

EL USO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO CON EL NUEVO REGLAMENTO DICTADO POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD: CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

*Por Agustina Alvarez Di Mauro y Santiago Amilcar Travaglio ***

1. RESUMEN

El objetivo del presente artículo consiste en analizar la concordancia constitucional y convencional del “Reglamento General para el Empleo de las Armas de Fuego por parte de los Miembros de las Fuerzas Federales de Seguridad” recientemente sancionado por el Ministerio de Seguridad a cargo de Patricia Bullrich (Resolución 956/2018 APN-MSG).

Con la vuelta de la democracia en Argentina, a partir del año 1983, las conductas de los agentes de seguridad empezaron a ser supervisadas de otra manera. Durante la última dictadura militar (comenzada en 1976) se plantearon numerosos casos de lo que conocemos como “gatillo fácil” –o mejor dicho, supuestos de violencia institucional por parte del Estado- lo que revelaba la actuación de los integrantes de las fuerzas amparados por la impunidad que imperó durante aquellas épocas oscuras de nuestra historia. Las conductas que llevaron a cabo los integrantes de las fuerzas durante muchos años, claramente vulneraron los estándares sobre uso de la fuerza en materia penal, tanto en el ámbito nacional como internacional.

El propio Ministerio de Seguridad, en la mayor parte de los fundamentos que motivan el dictado del Reglamento, hace referencia a diversos instrumentos internacionales que regulan la utilización de armas de fuego (de los cuales veremos luego que vulnera casi todos ellos). Para un mejor análisis y comprensión del lector, con sentido crítico en materia constitucional y convencional, decidimos estipular, en el siguiente apartado, el listado de instrumentos que ha utilizado el Ministerio en sus fundamentación.

Palabras clave: *poder punitivo estatal; control de constitucionalidad; control de convencionalidad; Ministerio de Seguridad; uso de armas de fuego; gatillo fácil.*

** Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Mail: blog.pensamientojuridico@gmail.com

2. INTRODUCCIÓN

En primer lugar centraremos nuestra atención en el “Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, el cual fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución N° 34/169 del 17 de diciembre de 1979. No debemos dejar pasar el hecho de que este Código ha sido incorporado a la legislación interna de nuestro país a través de la ley N° 24.059, por intermedio del artículo 22. En tal sentido, cabe aclarar para evitar malos entendidos, que el instrumento tiene en su conformación un conjunto de comentarios a los artículos llevados a cabo en su creación, de los cuales tomaremos en consideración los comentarios del artículo primero y tercero.

En el comentario al primer artículo, el Código determina que la expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” incluye a *todos* los agentes de la ley que ejercen funciones de policía. No resulta ser menor que en el artículo que inmediatamente le sigue, se exprese que estos funcionarios respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Más adelante, el lector dará cuenta de que el tercer artículo se relaciona ampliamente con el tema que nos encargaremos de analizar, debido a que en el mismo se expresa que *la utilización de la fuerza por parte de estos funcionarios sólo podrá realizarse cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*. En los comentarios a dicho artículo se explica que si bien los funcionarios pueden ser autorizados por la ley a utilizar la fuerza (siempre que esto sea razonablemente necesario) para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites. Además se estipula que el uso de armas de fuego es considerado una *medida extrema, debiéndose hacerse todo lo posible para excluir su uso*. Sólo podrán ser utilizadas cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.

El segundo instrumento internacional referenciado por el Ministerio en sus fundamentos es conocido como “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptados por el Octavo Congreso de la ONU sobre “Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” en 1990.

En sus “Disposiciones Generales” se expresa que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley *utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y armas de fuego*, pudiendo utilizarlas solamente cuando otros medios no sean eficaces o cuando no garanticen el resultado previsto. Por otra parte, cuando el empleo de armas de fuego sea inevitable, estos funcionarios:

1. Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persigue;
2. Reducirán al mínimo los daños y lesiones, y respetarán y protegerán la vida humana;
3. Procederán de modo que se preste lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; y
4. Procurarán notificar lo sucedido, en la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

Es importante remarcar que en estas disposiciones se encuentra explícitamente el hecho de que *no se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios Básicos*.

En sus “Disposiciones Especiales”, se remarca que tales funcionarios podrán (siempre que resulten insuficientes medidas menos extremas) emplear armas de fuego:

- En defensa propia o de otras personas,
- En caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves;
- Con el propósito de evitar la comisión de un delito grave que entrañe una seria amenaza para la vida.
- Con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad o para impedir su fuga.

