de las áreas pública y privada, es decir, interviniendo como agente estatal o como particular, porque es en el cumplimiento de funciones públicas que puede, eventualmente, imputársele un delito como tal, o podrá ser destinatario de la protección penal.

Y como dice Laura Zúñiga Rodríguez⁽¹¹⁾ "no sería lógico que el derecho penal lo considere sujeto activo y sujeto pasivo (delitos de atentados, etc.) cuando está en el ejercicio de la función pública, y de otro lado, le niegue la causa de justificación por excelencia estando como particular".-

No invalida el precedente aserto, que la ley considere la función policial "permanente e indivisible"⁽¹²⁾ porque dicha disposición, a nuestro juicio, debe entenderse como referida a obligaciones del funcionario que son de interpretación restringida lo cual, obviamente, no significa que conlleve restricción de derechos⁽¹³⁾.

Pero es más ; "el hecho de que una persona opte por profesión la de ser funcionario policial, de ninguna manera puede conllevar menores derechos que cualquier ciudadano cuando aquel actúe como particular, ya que cuando no está de servicio no se encuentra premunido de todos los medios y derechos que su cargo le otorga. Argumentar lo contrario, creo que sería incluso lesivo al principio de igualdad..."⁽¹⁴⁾.

(8) Queralt-Juan Josep, en "Tirar a Matar" Cuadernos de Política Criminal, N° 21,1983. Inst. de Criminología de la Univ. Complutense de Madrid, Ed. de Derecho Reunidas S.A., pág. 736.

(9) Cerezo Mir-José "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, pág. 282. 1987, N° 40. Ministerio de Justicia, Secretaria Gral. Técnica.

(10) Portilla Contreras-Guillermo."El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público". Madrid, Edersa, pág. 376 y ss..

(11) Zúñiga Rodríguez-L. en ob. cit. pág. 306.

(12) Ley Orgánica Policial, art. 34.

(13) Cf. Zúñiga Rodríguez-Laura, ob. cit. pág. 307.

(14) Ibidem, pág. 307.

En definitiva, estimamos que ante las tesis restringida y amplia que hemos expuesto ante nuestra legislación penal vigente, corresponde adoptar una posición que incluya aspectos ya contemplados en aquellos, porque si bien el requisito de la "proporcionalidad" ya aludido aparece para los afiliados a la primera teoría más restrictivo, exigente, tampoco puede perderse de vista que si en el cumplimiento de la ley, el policía puede continuar ocurriendo a la violencia no obstante el cese de la agresión ilegítima, dicha proporcionalidad no reviste sucesivamente una mayor restricción⁽¹⁵⁾. Y en cuanto a los extremos que constituyen la esencia de la posición restringida, no resulta adecuado, a nuestro juicio sostener que sean exclusivamente los representantes del Estado, desprendidos de su calidad de personas que no están en condiciones de registrar la encajabilidad de una conducta dentro de los límites de la legítima defensa que edicta el art. 26 del Código Penal en mérito, además, que si así fuera, dicho funcionario, como individuo se encontraría en un plano de desigualdad con los demás ciudadanos⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, entendemos que la situación del funcionario público, con relación a la legítima defensa en la siguiente:

1) Que las actuaciones del funcionario policial en aquellas situaciones que debe intervenir como tal, en general, está amparada por la eximente del artículo 28, cumplimiento de la ley.

2) Que en casos excepcionales, cuando dicho funcionario se encontrare ante el peligro apremiante, imperioso, para su integridad física o con riesgo de vida y también la de terceros y si su actuación no fuere alcanzada por la eximente del cumplimiento de la ley pero que sí estaría ceñida a los extremos de la legítima defensa, estará amparado por esta causa de justificación.

3) Que cuando el funcionario policial actúa como particular, le resulta aplicable la eximente de la legítima defensa en cuanto correspondiere.

