



Informe de Investigación

Título: EL USO Y TRÁFICO DE ARMAS

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Derecho Penal Especial
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Armas de Fuego, Tráfico de armas
Fuentes: Doctrina, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 09/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	2
a)El uso de armas: un ejercicio naturalizado de la violencia policial en el discurso de la guerra.....	2
3 Jurisprudencia.....	33
a)Jurisprudencia Constitucional sobre el tema de maneja de armas.	33

1 Resumen

En el presente informe se recopila la información que se encuentra disponible sobre el tema de uso de armas de fuego, tema sobre el cual no existe desarrollo por la doctrina o jurisprudencia nacional o internacional. De esta forma se adjunta un artículo proveniente de la investigación de revistas electrónicas latinoamericanas y la posición de nuestra Sala Constitucional.



2 Doctrina

a) El uso de armas: un ejercicio naturalizado de la violencia policial en el discurso de la guerra.

[MARTÍN]¹

"(o ¿Es posible la democratización? Desafíos en el ámbito de las racionalidades políticas)

"...hay algunos hombres que desprecian las leyes; y en cuanto ven que se les presenta la oportunidad de aprovecharse con impunidad, no respetan sus promesas contractuales ni la fe que se ha depositado en ellos, y violan la ley. En el caso de estos hombres, no sólo sus actos sino también sus almas, están contra las leyes. Quienes pecan por debilidad solamente son buenos hombres, incluso cuando pecan pero estos otros, incluso cuando no pecan, son malvados"

(Thomas Hobbes)

"Las ideologías dominantes en los procesos de formación de los juristas ha conformado unos instrumentos de interpretación del derecho que, además de orientar una aplicación pseudoneutral de éste, restringen su ámbito de eficacia".

(Roberto Bergalli)

- | -

Introducción y planteo del problema

Hacia el final de un trabajo titulado "Las burocracias penales y su violencia naturalizada"¹, escribié Josefina Martinez, que "una mirada desnaturalizadora de la violencia puede abrir el camino que lleve a modificar las pautas culturales de las burocracias", y que "seguir considerándola como un elemento natural no hace sino garantizar su reproducción, aún dentro de los límites de la más estricta legalidad." El presente trabajo se propone colaborar a una reflexión sobre ciertas prácticas habituales de la institución policial y su posterior tratamiento por la agencia judicial. Para ello, casi como excusa, utilizaré un suceso acaecido hacia el año 2001 que tuvo por resultado la muerte de una persona y que casi dos años más tarde un tribunal oral determinó, en fallo dividido, que la actuación del personal policial se hallaba enmarcada en un ámbito de legalidad.

Como también ha referido Martinez la presentación de ciertos casos de violencia institucional a través de los medios masivos de comunicación, casos individuales, producen como efecto el ocultamiento del hecho de que esas prácticas son de un uso cotidiano y rutinario de la violencia



institucional por parte de las prácticas penales. Sin embargo, el hecho de trabajar aquí fundamentalmente sobre un suceso, que luego reseñaré, no implica desconocer aquello sino que pretendo presentar este acontecimiento como botón de muestra que, además tiene la riqueza y particularidad de no ser un típico caso en los que, ya desde el expediente judicial mismo se desprende sin más que, los agentes policiales comprenden cabalmente lo delictual de su actividad y continúan en ella. Aquí, tal como luego se advertirá en el relato, se presenta como un suceso aparentemente sin mayor significación, a excepción del resultado de la muerte de G. -por múltiples razones- lo que hace que cobre relevancia la cultura policial que permea y dirige la actividad de los agentes policiales y, por que no decirlo, la de los jueces que luego los juzgaron.

Por último cabe destacar que en este trabajo, si bien abordaré sólo tangencialmente algunos aspectos de corte netamente jurídico o más aún: dogmáticos, como ser la figura del exceso en la legítima defensa, lo haré con una motivación ulterior, con una finalidad que trasciende el mero tecnicismo. Este objetivo superior es el de analizar las distintas concepciones que sobre el uso de la violencia por parte de la institución policial se hallan, en distinta medida, establecidas en el campo de la agencia judicial. Asimismo, y en definitiva, procuraré delinear algunas pautas tendientes a reflexionar sobre las racionalidades ínsitas a las burocracias penales de nuestra modernidad periférica, y tal vez tardía, como así también para pensar si las eventuales reformas policiales -a nivel normativo, organizacional, cultural, etc.- pueden producir una "democratización" en el uso de la violencia, entendiendo ello, como lo hace Máximo Sozzo, como un minimización del daño producido².

- II -

El caso y la sentencia

Dado que el objetivo de este trabajo está puesto prioritariamente en el análisis de la legitimación judicial de las prácticas policiales, y considerando las limitaciones propias al acceso de información ajena al expediente judicial, el suceso en cuestión será relevado desde dicho expediente, incluyendo lo ocurrido en el juicio oral y la sentencia final recaída.

La mayoría del tribunal, integrada por los jueces Armando Chamot y Estela Raquel Cárcamo (quien adhirió al voto del juez preopinante, con algunos agregados), entendió que correspondía absolver a los imputados del delito de homicidio con exceso en la legítima defensa, por el que se los acusara, respecto de quien, minutos antes había participado en un robo.

Los sucesos que el juez Chamot y su colega Cárcamo tuvieron por probados fueron que:

"... el 6 de Septiembre de 2001, alrededor de las 17 hs., N. M. G. y otra persona no individualizada asaltaron el comercio de panadería sito en Araoz 1740 de esta Ciudad. Que para ello el sujeto no individualizado ingresó a dicho negocio donde intimidó a quienes allí se encontraban mediante la exhibición de un arma de fuego logrando apoderarse de una suma de dinero, y que mientras ello ocurría G. lo aguardaba afuera actuando como "campana". Que al salir del local el asaltante efectuó un disparo contra la vidriera de la panadería para luego escapar junto con G. a la carrera por la calle Araoz en dirección a Costa Rica. Que en forma concomitante los policías F. y M. circulaban en un móvil no identificable por la calle Araoz, escuchando al llegar a Costa Rica el estampido del disparo realizado contra la panadería, motivo por el cual detuvieron en dicha intersección el rodado y descendieron del mismo sin alcanzar a cruzar Costa Rica, observando a G. y su cómplice cuando corrían por la calle Araoz y llegaban a la esquina de Costa Rica dándoles la voz de alto. Que ante ello G. detuvo su marcha y con arma que llevaba efectuó un disparo contra

M., el que repelió la agresión mediante la utilización de su arma reglamentaria, mientras que el restante asaltante escapaba en otra dirección. Que G. corrió entonces por la vereda de Costa Rica hacia Scalabrini Ortiz, siendo perseguido por F. y M. quienes para ello corrieron sobre la calzada de Costa Rica, hasta que a unos quince metros de Araoz -frente al n° 4319 de Costa Rica- G. se agazapó detrás de un automóvil Peugeot 205 que estaba allí estacionado, siendo intimado por los acusados para que arrojara el arma, pese a lo cual G., en al menos una ocasión, se levantó y apuntó su arma en dirección a M., lo que motivó que tanto éste como F. efectuaran disparos contra G.. Que en esas circunstancias M. pasó por delante del automóvil Peugeot y ascendió a la vereda enfrentando a G. y ordenándole que tirara el arma, volviendo éste a incorporarse y apuntarlo motivando ello que ambos imputados le dispararan, agachándose G. continuando apuntando en dirección a M. que mientras tanto se iba corriendo sobre la vereda tratando de salir de la línea de tiro de G. sin conseguirlo ya que éste lo seguía encañonando con su arma. Que los acusados dispararon nuevamente en contra de G. que cayó al piso mortalmente herido, falleciendo en el lugar a consecuencia de las heridas que sufriera -cinco impactos de bala-."

Por su parte, la restante jueza, María Cristina Camiña, votó por la condena a los imputados, dado que entendió que, en consonancia con la acusación, los procesados se habían excedido en la legítima defensa. Así tuvo por probado los siguientes hechos:

"...tengo por cierto que los procesados, vestidos de civil y abordo de un móvil no identificable circulaban por Aráoz y al llegar a la intersección con Costa Rica escucharon una explosión y vieron a dos personas corriendo por Aráoz en dirección a ellos. Descienden del rodado al tiempo que M. les da la voz de alto cuando una de ellas portando un arma de fuego, efectúa un disparo en dirección a éste, sin herirlo. Luego de ello continúa corriendo por la vereda por Costa Rica en dirección a Scalabrini Ortiz y a unos quince metros se detiene y se parapeta detrás de un auto Peugeot 205. M. y F. corren detrás del sujeto, el primero más próximo a éste hasta que un momento queda frente al hombre que se incorpora, le apunta y se vuelve a agachar, lo que repite varias veces. Los dos procesados fueron contestes en que el sujeto no dejaba de apuntar en dirección a M. aunque no pueden precisar si llegó a disparar su arma a pesar de que lo intimaban a arrojarla. Esta actitud motivó que ambos policías le dispararan diez disparos, cinco de los cuales le impactaron en el abdomen, muslo derecho, región lumbar derecha, párpado inferior izquierdo y región parietal alta derecha. Sólo dos de estos disparos pudieron ser identificados : El del muslo derecho a F. y el del parietal a M., aunque, obviamente los otros también les son atribuidos."

Sin perjuicio de ello dijo que:

"Coincido con el Sr. Fiscal que se tuvo por cierta esta versión, sostenida por ambos encartados, en razón de que no existió otra que pudiera darse por cierta, más allá de ciertas sospechas con cierto grado de asidero, pero sin la fuerza suficiente como para enervar los dichos de los procesados, amparados por el estado de inocencia del que gozan todas las personas. Las sospechas residen en que tengo para mí, como el Sr. Fiscal, que G. no corría con un arma en la mano, porque no tenía ningún sentido que lo hiciera cuando su vinculación con el robo de la panadería consistió en

quedarse en la puerta del local sin exhibir arma alguna. Luego, no era lógico que la sacara para huir del lugar y de este modo hacer notoria su participación. Los testigos Quintero Vila y Milla fueron contestes en expresar que el que ingresó al local portaba un arma y al salir efectuó un disparo hacia la vidriera y el que aguardaba afuera nada hizo y se alejaron corriendo juntos.

Esta línea de pensamiento se ve en parte robustecida con el testimonio de los Ramallo que vieron armas en los dos sujetos que corrían detrás de otro, no recordando que el perseguido llevara arma. De esta forma, si creo que G. no portaba arma, tampoco le atribuyo el disparo en dirección a M., ni haberlo apuntado a éste en forma permanente, motivando su reacción (dispararle al cuerpo y cara), pero reitero que son sólo conjeturas que no lograron ser probadas con certeza."