En tales circunstancias, los funcionarios *se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego*. Esto no será necesario siempre que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro al funcionario, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil debido a las circunstancias del caso.

En su considerando N° 11 se disponen algunas directrices que deben contener las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego, siendo imperante remarcar que, entre otras cosas:

1. Deben especificar las circunstancias en que los funcionarios están autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados.
2. Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios.
3. Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego.

El último instrumento al cual refiere la resolución resulta ser el “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos” elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2009. En el apartado número 116 del nombrado informe, se establece la obligación de los Estados de dictar las regulaciones necesarias para establecer el *principio de necesidad en el uso de la fuerza*, de tal modo que sólo deberán adoptarse las medidas de seguridad defensivas u ofensivas estrictamente necesarias para el cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la autoridad competente, ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo el derecho a la vida o la integridad personal de cualquier habitante.

Del mismo modo, la normativa interna debe establecer que el uso de la fuerza se desarrollará bajo los principios de *racionalidad, moderación y progresividad*, considerando: los derechos a proteger, el objetivo legítimo que se persigue y el riesgo que deben enfrentar los efectivos policiales.

También debemos destacar que en el apartado número 118 se dispone que cuando sea necesaria la utilización de la fuerza letal, las normas de actuación deben establecer la *obligación* de los agentes del Estado de *identificarse previamente como tales*, debiendo advertir con claridad *su intención* de emplear la fuerza excepto en aquellos casos en que exista un riesgo inminente para la vida o la integridad personal de terceras personas o de los mismos agentes estatales.

La Comisión destaca que *el uso de armas de fuego es una medida extrema, que no debe utilizarse excepto en aquellas oportunidades en que las fuerzas policiales no puedan reducir o detener - con medios no letales - a quienes amenazan la vida o la integridad personal de otras personas o de efectivos policiales*. La utilización legítima de la fuerza debe ser tan necesaria como proporcionada respecto de la situación y *el grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado, para que se considere adecuado con los parámetros internacionales, no debe ser más que el “absolutamente necesario”*. Por otra parte, en aquellos casos en que sea necesaria la utilización de

armas de fuego, los agentes tendrán como regla de actuación la reducción al *mínimo de los daños y lesiones* que pudieran causar al agresor.

3. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES A CONSIDERAR

Creemos que es relevante no dejar de lado a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que si bien el Ministerio no los ha utilizado expresamente para justificar la política llevada a cabo, nosotros consideramos de suma importancia para tratar este tema –sobre todo entendiendo la jerarquía constitucional que la reforma de nuestra Carta Magna le ha otorgado a dichos tratados en 1994, a partir de su artículo 75 inciso 22-. Con respecto a estos Instrumentos Internacionales debe comprenderse que comparten jerarquía con el texto normativo de la Constitución Nacional y que, además, complementan la primer parte de ella, por lo que al plexo normativo de la Constitución se le adicionan los derechos y garantías reconocidos en los tratados.

Particularmente utilizaremos dos tratados internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos -adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948- y la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”).

En lo que respecta a la Declaración Universal de Derechos Humanos, debemos destacar dos artículos. En primer lugar, el artículo 11 en su primer inciso dispone que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

En segundo lugar, debemos tomar en cuenta lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 29, al expresar este que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*.

En sentido lineal, el tercer inciso dispone que tales derechos y libertades *“no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”*. En este punto nos parece importante recordar al lector que, tal como se había expresado en el primer apartado, los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley” habían sido adoptados precisamente por las Naciones Unidas.

Por el sector de la Convención Americana de DDHH, nos resulta importante remarcar para nuestro análisis la afirmación dispuesta en el artículo número 4, el cual expresa que *nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*. Por su parte el siguiente artículo dispone que *toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*.

4. ANÁLISIS DEL REGLAMENTO

En este apartado realizaremos específicamente el control de convencionalidad y constitucionalidad de los cinco artículos que conforman el Reglamento a analizar. El primer artículo del Reglamento in fine explícitamente dispone que *“sólo podrán usar las armas en cumplimiento de sus deberes cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”*, siendo una clara repetición de lo dispuesto en el tercer artículo del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante: Código de Conducta). Es por ello que, debemos atenernos al comentario efectuado del mismo artículo, en tanto expresa que la fuerza *no podrá utilizarse excediendo los límites* que sean impuestos por la ley y además dejando en claro que el uso de armas de fuego es algo que se debe excluir debido a que se trata de una **medida extrema**.