El cumplimiento de la ley. Art. 28 del Código Penal.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, la eximente cumplimiento de la ley está considerada en el artículo 28⁽¹⁷⁾, refiriéndose a "actos ordenados o permitidos por ley", en virtud de los siguientes extremos: a) de las funciones públicas que desempeña el agente; b) de la profesión del agente que las cumple; c) en vista de la ayuda que le presta el agente que los cumple; y d) en vista de la ayuda que le presta la justicia.

⁽¹⁵⁾ Ibidem, pág. 308.

⁽¹⁶⁾ Cf. Zuñiga Rodríguez, en ob. cit. pág. 307.

⁽¹⁷⁾ Código Penal Uruguayo, art. 28.

La actuación del funcionario policial en hechos como intercepción y apertura de correspondencia postal o telegráfica, allanamientos, etc., en principio, estaría amparada por el cumplimiento de actos ordenados o permitidos en virtud de una disposición legal.

Como dice Soler, cuando un agente de policía detiene a un delincuente -que en esencia significa privar de libertad a un individuo- está actuando jurídicamente tipificando un acto totalmente jurídico y, al hacerlo, "actúa la Ley"⁽¹⁸⁾.

Resulta lógico o que ese "actuar la ley" deberá cumplirse dentro del marco de concretos márgenes.

No deben perderse de vista las especiales características que reviste la función policial, la cual no está exenta, en muchas ocasiones, del ejercicio de la violencia.

La demarcación citada surge de claros principios jurídicos que legitimen la intervención policial, particularmente en las situaciones a que hemos aludido.

Dichos principios son los de legalidad, proporcionalidad, oportunidad y necesidad.

1) *Principio de legalidad*

Obviamente, sólo la ley puede legitimar la violencia, de conformidad al principio de atribución; como ya se expresó, supra I, 1. nuestra Constitución en su artículo 168 ap.1º 2º y 23 preceptúa que corresponde al poder Ejecutivo la conservación del orden y la tranquilidad en lo interior (ap. 1º), y al Ministerio del Interior (creado por el artículo 174, al igual que las demás secretarías de Estado), el mando de los servicios policiales (art.6º Ley Orgánica Policial).

El aseguramiento de sus cometidos, concede a la Policía la utilización de los "medios" adecuados para ello (art. 5º LOP) y aquellos comprenden las armas correspondientes a cada grado (art. 31 ap. A LOP).

Con referencia al tratamiento de quienes se encuentran privados de libertad, la ley 15737 de 8.2.85 que aprobó la Comisión Americana sobre Derechos Humanos; también conocido como Pacto de San José de Costa Rica de 22/11/69, es ratificatoria de derechos del ser humano ya contemplados en nuestra Constitución⁽¹⁹⁾, referidos a la vida, a la integridad personal, en sus aspectos físico, moral, psíquico y, en definitiva, al respeto a la dignidad

(18) Soler-Sebastián. D. Penal Argentino, I, B.Aires, 1970, pág 317 y ss..

(19) Constitución Nal. arts. 7, 21, 26, 72.

inherente al individuo⁽²⁰⁾, lo cual obviamente conlleva la erradicación de los malos tratos.

Pero además, en el "VIII Congreso sobre el Delito", celebrado en la Habana (Cuba) entre el 27/8/90 y el 7/9/90, se aprobaron numerosas recomendaciones dirigidas a los países intervinientes, entre ellos Uruguay⁽²¹⁾, aludiendo reiteradamente al principio comentado.