El juez que opinó en primer término, Armando Chamot, destacó las declaraciones de los imputados, quienes dieron su versión de lo ocurrido. Al respecto F. y M. sobre el tramo en que se produjo la muerte de G. dijeron, según el magistrado:

"Que M. repelió la agresión con su arma reglamentaria efectuando disparos cuya cantidad no pudo precisar, mientras que él no disparó. Que tras ello el individuo corrió por la vereda de Costa Rica en dirección a Scalabrini Ortiz siendo perseguidos por M. y por él -dijo que M. iba un poco más adelante aunque sin poder precisar la distancia que mediaba entre ambos-, que corrieron en diagonal por la calzada de Costa Rica, ocultándose el sujeto tras un auto blanco estacionado a aproximadamente cincuenta metros de Araoz. Que cuando se acercaron al vehículo el individuo se asomó sobre la mitad del auto y apuntó con su arma en dirección a M., gritándole él que la arrojara y a M. "cuidado que te tira", efectuando con su arma reglamentaria disparos al bulto, sin poder precisar cuántos ni si M. en ese momento también disparó contra el atacante. Que éste se agachó nuevamente detrás del rodado pasando M. por delante del automóvil subiendo a la vereda, quedándose él en la calzada, automóvil de por medio con el sujeto, al que ambos le gritaban que tirara el arma. Que el agresor volvió a apuntar a M. y a reincorporarse, girando y enfrentándolo sin dejar de apuntarlo, que él le gritaba a su compañero "te va a tirar". Que efectuó en esas circunstancias disparos contra el atacante sin poder precisar cuántos ni si M. en ese momento también le tiró, cayendo al piso el individuo. Que no advirtió hasta que cayó si los disparos que le efectuaban lo habían alcanzado, que el sujeto se agachaba y se levantaba y que ignoraba cuál de los disparos lo había derribado. Que no podía precisar si el occiso al enfrentar a M. cuando éste estaba en la vereda llegó a darle la espalda y si en esas circunstancias él se corrió hacia su izquierda o derecha, recordando que estuvo de pie, aunque no recordaba si en algún momento pudo haberse agachado o efectuado algún movimiento similar. Que todo había ocurrido muy rápido, en "cosa de segundos", que no recordaba que el sujeto en algún momento lo hubiera apuntado a él ni podía precisar si estando detrás del automóvil efectuó algún disparo contra ellos. Que después que cayó no le siguieron tirando."

"Que descendieron entonces del móvil y les dieron la voz de alto, momento en el que quien iba más adelante gira en Costa Rica y desde esa esquina le efectúa un disparo, que contestó con su arma reglamentaria sin poder precisar cuántos tiros realizó. Que el sujeto corrió entonces por la vereda de Costa Rica en dirección a Scalabrini Ortiz y se ocultó detrás de un auto estacionado sobre Costa Rica, más cerca de Araoz que de Scalabrini Ortiz. Que él corrió en diagonal por la calzada de Costa Rica, perdiéndolo a F. de vista, y que al acercarse al automóvil el individuo se incorporó detrás del rodado y lo apuntó, motivo por el cual le volvió a disparar sin poder precisar cuántas veces, agachándose nuevamente el agresor detrás del vehículo. Que pese a haberle gritado que

arrojara el arma el individuo se levantó e inexplicablemente lo apuntó otra vez volviendo entonces él a dispararle, volviendo el sujeto a agacharse o arrodillarse detrás del auto, accediendo él a la vereda sin poder precisar por dónde pasó para hacerlo. Que estando en la vereda y a pesar de que se iba corriendo sobre ésta para salir de la línea de tiro del agresor, éste lo seguía apuntando por lo que volvió a dispararle hasta que cayó. Que no podía precisar si además del disparo que le efectuó en la esquina el fallecido llegó a realizarle algún otro, quedándole sólo grabada la imagen de que permanentemente apuntaba hacia su persona y que por ello siempre se sintió en peligro. Que no advirtió si sus disparos impactaron en el sujeto ni dónde impactó el que provocó que cayera al piso. Dijo que no podía manifestar dónde exactamente estuvo F. mientras todo ello ocurrió ni si le disparó al atacante, sí que lo escuchó gritar pero sin saber qué. Que todo ocurrió muy rápido, en muy poco tiempo."

En cuanto a los fundamentos en que se basaron, los argumentos centrales de su exposición, los resumiré y analizaré seguidamente. Sin embargo, entiendo adecuado primeramente transcribir la normativa policial dictada en relación al uso de armas de fuego, utilizada por dos de los jueces a fin de realizar sus votos. Asimismo efectuaré algunas consideraciones respecto de dichas normas.

- III -

La normativa policial

Como indiqué, a fin de exponer más sistematizadamente el razonamiento de los jueces, transcribiré a continuación la normativa titulada "Normas relacionadas con el uso de armamentos provistos por la Institución", dictadas en la Orden del Día de fecha 16 de julio de 2001, emanada de la Policía Federal, la que no sólo resulta de interés por su misma redacción, sino que además porque en el marco concepciones diferentes, fue citada en apoyo de sus fundamentos tanto por el juez Chamot como por la jueza Camiña, en diversos pasajes de sus votos.

Normas relacionadas con el uso de armamento provisto por la Institución

(dictadas en la Orden del Día n° 7 de fecha 16 de Julio de 2001 de la Policía Federal)

...

e) Recomendaciones particulares

Cuando el personal entienda que no puede intervenir con razonable seguridad para su integridad física, la de las víctimas o la de terceros, porte o no armas, o que provocará un riesgo mayor que el del propio ilícito, limitará su desempeño a la obtención de elementos que permitan la posterior identificación de los autores, a saber: recordar una correcta y rigurosa individualización criminal a partir de rasgos morfológicos, características físicas (cicatrices, tatuajes), edad aparente, vestimenta, vehículos utilizados y otros detalles, para orientar con profesionalidad la ulterior pesquisa. Inmediatamente después de cometido el ilícito cumplirá con su obligación como funcionario público de denunciar ...

...



Uso de arma de fuego

Generalidades

El uso de las armas implica la probabilidad de ocasionar la muerte o lesiones graves, por tanto, siempre debe tenerse presente:

a) Defensa de la vida

Ni la legislación nacional e internacional aplicable en el país, como tampoco el régimen policial, exigen arriesgar la integridad física o la vida en forma irracional. El principio rector es preservar hasta las últimas consecuencias la propia seguridad y la del público

b) Necesidad

Aún frente a situaciones extremas, cuando deben tomarse decisiones instantáneas bajo circunstancias inciertas y cambiantes, sin probabilidad de un análisis riguroso, el uso de las armas exige siempre una causa suficiente, razonable y demostrable en juicio para justificar en enfrentamiento con personas armadas, con el mínimo de riesgo posible para la integridad física de terceros inocentes.

c) Caso de fuga

No justifica el uso de armas, excepto que: en su huida el agresor continúe haciendo fuego contra el personal policial y, ante esa circunstancia, no impedir su fuga implique peligro inminente de muerte para sí o terceros.

d) Aviso verbal e identificación (¡Alto policía!)

Únicamente corresponde la advertencia o el aviso previo de "¡alto policía!", antes de hacer uso de las armas, cuando:

d.1. Ello sea posible.

d.2. El hacerlo no aumento el peligro de agresión para sí o para terceros (ej.: haber sido sorprendido, encontrarse en desventaja numérica o táctica)

e) Disparos de advertencia o intimidatorios

No se efectúan.

...

En particular

a) Consideraciones para evaluar la necesidad del uso de las armas.

Situaciones de peligro inminente.

a.1. Peligro inminente: significa actuar bajo amenazas.

a.1.1. Existe aún cuando el agente no se encuentre encañonado

a.1.2. Cuando el sospechoso posee un arma o trata de acceder a ella en circunstancias que indican intención del utilizarla contra el agente o terceros.

a.1.3. Cuando el sospechoso armado busca ventaja táctica parapetándose, ocultándose o mejorando su posición de tiro.

a.1.4. Cuando el sospechoso tiene capacidad de producir muerte o lesiones graves, aún sin armas, y demuestra intenciones de hacerlo.

a.1.5. Cuando el sospechoso, luego de una confrontación violenta, en la que ha producido muertes o lesiones graves, o lo ha intentado sin conseguirlo, huye de la escena del crimen manteniendo su nivel de agresividad y continúa disparando su arma contra el agente policial o terceros.

b) Elección de alternativas seguras

b.1. No deben considerarse alternativas que aumenten el peligro para sí o para terceros.

b.2. Una alternativa segura que evita un peligro inminente además, hará innecesario el uso de armas de fuego.

b.2.1. Advertencias verbales: cuando es posible, es decir sin aumentar el peligro para sí o para terceros. La desobediencia de las órdenes (¡arroje el arma!) o el engaño pueden dejar al agente sin opción segura y justificar por sí el empleo del arma.

b.2.2. Disponer de cobertura suficiente: proporciona ventaja táctica. Un sospechoso armado parapetado puede requerir el uso de las armas un agente en esa posición evaluar o no la necesidad de hacerlo, cuando no se encuentra bajo riesgos adicionales.

b.2.3 Limitaciones de tiempo: La reacción ante la sorpresa evita la duda razonable de cómo detener la agresión. Deberá estar condicionada por la posibilidad de evaluar profesionalmente la situación, sin que pueda descartarse la incidencia de la emoción o el instinto de conservación.

c) Continuidad de la aplicación

c.1. Hasta la rendición o cuando el sospechoso deja de constituir un peligro inminente.

c.2. Los intentos de causar una lesión menor no se corresponden con la necesidad de controlar la situación y pueden resultar peligrosos para otros agentes o terceros.

c.3. Siempre que resulte posible, debe evaluarse si el uso de las armas excede el propósito perseguido, creando un peligro innecesario a terceros inocentes.

Recomendaciones para el uso de arma de fuego

1. La policía puede hacer uso de la fuerza pública para cumplir su misión. El empleo de armas de fuego es su máxima expresión.

2. La actividad policial resulta intrínsecamente riesgosa y afrontar dichos riesgos es un deber legítimamente exigible a los policías.

3. Asumir el riesgo es aceptar la posibilidad de sufrir un daño físico o la pérdida de la vida.
4. Las técnicas y tácticas policiales se emplean para neutralizar o disminuir al máximo posible los riesgos que debe enfrentar el policía.
5. Cuando las posibilidades de daño físico o muerte son abrumadoras o existe la certeza de padecerlas, se han superado los límites del riesgo para ingresar en la esfera del sacrificio.
6. A diferencia del riesgo, el sacrificio personal no es ni legal ni moralmente exigible al policía.
7. Esa falta de exigibilidad del sacrificio es precisamente el fundamento ético del reconocimiento a los actos de heroísmo.
8. Los actos de heroísmo deben ser el producto de la libre convicción del policía ante situaciones que no admiten otras alternativas y no de su propia torpeza o impericia en la aplicación de técnicas y tácticas policiales.
9. Todas las técnicas y tácticas policiales privilegian el resguardo de la vida e integridad física de las personas.
10. El uso de las armas de fuego es el último recurso disponible para la protección propia y de terceros ante una agresión ilegítima que las ponga en peligro.