Además, tal expresión parece ir en consonancia con la obligación de dictar las regulaciones para establecer el principio de necesidad en el uso de la fuerza dispuesta en el “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos” (en adelante: Informe) elaborado por la Comisión IDH. Podremos constatar, al finalizar el análisis, cuan verídico es el cumplimiento de este enunciado.

En el segundo artículo, el Reglamento dictado por el Ministerio de Seguridad expresa los casos en los que se hará uso de las armas de fuego, ocurriendo ello *cuando resulten ser ineficaces otros medios no violentos*. Estos casos parecen ser una copia de los dispuestos en los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley” (en adelante: Principios), pero sin embargo se presentan algunas diferencias que deben ser consideradas. A continuación vamos a analizar cada uno de los casos enumerados:

- a) *“En defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves”*. Como se observa, tomando en consideración lo expresado al explicar los Principios, se han conjugado dos causales diferentes: **1)** defensa

propia o de otras personas; y 2) en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves.

- b) *“Para impedir la comisión de un delito particularmente grave, que presente peligro inminente para la vida o la integridad física de las personas”*. Aquí, este caso en cambio es descrito en los Principios como la utilización de armas de fuego con el propósito de evitar la comisión de un delito grave que **entrañe una seria amenaza para la vida**, por lo que resulta ser descrito como más gravoso que lo dispuesto en el inciso b) del Reglamento.
- c) *“Para proceder a la detención de quien represente ese peligro inminente y oponga resistencia a la autoridad”*.
- d) *“Para impedir la fuga de quien represente ese peligro inminente, y hasta lograr su detención”*.

Tanto el inciso c) como el d) son considerados en los Principios como un mismo caso, y sin embargo cabe destacar que los casos dispuestos en el Reglamento resultan ser más amplios debido a que al disponer *“ese peligro inminente”* hace referencia al peligro inminente para la vida o integridad física de las personas y no a **una seria amenaza para la vida** tal como lo disponen los Principios. Por tanto, denotamos que el Reglamento resulta ser considerablemente más amplio que los postulados dispuestos en el orden internacional. Ahora bien, debemos tener en cuenta en todo momento lo que dispone Jakobs: el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada¹. En este sentido, proponer que para impedir la fuga de quien represente un “peligro inminente” (vaya si existen conceptos más abstractos que éste), el funcionario policial se encuentra inmediatamente autorizado a utilizar su arma de fuego, nos genera la siguiente incógnita: ¿Cuáles son los estándares profesionales de preparación de un integrante de las fuerzas de seguridad? Porque parecería ser que existen muchísimas instancias previas de mejora en la formación y profesionalización policial, pero se elige principalmente la amplificación indiscriminada del uso de la fuerza estatal.

Por otro lado, el tercer artículo del Reglamento ha sido el que nos ha llamado ampliamente la atención, ya que dispone los casos en los cuales se exceptúa el deber de

¹ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2ª edición, 1991, p. 397, N°41 y siguientes, citado en Béguelin, op. cit., p. 34.

los funcionarios de las fuerzas de *identificarse como tales*, intimidando a viva voz para cesar la actividad ilícita. Dichas excepciones se darán en aquellas situaciones:

1. *En donde dicha acción pueda suponer un riesgo de muerte o de lesiones graves a otras personas,*
2. *Cuando se pusiera indebidamente en peligro sus propias vidas o su integridad física.* Ahora bien, ¿Estamos diciendo que un policía puede no dar la voz de alto y disparar, ya que hacerlo pondría “indebidamente” en peligro su integridad física? Volvemos al mismo interrogante de la profesionalización policial y su rol como operadores del poder punitivo estatal.
3. *Cuando resultare ello evidentemente inadecuado o inútil, dadas las circunstancias del caso.*