2) Principio de necesidad

La violencia a que ocurran los servicios policiales, deberá ser necesaria, es decir, que agotados todos los medios pacíficos conducentes a lograr el cumplimiento de la ley, recién se podrá utilizar la violencia. La ley⁽²²⁾ alude al empleo de "los medios razonablemente adecuados" y dentro de los límites enunciados, es que resulte de aplicación al principio comentado.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de destacar el principio a estudio. Cuello Calón⁽²³⁾ señala que sólo resulta justificable el empleo de violencia y de armas, "cuando la necesidad lo exige para el cumplimiento del deber..."; Jiménez de Asúa⁽²⁴⁾, citando diversas sentencias del Tribunal Supremo de España, expresa que "el cumplimiento de un deber precisa necesidad y proporción"; Bettiol⁽²⁵⁾, comentando el art. 53 del Código Italiano que legitima, por parte del funcionario policial, el uso de arma o de algún otro medio de coacción física, cuando se vea obligado a la necesidad... manifiesta que... "si es verdad que el Estado debe superar y vencer todo obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad, también lo es que se trata de un Organismo de Derecho por lo cual la actividad de sus órganos deben desarrollarse según las normas que determinan los derechos y deberes de los funcionarios públicos..."; en el Congreso sobre el Delito, ya citado celebrado en La Habana (Cuba), respecto al tema que nos ocupa, se le otorgó naturaleza subsidiaria al empleo de la fuerza y armas de fuego..." cuando otros medios resultan ineficaces..."⁽²⁶⁾.

²⁰⁾ Ley 15737 de 8.II.85.

²¹⁾ VIII Congreso sobre el Delito, La Habana, Cuba, 1990.

²²⁾ Ley Orgánica Policial (13963,14050 y 15098).

²³⁾ Cuello Calón-Enrique. Derecho Penal, T.I, pág. 382.

²⁴⁾ Jiménez de Asúa-L. T. Derecho Penal,T. IV, pág. 510 y 511.

²⁵⁾ Bettiol-G. Derecho Penal, Parte Gral. pág. 209 y ss..

²⁶⁾ VIII Congreso sobre el Delito, cit. ap. 4 in fine.

Langón, en un prolijo y meticuloso trabajo⁽²⁷⁾, comparte los asertos precedentes, citando también distintas disposiciones aplicables al ámbito policial, de las cuales se extrae la vigencia del principio comentado.

3) *Principio de oportunidad*, también denominado de idoneidad o adecuación, que se resuelve en que el funcionario deberá elegir entre los medios de que dispone para el cumplimiento de la ley, el más adecuado a cada situación que deba enfrentar, guiándose por aquel que produzca la menor lesividad, de conformidad a los fundamentos que ya hemos expuesto (supra II 2).

Surge de lo expuesto, que la utilización de medios violentos no debe constituir el factor principal de la conducta del funcionario, sino que revestirá carácter accesorio.

4) *Principio de proporcionalidad*.

Este principio, fundamental en el orden jurídico y característico del Estado de Derecho, significa que la utilización de la violencia habrá de ser proporcionada a la cantidad de la situación que se debe frenar. Al respecto, Queralt⁽²⁸⁾ señala que constituye "una garantía para el respeto de los derechos fundamentales"; aunque Mir⁽²⁹⁾ no lo comparte, expresando que no resulta esencial establecer que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar, porque nos encontramos ante "un deber de salvaguarda del Derecho", que es más importante.

Nos plegamos a la posición de Queralt porque consideramos que la protección de los derechos fundamentales del individuo, se encuentran por encima de cualquier principio que se oponga a aquellos.

La legislación española, más concretamente en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de 13.III.86, art.5º ap. 2, literales c) y d), contempla principios de análoga naturaleza a los precedentemente enunciados.

En efecto, los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, rigen la utilización de los medios de que dispone la policía para el cumplimiento de sus fines específicos -literal c- y en cuanto al empleo de armas, se recurrirá a las mismas en aquellas situaciones "en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad a los principios a que se refiere el apartado anterior" (lit. d, disp. cit.).

(27) Langón Cuñarro-Miguel. Uso de armas por parte de funcionarios policiales. El cumplimiento de la ley como causa de justificación, en Rev. de INUDEP. Año VIII, Nº 11 pag. 135 y ss.

(28) Queralt-J.J., en ob. cit., pág. 732 y ss..

(29) Mir Puig-S., ob. cit. pág. 521-522.