Recomendaciones particulares

...

4. Una intervención ante una situación sospechosa meritúa empuñar el arma, sin necesidad de encañonar a terceros.
5. Una intervención ante la certeza de la comisión de un hecho delictuoso justifica empuñar el arma para la inmediata respuesta ante agresiones

...

8. El trabajo policial es más eficiente y seguro cuando se realiza en equipo
9. Las situaciones de inferioridad táctica o numérica muchas veces obligan al uso de la fuerza. Solicitar el apoyo adecuado no resulta una muestra de debilidad sino el criterioso ejercicio del sentido del deber.

...

Varios análisis permite esta normativa, enclavada en un ambivalente lugar de tradición de la criminología positivista propia de inicios de siglo XX, con una búsqueda de modernización táctica que no resulta del todo ajena a aquella ideología, pero que tampoco es absolutamente equivalente.

A partir de lo dicho, caso y norma, procuraré analizar un aspecto que considero saliente de ambos, y que se relaciona a la configuración del estereotipo del otro-delincuente-enemigo, y desde allí con las posibilidades de intervención policial y judicial.

En ese sentido, entiendo que el núcleo central a desentramar es el lugar que el discurso, policial y judicial y sus correspondientes prácticas, dan al "otro". Otredad que en este contexto está dada por el infractor a la norma, "delincuente", "peligroso", etc. Conceptos ellos tan caros al positivismo criminológico. Es decir: ese otro que ha cometido un delito es concebido no como un integrante de la sociedad, sino como un enemigo interno, un individuo que no pertenece ni puede pertenecer a la "comunidad armónica soñada" y que por ello debe ser tratado con las tácticas de la guerra y en

consecuencia eliminado.

Este discurso de la guerra, tal como indicará Foucault, da cuenta de una visión que ha sido pilar de la ideología positivista, y que actualmente permea innumerables prácticas de la agencia policial y también judicial.

En nuestro contexto histórico, si bien el positivismo criminológico no ha tenido en el nivel legislativo la impronta que hubiera pretendido, sí ha calado hondo en la ideología judicial, puesto que ha dominado la inmensa mayoría de la producción ideológica de formación de los juristas: las facultades de derecho y además se ha reforzado en la estructura verticalista y sumamente jerárquica que ha mantenido el Poder Judicial.

Así, en ese cuadro de situación, debe destacarse que los portadores del servicio de justicia penal, poseen ideologías profesionales y actitudes políticas -aún cuando se pretendan teñir de neutrales-, lo que deviene como el producto de lo que Bergalli define como "el resultado de una formación jurídica y una deformación burocrática"³. Estos rasgos de los jueces y fiscales quedan plasmados y grabados a fuego en sus decisiones judiciales. Sobre la forma en que ello ha ocurrido en el caso de análisis volveré luego.

Retornando nuevamente a aquella percepción de la guerra y la eliminación del extraño, es preciso hacer algunas precisiones. Debe tenerse en cuenta que ese extranjero o de algún modo caracterizado como ajeno a la comunidad es la que ha primado en la conceptualización de las prácticas policiales que, según se señala se encuentran "al servicio de la comunidad" y no al servicio de la sociedad o de "todos", que parecería incluir a la totalidad de las personas y no únicamente a los que poseen una identidad común que se consideran incluidos en determinado ámbito de pertenencia. En ese sentido Zygmund Bauman⁴ indicó respecto del vocablo "comunidad", tan utilizado en los textos sobre seguridad urbana, que ella tiene una impronta de "buena sensación" puesto que evoca una realidad inexistente donde la seguridad y la libertad se disfrutan plenamente, donde ellas no se encuentran en disputa.

Sin embargo, la diferencia entre la comunidad de los sueños evocada y la que se pretende construir es evidente. Y en esta última, la "comunidad realmente existente" se observa una colectividad que pretende ser la comunidad encarnada que exige lealtad incondicional y, luego de dejar afuera a "otros" ajenos a la "comunidad", "trata todo lo que no esté a la altura de tal lealtad como un acto de traición imperdonable"⁵

En esa comunidad no hay lugar para los extraños, pero además en este tipo de comunidad los extraños resultan imprescindibles para construirlos en un afuera acechante y peligroso del cual defenderse. En ese sentido Bauman da cuenta del tipo de subjetividad que se construye en las "comunidades" existentes, de la siguiente forma:

"¿Quieres seguridad? Dame tu libertad, o al menos un buen trozo de ella. ¿Quieres confianza? No confíes en nadie fuera de nuestra comunidad. ¿Quieres entendimiento mutuo? No hables a extraños ni utilices idiomas extranjeros. ¿Quieres esta acogedora sensación hogareña? Pon alarmas en tu puerta y cámaras de circuito cerrado de televisión en tu calle. ¿Quieres seguridad? No dejes entrar a extraños y abstente de actuar de forma extraña y de tener extraños pensamientos. ¿Quieres calidez? No te acerques a la ventana y nunca abras una."

Y concluye Bauman: "La desventaja es que si sigues este consejo y mantienes selladas las ventanas, el aire de pronto se viciará y terminará haciéndose opresivo".

Ahora bien, desde esta mirada, una vuelta al análisis de la normativa policial relacionada al uso de las armas, permite descubrir esta idea de que "el delincuente" no tiene derecho, o al menos no los mismos derechos que cualquier persona de "la comunidad", puesto que no pertenece a ella y además la amenaza. Es así como la normativa tratada engloba en sujetos de derecho al personal policial, las víctimas o los terceros (inocentes), sólo en una única oportunidad se refiere a "personas" y como veremos, difícilmente la interpretación jurisdiccional este vocablo, por sí sólo, tenga la fuerza de revertir la concepción de la misión policial que, además, es la misión de "la comunidad".

Efectuemos algunas precisiones. El punto e) de las "recomendaciones particulares" para el uso de armas, condiciona la intervención activa del personal a que éste entienda que pueda "intervenir con razonable seguridad para su integridad física, la de las víctimas o la de terceros". En el mismo sentido, al enumerarse las pautas de defensa de la vida y necesidad del uso del arma, las connotaciones del cuidado del tercero inocente aparecen nuevamente, con exclusión de toda referencia de la protección de ese derecho a la vida y a la integridad física del "delincuente". Asimismo, en relación al personal policial (colocado como el protector guerrero- de esos terceros contra una aparente "amenaza del mal") se indica que podrá usar el arma cuando estuviere en una situación de peligro inminente, pero siempre y cuando no exista otra alternativa más segura que no aumente el peligro, nuevamente, "para si o para terceros".

El voto de la mayoría del Tribunal en el fallo comentado, en especial el del juez preopinante, se halla claramente permeado de esta concepción del discurso de la guerra, de que el otro ha puesto las condiciones (infracción a la norma) para que se gane la reacción de las fuerzas del "orden" y por ende ya no merece la protección (o al menos en la misma intensidad) que los "terceros inocentes".

Esta evidencia resulta fácilmente advertible, y más aún si se contrapone con la visión de la jueza disidente que, observa la situación desde una perspectiva a través de la cual exige una supuesta "profesionalidad técnica de la policía para aprehender al infractor sin menoscabar los derechos que como persona le son propios en un sistema democrático". Volveré sobre el tema al reseñar los votos de los jueces.

- IV -

Los votos de los jueces: Juez Armando Chamot

1ra parte: De enfrentamientos y relatos

En esta primera parte del desmenuzamiento que propongo del primer voto, indicaré la forma en que el juez Chamot ha dejado sumamente aclarado, en varias oportunidades que el relato de los encausados no había sido desvirtuado por ninguno de los testigos u otros medios de prueba, por lo cual se mantenía incólume. A excepción de algunas pequeñas consideraciones aisladas y dispersas en el trabajo, no cuestionaré esa aseveración, máxime cuando resulta sumamente interesante profundizar el tratamiento del caso, aún dando "por bueno" el descargo de los imputados.

Por otra parte, deseo destacar aquí de qué forma la defensa de los procesado se instala el análisis de los sucesos en el marco de lo que se ha denominado "enfrentamiento". Este concepto que no es para nada neutral -antes bien está muy cargado de connotaciones afines al ya mencionado "discurso de la guerra"- parece además demasiado elástico, dado que es aplicado a situaciones

que, a mi criterio, distan en demasía.

Asimismo, la referencia habitual en estos casos a la figura del "enfrentamiento armado", remite además a una "guerra santa", una cruzada, en la que cualquier medio es válido, en tanto es una lucha contra el mal absoluto, una disputa a muerte, en la que no hay intereses comunes ni existe posibilidad de convivencia, ni mucho menos consensos mínimos. Este discurso de la guerra a la criminalidad, si bien es propio y característico de la ideología positivista que tan fuertemente incidió a principio de siglo XX en nuestro país, ha recibido una impronta importantísima durante los años 70 y 80 en relación a algunas "escenificaciones montadas por los grupos de tareas durante la dictadura militar para justificar el "parte de guerra"⁶

Así en cuanto a ambos tópicos ha dicho el juez Chamot:

"La defensa, a su turno, abogó por la absolución de los procesados. Señaló que del enfrentamiento en sí no existieron testigos y que al respecto únicamente se contaba con los dichos de F. y M. los que no habían sido desvirtuados por las probanzas del debate y que por lo tanto debían ser tenidos por ciertos. Afirmó que siempre existió para los acusados un peligro permanente, actual e inminente, dado que G. en ningún momento cesó en su conducta y que si el agresor no desiste de ella por sí mismo el agredido está autorizado a defenderse hasta hacerla cesar. "

Además aseveró el juez, colocando a G., en "su lugar", el de un extraño, un ajeno a la "comunidad a proteger", es decir, una amenaza que no merece ser considerado "tercero inocente", que :

"No cabe hesitar acerca de que poco antes del enfrentamiento con la policía el fallecido G. participó del robo consumado en la panadería de la calle Araoz permaneciendo afuera mientras su cómplice ingresó y utilizando un arma de fuego se apoderó de dinero."

Y en consecuencia, su carácter de "delincuente" sumado a la enfermedad mental que poseía G. lo que lo hacía "adolecer de razón", según el magistrado, tal como luego se transcribirá, no tuvo más que concluir de la siguiente manera:

"Ahora bien. Sobre la forma en que ocurrieron los hechos únicamente se cuenta con la versión que proporcionaron los procesados. Salvo los dichos de los testigos Rarnallo, que observaron de ellos un brevísimo tramo, no se cuenta con otro relato. Resta entonces por verificar si las demás probanzas allegadas al debate -pericias médicas, químicas, balísticas., etc.-, desvirtúan aquella versión de los encausados y, además, permiten demostrar que los sucesos ocurrieron de una manera distinta y determinada."

Vinculada a la cuestión del "enfrentamiento", más allá de los sucesos que ocurrieran desencadenando la muerte de G., es menester destacar una afirmación en la que coincidieron los tres jueces sin más: el hecho de que ante el primer hipotético y único disparo efectuado por G. desde la esquina en dirección a M. y F., resultaba adecuado y correcto que estos últimos "repelieran la agresión" con, al menos, un disparo apuntando directamente al primero de los nombrados.