De todas formas, en el caso de las excepciones también denotamos un parecido con las estipuladas en los Principios, al tener todas unas redacciones similares. A pesar de esto, con referencia específica al tercer caso, encontramos una discordancia con lo estipulado en aquellos Principios. Esto es así ya que en el nombrado instrumento internacional, se ha estipulado que las normativas referentes al empleo de armas de fuego deben contener algunas directrices, entre ellas: *especificar las circunstancias en que los funcionarios están autorizados a portar armas de fuego*. Esta directriz es la que creemos que no se estaría cumpliendo en la tercer excepción, debido a que se deja un marco de discrecionalidad considerable al no explicar qué se entiende por “evidentemente inadecuado o inútil”. Es decir: el funcionario policial puede no dar la voz de alto y utilizar su arma cuando dar la voz de alto es inútil, dadas las circunstancias del caso. ¿No es demasiado discrecional? ¿Dar la voz de alto puede ser “inútil” en algunos casos? ¿Qué ejemplos de “circunstancias del caso” facultan al funcionario de las fuerzas?

Por otra parte, desde el punto de vista del Informe elaborado por la Comisión IDH vemos una mayor rigurosidad en las excepciones, ya que sólo se permitiría no dar la voz de alto cuando exista un riesgo inminente para la vida o integridad de las personas o de los mismos funcionarios.

Con respecto al artículo 4 del Reglamento, sólo nos limitaremos a expresar que el mismo cumple con los estándares internacionales imperantes en la materia. Cabe recordar que en aquél se expresa que: *en toda situación donde el empleo de las armas ocasione lesiones o muerte, se procederá de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas afectadas, debiendo comunicarse los*

hechos inmediatamente a la autoridad competente y la superioridad, para lograr la rápida realización de un informe detallado que permita la revisión administrativa, la supervisión judicial por parte de las autoridades competentes, y se efectuará la pertinente comunicación de los hechos a los parientes o amigos íntimos de las personas afectadas.

Por su parte, el artículo 5 supera ampliamente cualquier estándar internacional que se pretenda comparar, atentando directamente contra ellos. Seguidamente lo transcribiremos para que el lector proceda a leerlo antes de realizar el análisis en cuestión:

ARTÍCULO 5°.- Se considerará que existe peligro inminente, entre otras situaciones, en las siguientes circunstancias:

a) Cuando se actúe bajo amenaza de muerte o de lesiones graves para sí, o para terceras personas.

b) Cuando el presunto delincuente posea un arma letal, aunque luego de los hechos se comprobase que se trataba de un símil de un arma letal.

c) Cuando se presuma verosímilmente que el sospechoso pueda poseer un arma letal, por ejemplo, en las siguientes situaciones:

c.1.- Cuando integrase un grupo de dos o más personas y otro miembro del grupo posea un arma o haya efectuado disparos, o haya lesionado a terceras personas.

c.2.- Cuando trate de acceder a un arma en circunstancias que indiquen la intención de utilizarla contra el agente o contra terceros.

c.3.- Cuando efectuase movimientos que indiquen la inminente utilización de un arma.

d) Cuando estando armado, busque ventaja parapetándose, ocultándose, o mejorando su posición de ataque.

e) Cuando tenga la capacidad cierta o altamente probable de producir, aún sin el uso de armas, la muerte o lesiones graves a cualquier persona.

f) Cuando se fugue luego de haber causado, o de haber intentado causar, muertes o lesiones graves.

g) Cuando la imprevisibilidad del ataque esgrimido, o el número de los agresores, o las armas que éstos utilizaren, impidan materialmente el debido cumplimiento del deber, o la capacidad para ejercer la defensa propia o de terceras personas.

Entendemos que, la finalidad de este artículo no es “promover el menor uso de armas de fuego” (y mucho menos la disminución de daños innecesarios, tal como se

expresa en los Principios). Tampoco, siguiendo con este instrumento internacional, se hace hincapié respecto de la necesidad de “reducir al mínimo los daños y lesiones” sino lo contrario: se amplía de manera exponencial la utilización de armas de fuego y, por ende, la generación de más daños. Pasaremos a analizar los puntos que, a nuestro juicio, son bastante criticables.

En primer lugar, el inciso b) de este artículo 5 del Reglamento dispone que los funcionarios integrantes de las fuerzas podrán utilizar el arma de fuego cuando el presunto delincuente posea un arma letal pero “luego de los hechos se compruebe que era un símil de arma” (una réplica). No parecía un clarividente con su bola de cristal Zaffaroni cuando decía que *la necesidad de la defensa* (en alusión a la causal de justificación de “legítima defensa”) *debe valorarse siempre ex-ante y no ex-post, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende. Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se descubra que el arma estaba descargada*². Sin embargo, el autor también ha dicho que “dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex-ante de la necesidad de defensa, pues se supone que dispone de conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”³.