Así dijo el juez Chamot:

"Nadie ha pretendido discutir que los enjuiciados fueron objeto de una agresión ilegítima, o sea, una conducta agresiva y antijurídica por parte de G.. La orden de detención que le impartieron fue legítima ya que existía una sospecha razonable de que acababa de cometer un delito y en esas circunstancias el occiso sólo podía desobedecerla para darse a la fuga, pero no podía oponerse a ella por medios violentos. Al hacerlo mediante el disparo que efectuó contra M. realizó una conducta antijurídica al punto que ella incluso configuraba los delitos de resistencia a la autoridad y abuso de armas. No hace falta demostrar que ese comportamiento fue agresivo ya que es evidente que estaba encaminado a la producción de una lesión. Ello colocó a los imputados en situación de poder repeler la agresión afectando bienes jurídicos del fallecido, es decir, defenderse legítimamente, lo que M. concreto realizando uno o más disparos contra G., el que a continuación prosiguió la huida. En lo que hace a este primer tramo de los hechos todos estuvimos de acuerdo en que el accionar de M. constituyó una defensa racional en tanto que no faltó "la proporcionalidad de manera aberrante" (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Ediar, 198 1, T. III, pág. 593) entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad. En realidad, lejos de faltar, tal proporcionalidad fue sumamente pareja. Aunque es estrictamente innecesario que así suceda a los fines de que la defensa pueda ser considerada legítima, en el caso los bienes jurídicos que estuvieron en juego tanto respecto del agresor como de los agredidos fueron los mismos -vida o integridad física-, al igual que los medios instrumentales -armas de fuego en ambos casos-."

En el mismo sentido apuntó la jueza Camiña

"Al ser apuntado y disparado por G., M. se defiende y repele (me estoy refiriendo al primer y único disparo que realiza G. desde la esquina, según se tuvo por probado). Esta primera reacción del coprocesado de tirar a quien lo apunta constituye un clásico ejemplo de legítima defensa, ya que ésta deviene legítima por ser necesaria y racional. pero hay un segundo tramo en el que, a mi juicio estamos ante otro ejemplo clásico, pero de exceso en la legítima defensa, como también lo ha considerado nuestro fiscal."

Esta última magistrada luego se distanció de la interpretación legalista y formal de la normativa policial que privilegia la "defensa social" por sobre el derecho y protección de todos respecto del ejercicio de la violencia, sea ejercida por quien sea. Sin embargo, y pese al esfuerzo argumental que realizó para presentar su disidencia, no reparó en que M. "repelió" la agresión, con un disparo dirigido al cuerpo de G., sin procurar resguardarse y observar qué hacía el sujeto que, según los relatos de los procesados podría ya haber emprendido la huida. Ello deja trasuntar una concepción que atraviesa en mayor o menor medida toda la institución judicial en cuanto a su ideología y prácticas. Ella se traduce en que respecto de la distinción entre violencia legítima y violencia ilegítima, se pone el acento en el último de los términos, es decir en su vinculación a la norma que la permite, y no en el término violencia que las emparenta. Así el uso que de dicha violencia hacen los agentes policiales es rápidamente catalogada como legítima, mientras que si el que lleva a cabo una acción que se califique como violenta es un individuo estereotipado como "delincuente", a priori será ilegítima, y todo ello independientemente de la discusión que se soslaya sobre el rol que en un estado democrático le correspondería a la policía y, si en esa situación, podría haber actuado desde un paradigma de protección.

- V -

Los votos de los jueces: Juez Armando Chamot

2da parte: Locura y crimen: estereotipo moderno del homo sacer

Como si fuera poco, el presente caso ha mostrado otra singularidad sumamente rica para el análisis: la capacidad mental de la persona que resultara muerta. Esta circunstancia, además del robo cometido minutos antes por G., entiendo que ha logrado colocar a éste en un estereotipo de poca relevancia mediática, con sugestivas afinidades a la figura del homo sacer, tal como la trabaja Giorgio Agamben.

Así, el juez Chamot, con suma exhaustividad y elocuencia, a mi criterio inadecuada, para el análisis del fondo de la cuestión, dijo entre otras cosas que:

"Sin embargo, en el caso de autos no puede desconocerse que concurre una circunstancia realmente particular, como lo es que el occiso se trataba de un enfermo mental. Es éste un hecho debidamente comprobado a través de lo que resulta de la causa (...) y de la historia clínica que del fallecido obra en el Hospital Neuropsiquiátrico Borda. De la causa (...) resulta que fue detenido en Enero de 1992 por estar exhibiendo su miembro viril en una estación de trenes y que al llegar a la Comisaría se resistió forcejeando con un policía que terminó sufriendo lesiones leves. Los Médicos Forenses lo encontraron desorientado auto y alopsiquicamente, con alucinaciones visuales y auditivas, con contenido ideico incoherente, delirante y de temática mística, con caudal de agresividad manifiesta, concluyendo que sus facultades mentales presentaban una alteración morbosa, bajo la forma clínica de excitación psicomotriz, síndrome expansivo delirante agudo de contenido polimorfo a mecanismo de formación alucinatorio y posible exaltación maniaca, sin capacidad para comprender y/o dirigir sus acciones, peligroso para sí y para terceros (...). En Enero de ese mismo año se fugó del Hospital Borda y en Abril de 1995, tras ser habido, un nuevo examen médico lo encontró con estado de conciencia hipolúcido, orientado auto y alopsiquicamente, sin alucinaciones, con contenido de pensamiento de características delirantes de tipo místico que sostiene con fuerte vigor afectivo, caudal de agresividad contenido y capacidad judicativa desviada, concluyendo que G. presentaba síntomas de alteraciones psicopatológicas que configura enfermedad mental psicótica bajo la forma de síndrome esquizofrénico con delirio místico y potencialmente peligroso para si y/o terceros. (...) en Noviembre de 1998 fue detenido en San Miguel ya que en la vía pública insultaba e incitaba a pelear a los transeúntes siendo derivado a un nosocomio del que, aparentemente, también se escapó. (...) en Abril de 2000 fue detenido por la policía al encontrarlo en la vía pública insultando y salivando a los transeúntes, mostrándose sumamente agresivo, remitiéndoselo al Hospital Borda del que aparentemente se fugó enseguida ya que el 24 de Abril del mismo año fue nuevamente aprehendido en la vía pública por encontrarse en la Plaza de Mayo produciendo desorden, cubierta la totalidad de su cuerpo con aceite lubricante. En el Hospital Argerich, donde fue inicialmente enviado, lo encontraron con interceptación del pensamiento, cuadro de excitación psicomotriz, respondiendo a las preguntas sólo con la palabra "amén". (...)



Dicho ello, el juez construyó, sin explicitarlo una premisa de su razonamiento que se permitió decir que:

"De todo ello se sigue que no es posible adjudicar incoherencia al relato de los acusados en cuanto atribuye al fallecido una actitud que puede calificarse de irrazonable cuando precisamente el occiso carecía de razón o la tenía seriamente disminuida."

Ahora bien, esto sólo conllevaría a lo que el juez ya había hecho, es decir tener "por buena" la defensa de los imputados, pero nunca a derivar sin más la no responsabilidad de ellos en el homicidio de G., evitando el estudio de las funciones y deberes que como policía les competen en tanto protección de todas las personas. Volveré sobre esto, pero previamente abordaré la analogía ya esbozada en relación a la figura del homo sacer.

En cuanto a la conceptualización del sujeto "eliminado" como alguien con cierta afinidad a la figura del homo sacer, valgan entonces, hacer ciertas apreciaciones. Como he dicho en otro trabajo, es posible pensar ciertas cercanías en cuanto a su lógica respecto de los procedimientos policiales, en especial los llamados "enfrentamientos", con los intentos de fuga de los campos de concentración nazis, no para asimilar sin más los sucesos sino para analizar cuál es la estructura jurídico-política que ha permitido que sucesos a la vez abruptamente disímiles, pero con una lógica interna que los hace semejantes, tengan lugar.

Así ha referido Primo Levi que: "A los SS que mataban a un prisionero que intentaba huir se les concedía una licencia premio: por ello solía suceder a menudo que un SS disparase a un prisionero que no tenía ninguna intención de escapar, únicamente con el fin de conseguir el premio. Este hecho aumenta artificialmente el número oficial de casos de fuga registrados en las estadísticas..."⁷

Claro que con ello no pretendo sostener que los "enfrentamientos" policiales son producidos al sólo efecto de obtener ascensos o cualquier otra clase de gratificación al interior de la institución policial. Y en el caso que aquí analizo una aseveración de ese tipo resulta claramente absurda. Lo que con ello pretendo es analizar un tipo de agencia policial que se construye hacia su interior y desde el exterior como un cuerpo de combate y de protección de unos pocos, de una "comunidad".

Sólo desde esta perspectiva creo que es posible dar cuenta de una corporación que históricamente ha sostenido, desde los discursos de sus jefes, que sus atribuciones legales no les resultan suficientes para "combatir el delito", pese a que la aplicación de estas "escasas" facultades legales, aún en abstracto, pero con mayor claridad en los casos concretos (donde usualmente rebasan los límites legales⁸), resultan instrumentos incompatibles con principios democráticos.

Ahora bien, y utilizando los planteos de Giorgio Agamben, sería muy interesante preguntarse no sólo por las actividades que legal o ilegalmente efectúa la agencia policial, sino también, como ya indiqué, cuál es la estructura jurídico-política que ha permitido que semejantes sucesos tengan lugar. Ello nos llevará a mirar estas prácticas, no como singulares hechos históricos, ni como anomalías, sino como emergentes de una matriz escondida: el nomos del espacio político en el que vivimos.

Dicho ello, y sin perjuicio de posteriores análisis sobre el tema, corresponde ahora sí decir que en ese sentido pretendo tomar las reflexiones de Agamben vinculadas a los campos de concentración nazis y al homo sacer. Procuro con ellas pensar el lugar de este sujeto constituido como un "otro" que se lo acepta, incluyéndolo en un determinado sistema o estructura social, pero sólo a condición de poder efectuar sobre él prácticas claramente excluyentes que dan sentido a la supervivencia y la

cohesión social de un "nosotros". Ese "otro" delimitado en el imaginario y en las prácticas -en este caso jurídicas- del "nosotros", y en definitiva sobre la configuración de este "nosotros" es la preocupación que subyace al presente trabajo.

En ese marco, el autor citado, dice: "El campo es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en la regla. En éste, el estado de excepción, que era esencialmente una suspensión temporal del ordenamiento, adquiere ahora una disposición espacial permanente que queda como tal, pero siempre fuera del ordenamiento normal."⁹ La categoría de "estado de excepción" importa una vía interesante para realizar algunos paralelismos con el nomos que subyace a las prácticas policiales que aquí pretendo delimitar.

- VI -

Los votos de los jueces: Juez Armando Chamot

3ra parte: El rol de la policía en el imaginario judicial. Una campana.

En este apartado estudiaré la concepción de la que da cuenta el juez Chamot, entendido como fiel reflejo de dicha concepción de un amplio sector de jueces penales, respecto del rol que cumple y debe cumplir la policía en las calles. Al respecto ha dicho que:

"... está fuera de discusión que la principal obligación del policía es proteger la vida y la integridad física de terceros inocentes."

Para concluir en ello se basó en las siguiente aseveraciones:

"... la O.D. dispone que "...El principio rector es preservar hasta las últimas consecuencias la propia seguridad y la del público", que el uso de las armas debe realizarse "con el mínimo de riesgo posible para la integridad física de terceros inocentes", que en la utilización de la fuerza pública "el empleo de armas de fuego es su máxima expresión" y que "el uso de las armas de fuego es el último recurso disponible para la protección propia y de terceros ante una agresión ilegítima que las ponga en peligro" y que "cuando el personal entienda que no puede intervenir con razonable seguridad para su integridad física, la de las víctimas o la de terceros, porte o no armas, o que provocará un riesgo mayor que el del propio ilícito, limitará su desempeño a la obtención de elementos que permitan la posterior identificación de los autores. "

Es decir, aquí es donde, sin decirlo y probablemente sin considerarlo sino a un nivel inconciente, construido colectivamente, el discurso de la guerra se introduce con claridad en la sentencia. Desde aquí, entonces, la suerte de G. está sellada: forma parte de esa horda de peligrosos, en términos hobbesianos.

Así es de destacar que este discurso o estado de guerra reconoce su impronta en la obra de Hobbes, Leviatán, donde se indicaba explícitamente que quien no ingrese al sistema de respeto de la ley no sería considerado súbdito, sino enemigo del Estado y corresponde aplicarle "no el derecho de soberanía y dominio, sino ... el derecho de guerra"¹⁰, es decir no será ciudadano quien no se

sujete a la ley, la que restringirá su libertad y su respeto le otorgará el carácter de ciudadano.

En definitiva, esta búsqueda de racionalidad en el sistema de dominación, estaba justificada por la esperanza de que el hombre, que por el ficcional "pacto" celebrado, dictado por "su naturaleza en busca de la paz", cumpla las leyes por el sólo hecho de serlo, es decir que se convierta en un ciudadano y como tal obediente. Así dice Hobbes en el inicio mismo del capítulo XXVIII del Leviatán dedicado a los castigos y las recompensas que "un castigo es un mal inflingido por autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una trasgresión a la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mejor dispuesta a la obediencia"¹¹. Y esta obediencia no sólo debe ser exterior sino que también debe darse en cuanto a una disposición interior a obedecer. En ese sentido, y vinculando la ley como mandato a la noción de pecado, destaca que "la ley civil es, para cada súbdito, aquella serie de reglas que el Estado le ha mandado de palabra, o por escrito, o con signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien de lo que no está bien, es decir, lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla."¹², y que "... hay algunos hombres que desprecian las leyes; y en cuanto ven que se les presenta la oportunidad de aprovecharse con impunidad, no respetan sus promesas contractuales ni la fe que se ha depositado en ellos, y violan la ley. En el caso de estos hombres, no sólo sus actos sino también sus almas, están contra las leyes. Quienes pecan por debilidad solamente son buenos hombres, incluso cuando pecan pero estos otros, incluso cuando no pecan, son malvados."¹³

En consecuencia, M y F., defensores de un aparente bien en el que la comunidad de sujetos "sanos" y "obedientes de la ley", sólo han cumplido con su deber: "erradicar el mal". En consecuencia dijo el juez Chamot:

"Todo ello no significa otra cosa que los policías tienen el especial deber de utilizar las armas de fuego con el máximo de prudencia en relación a terceros, lo que en realidad nada tiene que ver, en el caso, que se está juzgando, con su uso contra un agresor que, como en cualquier caso de legítima defensa, estará justificado siempre y cuando concurren los únicos requisitos que el inc. 6° del art. 34 del Código Penal exige: agresión ilegítima, racionalidad en la necesidad del medio empleado para defenderse y ausencia de provocación suficiente por parte del que se defiende." (el destacado no pertenece al original)

Así se introduce el juez, una vez deslindada la inocencia de G., y por ello deduciendo que no fue merecedor de protección policial que, recordamos esta sólo "al servicio de la comunidad", en el análisis de la legítima defensa olvidando a mi entender la particular situación de que los imputados revestían el carácter de policía y que el suceso se dio en ejercicio de su función.

El juez, si bien hizo alguna cita doctrinaria aislada, esta estuvo desprendida del iter lógico, puesto que pese a su trascendencia no se vio reflejada en la conclusión. Por ello puede afirmarse que el voto en cuestión no dio cuenta de que el uso de la fuerza aquí no justificaba el análisis de la figura "legítima defensa" como se lo hace en los manuales universitarios, sino que requería contextualizar la situación y no olvidar que quien pretendía estar "repeliendo" la agresión estaba en el cumplimiento de funciones, por lo que tenía a su cargo el deber de protección de la vida del "agresor" (al menos desde una perspectiva democrática y constitucional del suceso).

No dando cuenta de este deber democrático, en la línea del "discurso de la guerra", y sólo concibiendo que el requisito de actuación policial debe resguardar a terceros inocentes (ajenos a esa guerra), el juez preopinante aseveró, entonces:

"... no es posible considerar que la legítima defensa de los procesados fue excesiva en relación al agresor por haber colocado supuestamente en riesgo la integridad física de terceros inocentes. Lo primero que salta a la vista es que aquí no se ha causado daño alguno a esos terceros y ello forzosamente obliga a concluir que los procesados evaluaron correctamente la situación cuando decidieron defenderse de la agresión mediante la utilización de sus armas. Debe pensarse que M., al contestar el primer tiro, percibió que no había ninguna otra persona cerca de G. que pudiera ser accidentalmente herida por el disparo que le efectuó. Y que otro tanto hicieron los dos imputados al dispararle al occiso cuando estaba detrás del auto. Por otro lado, de haber herido o matado a algún tercero deberían, en todo caso, responder por ello a título de culpa. Y es sabido que en nuestro derecho los delitos de homicidio y lesiones culposas necesitan de un resultado para ser punibles por ser ese resultado un elemento de los tipos respectivos. Me parece incongruente que la inexistente responsabilidad penal por una supuesta conducta imprudente hacia terceros que no les causó a estos ningún daño, y que por ello no puede ser sancionada desde ese ángulo, termine siendo penada al desplazársela sin más al ámbito de la legítima defensa emprendida contra el agresor, ya que se hace así por vía indirecta lo que no puede hacerse directamente, o sea, cargarle a los acusados las consecuencias de un resultado respecto de terceros inocentes que nunca produjeron."

Agregó además que los aspectos formales fueron cumplidos, restándole una vez más la importancia que el derecho a la vida tiene, "aún cuando se trata de un extraño, ajeno a la comunidad", máxime cuando se opone a la detención por medios violentos. Aparece aquí, a mi entender otra confusión en lo que al sistema constitucional hace, a saber: los requisitos indispensables y mínimos para el uso de la fuerza estatal deben ser cumplidos por los agentes del estado y no por los ciudadanos. Esto es: las reglas del juego para la aplicación de la fuerza no son exigibles a las personas bajo apercibimiento de quedar fuera del sistema de protección de cualquier derecho, como parece extraerse de el pasaje del voto que en lo que hace al primer tramo de los acontecimientos, ya fue transcrito más arriba. Sin perjuicio de ello recordémoslo una vez más. Así dijo el juez :

"Nadie ha pretendido discutir que los enjuiciados fueron objeto de una agresión ilegítima, o sea, una conducta agresiva y antijurídica por parte de G.. La orden de detención que le impartieron fue legítima ya que existía una sospecha razonable de que acababa de cometer un delito y en esas circunstancias el occiso sólo podía desobedecerla para darse a la fuga, pero no podía oponerse a ella por medios violentos. Al hacerlo mediante el disparo que efectuó contra M. realizó una conducta antijurídica al punto que ella incluso configuraba los delitos de resistencia a la autoridad y abuso de armas. No hace falta demostrar que ese comportamiento fue agresivo ya que es evidente que estaba encaminado a la producción de una lesión. Ello colocó a los imputados en situación de poder repeler la agresión afectando bienes jurídicos del fallecido, es decir, defenderse legítimamente, lo que M. concreto realizando uno o más disparos contra G., el que a continuación prosiguió la huida."

Además agregó, nuevamente equiparando a los "combatientes", es decir, omitiendo el deber de protección de la policía, que



"En lo que hace a este primer tramo de los hechos todos estuvimos de acuerdo en que el accionar de M. constituyó una defensa racional en tanto que no faltó "la proporcionalidad de manera aberrante" (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Ediar, 198 1, T. III, pág. 593) entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad. En realidad, lejos de faltar, tal proporcionalidad fue sumamente pareja. Aunque es estrictamente innecesario que así suceda a los fines de que la defensa pueda ser considerada legítima, en el caso los bienes jurídicos que estuvieron en juego tanto respecto del agresor como de los agredidos fueron los mismos -vida o integridad física-, al igual que los medios instrumentales -armas de fuego en ambos casos-. La O.D. dispone bajo el título de "Recomendaciones Especiales", "4. Una intervención ante una situación sospechosa meritúa empuñar el arma, sin necesidad de encañonar a terceros. 5. Una intervención ante la certeza de la comisión de un hecho delictuoso justifica empuñar el arma para la inmediata respuesta ante agresiones", y bajo el título de "Consideraciones para evaluar la necesidad del uso de las armas. Situaciones de peligro inminente", determina que "Peligro inminente significa actuar bajo amenazas. Existe aún cuando el agente no se encuentre encañonado". Ese primer o primeros disparos se encuentran entonces justificados."

Ahora bien, a partir de esta escena, el juez a mi entender, además obvia otro deber que está indicado expresamente en las normas policiales que él cita. Ese deber es el que refiere que para el uso de armas de fuego "siempre debe tenerse presente ...una causa suficiente, razonable y demostrable en juicio para justificar en enfrentamiento con personas armadas". Y que en caso de fuga no se justifica el uso de armas "excepto que: en su huida el agresor continúe haciendo fuego contra el personal policial y, ante esa circunstancia, no impedir su fuga implique peligro inminente de muerte para sí o terceros", lo que evidentemente no se dio en este caso.

En ese mismo sentido en las "consideraciones para evaluar la necesidad del uso de las armas", en el punto a.1.5 se indica que configura una situación de peligro inminente "cuando el sospechoso, luego de una confrontación violenta, en la que ha producido muertes o lesiones graves, o lo ha intentado sin conseguirlo, huye de la escena del crimen manteniendo su nivel de agresividad y continúa disparando su arma contra el agente policial o terceros", lo que tampoco ocurría en este caso.