Supongamos que el policía al momento del hecho no ha podido denotar la falsedad del arma, ¿Eso implica que inmediatamente tiene la posibilidad de utilizar su arma reglamentaria y disparar? Claramente desde el punto de vista del derecho penal estamos frente a un error en el ámbito de la culpabilidad que sólo excluirá al funcionario policial de responsabilidad en los casos en que efectivamente sea inevitable denotar la falsedad del arma. En este marco si bien hay posturas contrapuestas, tales como la teoría restrictiva de Claus Roxin que lo considera un “error de tipo” (para lo cual no se comete un injusto) o la teoría estricta de Zaffaroni que lo considera un “error de prohibición” (para lo cual se comete un injusto penal que no será culpable en algunos casos), el tema se encuentra en discusión.

Por otro lado, el inciso c) del artículo mencionado establece que el funcionario de las fuerzas puede utilizar su arma de fuego cuando “verosíblemente se puede

² Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Parte general, Tomo III, Editorial “Ediar” edición publicada en 2004, página 614.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. “Derecho Penal. Parte General”, Editorial “Ediar”, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 616.

entender que el sospechoso pueda poseer un arma”. La mayoría de los casos que entran en discusión sobre la posibilidad o no del funcionario policial sobre dar cuenta del arma atacante, hablan de una situación de *extrema rapidez del hecho*. Es decir, supongamos el caso de un policía que creyó ver que un posible delincuente portaba un arma, además de que el supuesto fáctico puede ser tan veloz que se haya confundido el arma hasta con un celular, de todas formas ¿Esto faculta al efectivo a disparar su arma reglamentaria?

El nivel de discrecionalidad del inciso c) resulta alarmante, además de basarse en una mera presunción que vulnera el artículo número 11 de la Declaración Universal de DDHH, ya que en la normativa parecería presumirse que la persona resulta ser culpable, violentando también el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional (*presunción de inocencia*). Además, propone tres supuestos muy criticables:

- Por un lado, establece que hay peligro inminente y por ende el funcionario puede utilizar su arma reglamentaria cuando hay un grupo de dos o más personas y alguna de ellas “porte un arma, haya efectuado disparos o lesionado a terceras personas”. Ahora bien, ¿Por qué dos o más personas? ¿Cuál es la justificación o exposición de motivos por la cual se discrimina la cantidad de personas de esa manera? Y además, ¿Que haya “lesionado a terceras personas”? Es decir que, un funcionario policial puede efectuar un disparo cuando una persona que integra un grupo haya lesionado a un tercero. ¿Lesionado? ¿Cómo? ¿Con el arma o sin el arma? ¿Qué sucede si la lesión sólo significaba una “pelea callejera” o un intento de robo? ¿Igual puede disparar?
- En segundo lugar el inciso c) establece que se sobreentiende que el sujeto sospechoso tiene un arma letal, aun cuando no sea así, en el caso de que las circunstancias indiquen que la intención de utilizar dicha arma contra el agente o terceros. Es decir, en estos casos el agente tendría facultades para disparar. En este sentido, ¿No hay una contradicción? Por un lado se dice que “se presume que el sujeto tiene un arma, aunque no fuere así” y por el otro que “cuando la circunstancia indique que tenía un arma y la quería usar, el agente puede disparar”. ¿Ahora de repente el sospechoso tiene un arma? ¿Cuáles son las circunstancias? ¿Cuál es el baremo estándar aplicable en estos casos?
- Finalmente el inciso c). 3 del artículo 5 del Reglamento es absolutamente inexplicable. El mismo sostiene que el funcionario policial se encuentra facultado a disparar su arma reglamentaria cuando el sujeto sospechoso *efectúe movimientos que indiquen la inminente utilización de un arma*. Es decir, si

estamos en la calle y queremos sacar el celular del bolsillo de la campera y se traba, tengamos cuidado que no haya un policía cerca que pueda interpretar otra cosa. ¿Cuál es el criterio mínimo de razonabilidad utilizado en este caso? ¿Cómo el funcionario policial discrimina la diferencia entre todos estos casos? Para que razonablemente parezca que estoy sacando el arma y no el celular, ¿Tengo que “parecer un delincuente”? ¿Vuelve a nuestra legislación el “derecho penal de autor”? ¿O nunca se fue?