Por último, tampoco se consideró las indicaciones sobre la elección de alternativas seguras, puesto que estimo que el juez consideró que ellas sólo protegen a terceros inocentes.

Claro que, desde la línea del llamado "discurso de la guerra", la interpretación legal difícilmente pueda ser llevado a cabo desde otra lógica. Es así como continuó indicando:

"A partir de ese momento F. y M. corrieron detrás de G., lo que no podían dejar de hacer dada su condición de policías, dándole mientras tanto la voz de alto indicándole que se tirara al piso. En vez de acatarla el fallecido se ocultó detrás de un automóvil y, al menos en una ocasión, se levantó y apuntó su arma en dirección a M. cuando él y F. corrían por la calzada en dirección al vehículo, ocasión en la que ambos efectuaron disparos contra el occiso. En relación a la conducta desarrollada por los acusados durante este segundo segmento de los hechos también todos coincidimos en que se encuentra amparada por la legítima defensa, ya que valen aquí la totalidad de las consideraciones efectuadas más arriba. Es verdad que G. se habría limitado a apuntar a M. sin efectuar ningún disparo, pero también es cierto que el solo hecho de apuntar crea un peligro inminente: "si con este término se designa el requerimiento de inmediato signo de peligro para el bien jurídico, adecuadamente comprendido por su titular ... Además, parece altamente probable que los encausados se puedan haber visto sorprendidos por el comportamiento de G. que de

pronto detuvo su marcha parapetándose sobre la vereda detrás del auto, mientras ellos quedaron al descubierto sobre la calzada. (el destacado no pertenece al original)

Agregando en la misma línea, y apoyado en una perspectiva autoritaria y militarizada de la sociedad, en tanto definida como combate de "nosotros contra ellos", aseveró:

"... el hecho de que G. volviera a ocultarse detrás del rodado después de los disparos que le efectuaron los acusados de ningún modo puede interpretarse como que había desistido de continuar con la agresión o decidido llevarla adelante por medios menos lesivos. "La situación de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva ...Desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y, dado que dispone de los medios idóneos para ello, puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos. "

"Conforme lo que se viene exponiendo, como G. no arrojaba el arma pese a ser intimado a ello y no podía suponerse que la conservaba porque era un recuerdo del abuelo sino que la mantenía en su poder para seguir utilizándola, daba claros signos de continuar en su conducta agresiva. Coincidentemente con ello, la O.D. bajo el título de "Consideraciones para evaluar la necesidad del uso de las armas. Situaciones de peligro inminente", determina lo siguiente: "A.1. Peligro inminente significa actuar bajo amenaza. A.1.1. Existe aún cuando el agente no se encuentre encañonado. A.1.2. Cuando el sospechoso posee un arma o trata de acceder a ella en circunstancias que indican intención del utilizarla contra el agente o terceros. A.1.3. Cuando el -sospechoso armado busca ventaja táctica parapetándose, ocultándose o mejorando su posición de tiro. A.1.4. Cuando el sospechoso tiene capacidad de producir muerte o lesiones graves, aún sin armas, y demuestra intenciones de hacerlo". De todo ello me parece que queda claro que la agresión ilegítima por parte de G. continuaba y que ella creaba un peligro inminente para los acusados, quienes estaban en consecuencia autorizados a "impedirla o repelerla", según la fórmula de nuestro Código Penal."

"Si para su análisis fragmentamos del modo en que lo hicimos una conducta que fue única y se desarrolló en alrededor de cincuenta segundos, hay otra observación que me parece que no puede dejar de hacerse. Los cuatro tiros. de M. y los cinco de F. no respondieron todos a la misma situación ni fueron realizados en forma ininterrumpida. Unicamente algunos de ellos, no todos, los efectuaron cuando G. se asomó sobre el auto y en clara actitud agresiva que provocaba un peligro inminente apuntó a M.. En esas circunstancias el que le hubieran realizado, por ejemplo, dos disparos cada uno, no parece que pueda considerarse una conducta defensiva excesiva ya que no se advierte que exista una marcada desproporción, y menos aún desproporción aberrante, con la que estaban repeliendo.

Parecidas consideraciones entiendo que merece el tercer tramo de la conducta en estudio, o sea la decisión de M. de subir a la vereda. Me parece que debe aquí recalarse que lo que se tuvo por probado, aunque más no sea por el principio de la duda, es que el referido acusado tras ascender a la vereda intimó a G. a que arrojara el arma, disparándole cuándo este en vez de tirar el revólver lo volvió a apuntar, circunstancia que se repitió cuando M. comenzó a correrse tratando de salir de la línea de tiro del fallecido y este giro hacia él manteniéndolo encañonado."

Seguidamente citó a Zaffaroni a fin de hacer encuadrar el suceso en la figura de la legítima defensa, en ese sentido aseveró el magistrado:

"Al respecto, dice por ejemplo Zaffaroni (ob. citada, edición 2002, pág. 615), que "Para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva o inocua, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica en cuestión. No actuará justificadamente quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con una ametralladora, o quien para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho le propina un golpe que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluida la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión: los golpes se pueden responder de la misma manera y al borracho darle un empujón".

Ante ello el juez consideró que:

"En el caso en que se juzga los medios empleados eran de igual capacidad lesiva y el bien amenazado de idéntica jerarquía al lesionado. Además, no debe dejarse de lado que quien se defiende lo hace de una agresión ilegítima que no provocó y que de lo que se trata, en primer lugar, es de impedirlo. Por ello pienso que debe reconocerse a quien tiene a mano algún medio que le otorgue alguna ventaja o superioridad para defenderse la facultad, dentro de los límites de la racionalidad, de utilizarlo, ya que no se trata de colocarlo respecto del agresor en una situación similar a la del duelo regular, sino de posibilitarle la defensa de sus derechos con el menor riesgo posible para sí."

No obstante que, corresponde la legitimante para todos los ciudadanos en términos de lo expresado, en el voto de análisis se agregó:

"El hecho de que se trataran los imputados de policías que actuaban en el ejercicio de su función plantea dificultades adicionales. Dice al respecto Zaffaroni (ob. citada, ed. 2002, pág. 616), en la misma cita invocada en el auto de procesamiento -fs. 682-, que "En rigor, el deber jurídico que incumbe al policía o al militar no tiene un ámbito de intervención menor que el del derecho que asiste al habitante común, sino que, dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los 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 aplicación de la violencia ... Salvo estas correcciones y la general incumbencia de un mayor deber de valoración estricta de la necesidad de defensa, los funcionarios conservan el derecho a la legítima defensa propia que asiste a todo habitante".

Es posible entonces relacionar ese mayor deber de valoración estricta de la necesidad de defensa y la más fina y precisa aplicación de la violencia con la posibilidad de recurrir a otra conducta menos lesiva, posibilidad que al policía le es exigible examinar con mayor rigor antes de optar por una u otra.

Sin embargo el juez utiliza el argumento del fiscal, que desemboca en un criterio cargado de vaguedad, para reafirmar su decisión previa, sin abordar a fondo la situación que esbozara, al

menos con más claridad, la jueza que votara en disidencia, esto es: la exigencia policial de arbitrar todos los medios para actuar con el mínimo ejercicio de violencia, y en su manifestación de menor intensidad. En ese sentido, si bien la cantidad de disparos provocados, criterio sostenido por el fiscal para analizar el exceso en la legítima defensa, puede haber sido un punto a considerar, el deber previo de elegir un curso de acción menos riesgoso y por ende con menos apoyo en la posibilidad del uso de las armas (máxima expresión de la violencia policial) hace que aquel no fuera un punto central a debatir, máxime si se le agrega la no certera reconstrucción que se pudiera efectuar en juicio sobre la última secuencia que tuviera por conclusión la muerte de G.

En la línea de responder a la acusación, el juez, en el pasaje más alejado de lo que debería ser un control por parte del organismo judicial respecto de la minimización de la violencia por parte de la agencia policial, dijo:

"El Sr. Fiscal General sostuvo que precisamente los imputados se excedieron en la defensa por cuanto recurrieron a dispararle cuando contaban con otros medios menos dañosos a su alcance. Sin embargo, en mi opinión era necesario que también se hubiera precisado cuál o cuales eran esos medios o acciones y cómo se los podría haber utilizado o desarrollado en el caso concreto, ya que de lo contrario, como ocurrió, se dejó a la defensa sin posibilidad de contestar que esos medios no estaban en realidad al alcance de los imputados o el otro accionar era directamente impracticable, o inconveniente por provocar mayores riesgos a terceros inocentes, etc.

Sobre B. "Elección de alternativas seguras" (el subrayado pertenece al original) y C. "Continuidad de la aplicación" (del uso de las armas) dice la "OD": "b.1. No deben considerarse alternativas que aumenten el peligro para sí o para terceros. b.2. Una alternativa segura que evita un peligro inminente además, hará innecesario el uso de armas de fuego. b.2.1. Advertencias verbales: cuando es posible, es decir sin aumentar el peligro para sí o para terceros. La desobediencia de las órdenes (jarroje el arma!) o el engaño pueden dejar al agente sin opción segura y justificar por sí el empleo del arma. b.2.2. Disponer de cobertura suficiente: proporciona ventaja táctica. Un sospechoso armado parapetado puede requerir el uso de las armas un agente en esa posición evaluar o no la necesidad de hacerlo, cuando no se encuentra bajo riesgos adicionales. b.2.3 Limitaciones de tiempo: La reacción ante la sorpresa evita la duda razonable de cómo detener la agresión. Deberá estar condicionada por la posibilidad de evaluar profesionalmente la situación, sin que pueda descartarse la incidencia de la emoción o el instinto de conservación. Continuidad de la aplicación. c. 1. Hasta la rendición o cuando el sospechoso deja de constituir un peligro inminente. c.2. Los intentos de causar una lesión menor no se corresponden con la necesidad de controlar la situación y pueden resultar peligrosos para otros agentes o terceros. c.2. Siempre que resulte posible, debe evaluarse si el uso de las armas excede el propósito perseguido, creando un peligro innecesario a terceros inocentes"

De ello, en general, puede advertirse que los acusados ya estaban en una situación de peligro inminente -el imputado parapetado detrás de un auto y ellos al descubierto sobre la calzada-, las advertencias verbales para que arrojara el arma habían sido desoídas y lo siguieron siendo después, y las limitaciones en el tiempo -sin perjuicio que sobre ello volveré más adelante- eran extremas (décimas de segundo median entre el, apuntar y el disparar; también entre el levantarse detrás de un auto y disparar)."

Añadiendo luego:

"La huida debe ser descartada ya que ella no es jurídicamente exigible y además, por ser policías,

a los acusados les estaba prohibida al menos en una situación como esa.