Para finalizar este análisis, vamos a dedicarnos a criticar el inciso d) y f) del artículo quinto del Reglamento dictado por el Ministerio de Seguridad. El inciso d) precisamente indica que se entiende “peligro inminente” cuando el sujeto *estando armado, buscando ventaja parapetándose, ocultándose, o mejorando su posición de ataque*. Ahora bien, nos permitimos realizar una crítica, en principio, excesiva. El funcionario integrante de las fuerzas de seguridad federales de nuestro país, ¿No está preparado para la mejora de la posición de ataque del presunto delincuente? Una vez que exista la mejora en la posición de ataque, ya la normativa indica que hay “peligro inminente” (lo que nos parece erróneo porque entonces todos los casos serían peligro inminente, cuando en realidad deberían estar preparados para ello). Y luego, no solo indica la situación de peligro sino que habilita a utilizar el arma reglamentaria indiscriminadamente. Entonces, ¿No hay instancias previas de preparación antes de promover políticas públicas en materia de seguridad que vulneran nuestra Constitución Nacional?

Finalmente, el inciso f) determina que el funcionario policial puede utilizar su arma cuando el sujeto sospechoso *se fugue luego de haber causado, o de haber intentado causar, muertes o lesiones graves*. ¿Haber intentado causar muertes o lesiones graves? ¿Cómo lo sabe el funcionario policial? ¿Por los dichos de la supuesta víctima o por su intuición? ¿Cuál es el estándar valorativo?

5. COMENTARIOS PERSONALES

Particularmente entendemos que es alarmante la manera en la cual el Reglamento extiende los parámetros vigentes a nivel internacional en materia del uso de la fuerza por parte del Estado. Además, denota un cierto avasallamiento de los derechos de la ciudadanía en general, particularmente el inciso c) recién analizado. El Tribunal Oral en lo Criminal N°1 de Mar del Plata⁴ determinó que “el damnificado no representó ningún

⁴ En el caso “W. B. A. C. s/ Homicidio Simple” del 14 de junio de 2013.

peligro posible” para el policía que adujo haber actuado en legítima defensa al terminar con la vida de una persona que supuestamente estaba huyendo de su domicilio al ser allanado. Además, como se demostró en aquel debate, “tampoco fue respetado el criterio de una advertencia (*voz de alto*) que otorgara al damnificado *tiempo suficiente como para que se tome en cuenta dicho requerimiento*”. En este sentido, el nuevo Reglamento dictado por el Ministerio habilita ampliamente, en el artículo 3, a que los funcionarios policiales puedan no dar la voz de alto, por ejemplo cuando sea “inútil”. Espero que al lector le surjan numerosas críticas a este artículo y a la forma poco profesional de ser redactado.

Además, no debe perderse de vista que en los mismos Principios Básicos que adoptó la ONU se demarca el hecho de que *no podrá alegarse circunstancias de inestabilidad de política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar la vulneración a los principios que este instrumento contiene*. Por lo que, más allá de la inseguridad latente en nuestra sociedad, una normativa que vulnere tantas disposiciones internacionales en la materia y que termine por aumentar la discrecionalidad con la cual podrán actuar los agentes policiales (y con ello aumentando la arbitrariedad de las decisiones que tomen) no será la solución a esta problemática que tanto interesa solucionar en la sociedad argentina. No puede lucharse contra la ilegalidad en el marco de una normativa que vulnere de tal manera los nombrados estándares.

Llama nuestra atención la nula alusión que hace la normativa a principios fundamentales en materia de utilización de la fuerza, siendo estos: *racionalidad, moderación y progresividad*. Esto pareciera demostrar el poco interés del Estado en hacer realmente una reglamentación que sea conforme a derecho y que no vulnere ningún derecho o garantía alguna de cualquier habitante. En anteriores normativas (tales como la ley 2894/08 de la Legislatura de la CABA), nuestro ordenamiento jurídico planteaba que la actuación policial debía enmarcarse bajo tres grandes principios rectores:

- I. El *principio de legalidad* en donde el personal policial debe adecuar sus conductas y prácticas a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes así como a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por la República, el Código de Conducta y los Principios adoptados por la ONU. No solo es llamativo que el gobierno que actualmente se encuentra en el poder nacional es quien fue el que propuso este baremo en aquel

año 2008, sino que además llama la atención que esta nueva política tomada en 2018 vulnera cada uno de los preceptos que propone el principio de legalidad.