Otra alternativa era ocultarse y pedir apoyo. Si alguno de los encausados debía volver hasta el móvil para utilizar la radio ello significaba que debía dejar solo a su compañero frente a un sujeto armado, que ya había hecho uso del arma y que además se negaba a arrojarla, lo que implicaba aumentar considerablemente el riesgo para el que se quedaba. Si tenían los acusados en su poder un teléfono celular no me imagino a ninguno de ellos distrayéndose en sacarlo, abrirlo, marcar un número y ponerse a hablar cuando es de suponer que en una situación de esa clase toda la atención debe estar puesta en el agresor y sus posibles movimientos. Tal vez evaluaron los imputados la posibilidad de que G. reiniciara la carrera hacia la cercana Avda. Scalabrini Ortiz donde seguramente había un tránsito vehicular intenso y muchos más peatones, lo que podía determinar situaciones de mayor riesgo para terceros. Tal vez la posibilidad de que el agresor ingresara a alguna de las casas que tenía a sus espaldas con riesgo para sus moradores. Tal vez evaluó M. que ascender a la vereda y colocar al sujeto bajo la acción directa de su arma lo iba a decidir a arrojarla, que quizás lo iba a encontrar ya herido e incapacitado para continuar agrediendo, etc, etc. En fin, se pueden plantear muchas alternativas pero es difícil decir si ellas eran o no más seguras para los propios policías o para terceros.

Como se advierte aquí, el magistrado contesta al acusador mediante la crítica de que no explicitó que alternativas tenían los acusados, pero sin embargo, conjetura acerca de ellas de una manera rayana con el absurdo, en cuanto a las hipótesis escogidas, pero omite el tramo de acción previo a que los policías, según entendieron demostrado, se vieran a la "descubierta" y en una situación de no retorno. Ello deviene así en el argumento del juez, por cuanto previamente había dicho que era el deber de la policía perseguirlo a G., casi de avalanzarse sobre él, en esa lógica del combate sobre el mal a descripta, por lo que evidentemente en el tramo ahora analizado ya no podían proteger la vida de G., sin descuidar la propia.

- VIII -

Los votos de los jueces: Jueza Estela Raquel Cárcamo

Analizaré aquí el voto de la jueza Cárcamo que, si bien adhirió a los fundamentos del juez preopinante, agregó algunos propios. Esta magistrada agregó, tal como adelanté, que sin perjuicio de adherir a lo propiciado y fundamentado por su colega que:

"... solo quiero resaltar algunos aspectos que si bien ya han sido objeto de tratamiento en la exposición del Dr. Chamot me parecen de suma importancia. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, como sostiene Zaffaroni, "...todo el orden jurídico aspira, en cierta medida, a que los sujetos a él sometidos asuman e internalicen los valores y consiguientes pautas de conducta que propugna". "La aspiración ética del derecho no podría cumplirse si el mismo normase conductas en forma contradictorias, porque nadie puede internalizar una conducta como prohibida y ordenada por la ley, por lo que, en principio, quedarían fuera de la prohibición las conductas que se realizan en cumplimiento de deberes jurídicos" (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. III, Pág. 486, Editorial Ediar).

Ahora bien, los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener aún sin orden judicial, a toda persona que sea sorprendida en flagrancia en la comisión de un delito o cuando hubiere contra ella indicios vehementes de culpabilidad y exista peligro de fuga (arts. 284 y 285 del

Código Procesal Penal de la Nación). ... Es precisamente partiendo de esa premisa que se debe evaluar el accionar de los enjuiciados, a efectos de determinar si se han conducido incurriendo en un exceso reprochable penalmente, como sostuviera el Acusador Público.

En este pasaje la jueza sólo indica en un breve párrafo lo que es un criterio general de la figura de la legítima defensa, sin inmiscuirse en la particular situación del caso (ejercicio del poder de policía), para luego dar cuenta de ese deber policial más afincado en detener y encarcelar a los peligrosos "delincuentes" que en proteger los derechos de todos los individuos. En ese sentido agregó luego, distinguiendo inocentes de "delincuentes" que:

"...coincido con el Dr. Chamot, en que no ha quedado claramente establecida la actitud correcta y posible que los encartados hubieran debido realizar, sin aumentar el riesgo que corrían sus vidas o, eventualmente la de terceros, atento a que se enfrentaban con una persona armada que les había disparado y que no cesaba en su agresión, pese a las reiteradas advertencias que les dirigieron." (el destacado no pertenece al original)

- X -

Los votos de los jueces: Jueza María Cristina Camiña.

El rol de la policía en el imaginario judicial.

Otra campana, aunque bastante más chiquita.

Esta jueza, en disidencia, como indiqué al inicio, votó por que se condenara a los agentes policiales bajo la figura de exceso en la legítima defensa. Así, con los hechos que como ya reseñé tuvo por cierto, realizó un análisis no ya desde la mirada del policía que debe "eliminar la agresión social de un extraño sin derechos", sino desde una perspectiva de institución que debe resguardar los derechos y bienes individuales y colectivos, sea cual fuere el suceso anteriormente ocurrido.

Si bien no lo ha dicho con estas palabras puede comprenderse la posición de la jueza Camiña en términos de alguna afinidad con lo que Zaffaroni ha indicado en su última obra. En ese sentido, no se deduce del voto que la magistrada adoptara una posición agnóstica respecto de la pena, pero sí resulta evidente que circunscribe la actividad policial a la evitación de daños en curso, alejándose de la concepción positivista del discurso de la guerra.

Es así que resulta ilustrativo transcribir alguno de sus aseveraciones:

"No estamos en presencia de particulares frente a una agresión, ni en el Far West donde se requería la captura de los infractores "vivos o muertos". Se trata de dos policías en función de tales. "Al policía o al militar, dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa pues se supone que dispone de conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia...". Zaffaroni, Eugenio R. Derecho Penal Parte General, Ediar, nov/2000. Es más, un línea doctrinaria alemana se opone a la aplicación de justificantes señalando que el policía debe dejar fuera de combate al agresor pero no permite su liquidación física por entender que "el agente de policía hace de la defensa de terceros su profesión y su deber y está en posesión de medios y conocimientos muy superiores al de los particulares, lo que tiene como consecuencia que su operatividad sea mucho más efectiva y así



debe serle exigido". Citada por Corti Leandro en "Violencia Policial, dimensión penal y normas. Una difícil determinación. "Seguridad Urbana"compilador Máximo Sozzo, Universidad Nacional del Litoral 1999.-"

Aquí es dable destacar que, si bien la jueza hace referencia a la defensa de terceros, lo que literalmente, y dada la interpretación tradicional, dejaría fuera de protección al infractor, sin especificarlo como lo hago aquí, ha concebido a este tercero en términos de persona distinta del policía que emplea el arma, sea cual fuere su rol en el acontecimiento. Esta afirmación se ve corroborada al analizar la forma y el sentido en el que cita la misma normativa utilizada por su colega, pero para sostener la ilegitimidad de la actuación policial, destacando parte de ella que sería, en principio más compatible con una visión constitucional y democrática. Así expresó:

"El Manual de Capacitación Policial de la Policía Federal, Editorial Policial, Marzo /2002, en el acápite Uso de armas de fuego, apartado b) Necesidad, expresa:..." el uso de las armas exige siempre una causa suficiente, razonable y demostrable en juicio para justificar en enfrentamiento con personas armadas, con el mínimo de riesgo posible para la integridad física de terceros inocentes. En el punto c) Caso de fuga dice: "No justifica el uso de armas, excepto que en su huida el agresor continúe haciendo fuego contra el personal policial y, ante esa circunstancia, no impedir su fuga implique peligro inminente de muerte para sí o terceros". Si bien permite el uso de armas en los casos de peligro inminente en el punto a.1 y a.1.3 se refiere a casos "cuando el sospechoso armado busca ventaja táctica parapetándose, ocultándose o mejorando su posición de tiro y bajo el título b) Elección de alternativas seguras puntos b.2.1 y b.2.2 menciona que "la desobediencia de las órdenes (arroje el arma) o el engaño pueden dejar al agente sin opción segura y justificar por sí el empleo del arma y que "un sospechoso armado parapetado puede requerir el uso de armas, en los puntos 9 y 10 de Recomendaciones para el uso de armas de fuego, se sientan principios generales "Todas las técnicas y tácticas policiales privilegian el resguardo de la vida e integridad física de las personas y que "el uso de las armas de fuego es el último recurso disponible para la protección propia y de terceros ante una agresión ilegítima que las ponga en peligro". Ello se compadece con las recomendaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Diciembre de 1979, que en el art. 2 dice:..." los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas. Y en el art. 3 "...podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas." (el destacado no pertenece al original)

Así, aplicó tales principios generales al caso de análisis de la siguiente manera:

"Entiendo que en la secuencia en que G. se detiene y se agacha detrás del automóvil, los dos policías tenían otra alternativa que acribillarlos a tiros cuando él no efectuó en ese momento, ningún disparo, ya que de haberlo hecho, lo habrían mencionado, dado que era imposible, por la proximidad y profesionalidad, que no lo hubieran advertido.

G. estaba en un lugar fijo y cercado por dos policías. No era el caso de fuga de un individuo armado disparando y poniendo en peligro la vida de terceros, sino de quien efectuó un disparo y se agachó buscando refugio detrás de uno de los autos estacionados y que pudieron tener bajo vigilancia al tiempo que pedían refuerzos. Eran dos policías frente a un único agresor que en lugar

de avanzar atacando, retrocedió tratando de huir.

En la hipótesis más favorable: Si M. de pronto se vio frente a G. que lo apuntaba, pudo dispararle un tiro, quizás hasta apuntando a una zona no vital (brazo, mano, pierna) y a su vez parapetarse tras otro automóvil de los que había estacionados en el lugar en ambas veredas como ilustran claramente las fotografías que se incorporaron al debate..Sostengo que en lugar de seguir disparando, los procesados, profesionales, no sólo debían resguardar sus vidas sino la del propio agresor ya que a su cargo está la protección de las personas en general. De todas maneras aproximarse demasiado a la persona del agresor (distancia superior a 60cm según la pericia balística citada) también constituiría una conducta imprudente por parte de éste. Tuvieron claramente una alternativa menos lesiva cual era la de ejercer vigilancia sobre el agresor al tiempo que uno de ellos pedía refuerzos para lograr su aprehensión. Esto era perfectamente posible porque el sujeto no se encontraba disparando sino que apuntaba y se agachaba, buscando refugio ante los balazos." (el destacado no pertenece al original)

"La defensa deja de ser necesaria cuando el sujeto tiene a su alcance una conducta menos lesiva que es la exigible. G. intentaba huir, no se acercó para agredir a los policías sino que corría para alejarse de ellos. No se advertía en su accionar una voluntad lesiva sino un claro deseo de escapar. Reitero que el occiso quería huir del lugar y ello pudo ser evitado con medios menos lesivos: pidiendo refuerzos, ya que estaba cercado."