- II. El *principio de oportunidad* a través del cual el personal policial debe evitar todo tipo de actuación funcional innecesaria cuando no medie una situación objetiva de riesgo o peligro que vulnere la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Ahora bien, Que el supuesto delincuente busque ventaja ocultándose, ¿Genera la necesidad objetiva de actuar por parte del funcionario de las fuerzas? Parecería ser que el Reglamento en cuestión vulnera claramente este baremo de necesidad objetiva para poder ejercer el uso del poder punitivo estatal.
- III. Finalmente, el *principio de razonabilidad*, en donde el personal policial evitará todo tipo de actuación funcional que resulte abusiva, arbitraria o discriminatoria, que entrañe violencia física o moral contra las personas, escogiendo las modalidades de intervención adecuadas a la **situación objetiva de riesgo o peligro existente, procurando la utilización de los medios apropiados**. El artículo cinco inciso c) determinaba que el funcionario policial se encuentra facultado a disparar su arma reglamentaria cuando el sujeto sospechoso *efectúe movimientos que indiquen la inminente utilización de un arma*. Es decir, debíamos tener cuidado a que no haya un policía que pueda interpretar que intentar sacar el celular del bolsillo de la campera era lo mismo que sacar un arma porque entender eso lo facultaría a disparar.

Creemos que la pregunta que debe realizarse la sociedad en su conjunto es la siguiente: ¿Quién nos protegerá de un poder tan arbitrario en manos de funcionarios integrantes de las fuerzas federales de seguridad? Tal como dijeron Pablo Colmegna y Juan Nascimbene⁵, el policía es un funcionario estatal que por su rol específico y entrenamiento previo, no puede ser tratado como cualquier ciudadano al momento de analizar, por ejemplo, los casos de legítima defensa. A lo largo del Reglamento dictado por el Ministerio de Seguridad, se deja de lado una cuestión clave: la profesionalización. Se utilizan conceptos tan amplios y vagos que, no solo se intensifica la intervención de la fuerza estatal en la vida de los ciudadanos, sino que también vulnera a su vez los

⁵ En “La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?” en la Revista “Pensar en Derecho”, página 426.

derechos humanos emanados de instrumentos nacionales e internacionales que rigen en nuestro país.

Con la ley 25.816 se modificó el Código Penal de la Nación incorporando el inciso 9° al artículo 80 tipificando así como conducta agravada al homicidio cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, que actuare con abuso de sus funciones. En este sentido, la pena será de prisión perpetua. De la versión taquigráfica del Debate Parlamentario de dicha ley, llevado a cabo en la Cámara de Senadores, la senadora Halak ha dicho que *“no se puede castigar con igual rigor por la comisión de un delito, a un ciudadano común, que a aquel al que la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito”*. Ahora bien, si de la interpretación sistemática de nuestro Código se extrae que el homicidio cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad, abusando de sus funciones, es merecedor de la pena más severa de todo el sistema penal, entonces ¿Cómo compatibilizamos estas dos normativas? ¿Qué interpretación constitucional se merece cada una de ellas? La resolución 956/18 que ratifica el Reglamento establece en su artículo 2 que se debe “derogar toda disposición o normativa contraria a la presente medida dictada en jurisdicción del Ministerio de Seguridad”. Suponiendo que ambos presupuestos se encuentran en un choque normativo, ¿Cómo lo resolvemos?

Cuando las políticas públicas, y sobre todo las que se llevan a cabo en el ámbito del poder punitivo del Estado, tienen la intención de ampliar su poder de una manera sumamente irrestricta e injustificada, debemos preguntarnos como ciudadanos de nuestro país ¿Estamos del lado de las garantías que nos protegen o de la efectividad de la persecución penal, cueste lo que cueste? ¿Estamos dispuestos a permitir cualquier avasallamiento sobre los derechos de las personas con el fin de una posible “mayor efectividad” del Estado en su intención de purgar la inseguridad? El Estado debería preocuparse por situaciones que hacen a la reproducción de la delincuencia una habitualidad y no tanto por el pensamiento masificado a lo largo de latinoamérica en los últimos años, que es la “eliminación” del delincuente.