"... los procesados M. y F. tenían a su alcance y especialmente por su condición de policías a cargo de la protección de las personas, una alternativa menos lesiva, lo que le resta el carácter de necesaria a su "defensa". Que pudieron y debieron actuar de modo tal como para evitar el resultado acaecido. El sujeto quería huir de la escena del robo en que había participado y no agredir, efectuó un disparo y siguió corriendo hasta que se agachó, no se sabe si por haber sido ya alcanzado por los disparos de M. al repeler. Concluyo en que pudo y debió ser aprehendido de manera que se preservara su integridad física." (el destacado no pertenece al original)

Desde esta interpretación del derecho, bastante más alejada de la aplicación automática de la ley, es que resulta posible una labor de creación del derecho afincada a principios constitucionales como apoyos necesarios para la construcción de un sistema de democracia real, o al menos tender hacia ello, saliendo del quietismo de la legalidad formal.

Sólo con estas concepciones previas es posible, entiendo observar y aplicar las disposiciones que, aún en la normativa policial protegen a "todas" las personas y leer las que no lo hacen, en clave más amplia y democrática. Es así que la jueza convierte, aún si decirlo explícitamente, a los terceros inocentes en personas, incluyendo en tal categoría al quien luego resultara muerto por acción de los policías.

Desde estas premisas, la acción de los imputados ha lesionado la legalidad, incurriendo en una accionar antijurídico, puesto que, conforme una interpretación constitucional y democrática de la normativa policial referida, aquellos no intervinieron con razonable seguridad para la integridad física de las "personas", provocando innecesariamente la muerte de uno de los involucrados, cuando debieron evitar acrecentar el riesgo del propio ilícito cometido, limitando su desempeño a la obtención de elementos que permitan la posterior identificación de los autores.

En el caso de análisis si bien se hizo uso de las armas, previamente a ello se colocaron los agentes

en una situación de vulnerabilidad que les es imputable por cuanto se dirigieron al sujeto armado cuando "el sospechoso, luego de una confrontación violenta, en la que ha producido muertes o lesiones graves, o lo ha intentado sin conseguirlo, (huía) de la escena del crimen". Ello constituyó una grave violación al imperativo de adoptar alternativas seguras que evite un peligro inminente y haga innecesario el uso de armas de fuego.

En definitiva, y aquí sí es posible utilizar lo normado en el punto 9 como corolario interpretativo, "Todas las técnicas y tácticas policiales privilegian el resguardo de la vida e integridad física de las personas."

- XII -

Lo policial como producto de una ambigua racionalidad.

El uso de la violencia.

La policía es habitualmente pensada como la institución que juntamente con la administración de justicia detenta el "monopolio de la coacción física legítima", en relación a los asuntos internos de los Estados y, tal como refiere Sozzo, "cuya misión se declina como la "prevención y detección de los delitos" y el "mantenimiento del orden público".

Sin embargo esta imagen actual es producto de una metamorfosis entre diversas racionalidades políticas que, además, hoy día se encuentra en crisis. Hacia el siglo XVII emergieron unos discursos de "policía", en el marco de las monarquías administrativas, que entendían por ellos no a una institución sino una técnica de gobierno propia del Estado.¹⁴ La policía "lo engloba todo", lo vigila aparentemente todo¹⁵. Desde aquí es que debemos pensar a la policía como "una serie de mecanismos de poder que actúan "omnium et singulorum", sobre todos y sobre cada uno"¹⁶.

Recién en el siglo XVIII la policía asume el lugar de institución y en consecuencia se coloca en un lugar central respecto de la soberanía política, pero ahora tomará un lugar particularmente distinto. Ello es así toda vez que sobre la tecnología de la soberanía se instalarán lo que Foucault ha llamado los "mecanismos de disciplina".

Estos discursos y prácticas policiales, hacia la segunda mitad del siglo XVIII, se convirtieron en la expresión del absolutismo monárquico y como tal fue un eje primordial en el desarrollo de los discursos críticos del liberalismo. La crítica del liberalismo, que Sozzo, con cita de Neocleous, establece en dos aspectos, ha sido: a) respecto del carácter "totalitario" de la extensión de la intervención policial en lo que hace a los campos del cuerpo social en los que incurría, y b) respecto del carácter "totalitario", pero en cuanto a la extensión de la intervención policial en lo que hace a la vida individual.

Se minimiza la actuación policial y se la legaliza, dando ello por resultado la criminalización de la policía. Esto es que "la criminalidad pasa a configurar el objeto central de la "nueva" actividad policial". No obstante ello, este cambio de racionalidad política del absolutismo monárquico al liberalismo no ha sido tal como la literatura jurídica lo expresa. Ha operado aquí una metamorfosis, mediante la cual se ha producido una tecnología híbrida. Máximo Sozzo lo explica de la siguiente manera: "La remodelación liberal del proyecto policial, con su combinación de minimización, legalización y criminalización puede leerse superficialmente como un intento por "desdisciplinar" la policía del siglo XVIII, en función del rol central que en esta nueva racionalidad política pretende ocupar la ley, el derecho, instrumento por excelencia de la soberanía (Foucault). Sin embargo, se trata de una ley, un derecho -de los delitos y las penas- que han sido modernizados a través de la



penetración constante en sus instancias institucionales de la tecnología disciplinaria (Foucault), por lo que, desde el punto de vista de las relaciones de poder que encarnan, subsiste en la "nueva" policía, la ambigüedad tecnológica de la "vieja" policía". Asimismo aclara en una nota al pié Sozzo que "el rol central de la prevención de la criminalidad en la "nueva" policía es el plano más evidente en el que se revela la operación en la actividad policial de una tecnología disciplinaria desde el siglo XIX -piénsese en las técnicas policiales preventivas dirigidas a sujetos "peligrosos" o "sospechosos"".

Ahora bien, en el marco de esta hibridez entre las racionalidades políticas del liberalismo y del autoritarismo en las que se sitúa la institución policial, especialmente en América latina, particularmente en nuestro contexto cultural se advierten dos improntas que llevan a la institución policial a desenvolverse con cierta afinidad con prácticas de gubernamentalidad autoritaria, conforme indica Sozzo.

La primera es su modelo originario: la institución militar, agravado por las experiencias dictatoriales, la participación de la institución en el marco de la "doctrina de la seguridad nacional". A su vez, esta militarización de la policía se expresa y se ve reforzada con una organización jerárquica, verticalista y rígida, donde se vivencia la actividad policial como una guerra contra el delito, y contra el desorden. En esta guerra se erigen dos bandos, los buenos y los malos, y teniendo como medio central la violencia, "la resolución de su tensión sólo puede ser consecuencia de la neutralización o eliminación de uno de ellos"¹⁷

La segunda influencia se expresa en la difusión del vocabulario criminológico positivista. A través de esta ideología, se concibe al delincuente como un sujeto diferente de un "nosotros", y diferente en un sentido que se lo vincula a la "degeneración" y a lo "peligroso y temible". A partir de allí la defensa de la sociedad respecto de esos otros -que no la forman, que está excluidos- es prioritaria, por lo que la prevención para identificar a esos sujetos que en forma innata son anormales deviene fundamental. Así ha dicho Ingenieros que debe diferenciarse a los delincuentes legales de los delincuentes naturales, por lo que una inmensa cantidad de sujetos que aún no son delincuentes legales si lo son naturales. En ese sentido estas ideas permiten avanzar sobre las múltiples formas de "inadaptación social", sin tener que esperar que "el delito latente en cualquier tipo de degenerado se haga delito consumado jurídicamente. Se actúa sobre el "estado peligroso" de estos sujetos¹⁸, como si ellos fueran de por sí un principio de ejecución de un hecho ilícito, delineándose una doble extensión del objeto de intervención: del delito legal al delito natural, de la manifestación a la causa, y además un paso de la valoración de actos a la de actores, de las formas de actuar de los individuos a las formas de ser, quienes ya no actúan peligrosamente sino que son peligrosos. Estas personas caracterizados como "otros" se los configura como tales y se establece en el imaginario la necesidad de intervenir sobre ellos para corregir a los "corregibles" y para eliminar o neutralizar a los que no lo son, todo ello para asegurar un bien colectivo de un "nosotros" que habitualmente se expresa como tranquilidad pública, orden público, etc.

Estas dos formas en que lo policial abreva a la racionalidad autoritaria importan un núcleo sobre el cual trabajar a fin de pensar sobre las posibilidades de "democratizar" la prácticas policiales en cuanto al uso de la violencia, y particularmente en lo que al uso de las armas de fuego hace.

Si bien no es motivo del presente trabajo, corresponde destinar aunque más no sea un párrafo para decir que tal vez estemos en presencia de una nueva metamorfosis. La emergencia de una racionalidad política neoliberal evidentemente afectará, o está afectando, a la policía como técnica de gobierno. En ese sentido, quizás deba pensarse la división tajante que está operando en las nuevas formas de urbanidad, y que tiene por un lado, a la multiplicación de barrios privados y seguridad privada como guardianes de fronteras, y por el otro, a la reconfiguración del concepto de lo público, como sus principales referentes.¹⁹

- XIII -

La concepción judicial de la violencia policial.

Ha dicho Martínez, que en cuanto al ejercicio de la violencia por parte de la agencia policial, la preocupación de la agencia judicial, y de la ley, está puesta fuertemente en el respecto de la legalidad de ese uso, y más precisamente, del cumplimiento de los requisitos formales. Sin embargo, se desdeña en el ámbito jurídico una situación a los ojos de otras disciplinas no sólo resulta importante, sino además central: las formas concretas cómo esas prácticas se llevan a cabo. A estos fines ejemplifica la autora con los allanamientos de domicilio. Esta obsesión por las formas y la consiguiente ceguera de las prácticas que acaecen fuera de los tribunales (y a veces también dentro), lleva como efecto la naturalización de los usos de la violencia y con ello la imposibilidad de pensar nuevas racionalidades que permitan avanzar efectiva y realmente en la democratización de las instituciones, según se declama.

En el sentido ya señalado por Tiscornia, estas prácticas más o menos graves abrevan en sus raíces de una cultura institucional que las facilita y reproduce cotidianamente, y por supuesto no se cuestiona en el ejercicio de la violencia. La cantidad de muertes y heridos, en especial relacionados a hechos de menor cuantía, da cuenta de que el modus operandi policial, o bien privilegia la eliminación del sospechoso, o al menos la indiferencia por la eventualidad de efectos dañosos sobre el supuesto "delincuente", por sobre las finalidades de aprehensión y/o disuasión. A partir de dichas prácticas pueden rastrearse ciertas lógicas filiales con las metodologías y acciones represivas utilizadas durante la dictadura militar.

Así, volviendo al análisis del fallo, entiendo que se ha convalidado una vez más la idea de que la policía debe proteger a "los inocentes ciudadanos de una comunidad" de las amenazas y riesgos del crimen, de esos otros que "no merecen esa protección" o al menos "merecen una protección de segunda clase". Así, ha dicho Ganon "¿Cómo efectuaran el control los jueces, si la retórica de las decisiones judiciales continúa en general, encadenada al estado de excepción permanente como consecuencia de la existencia de una cultura jurídica flexible y difusa?" 20.

En cuanto al voto minoritario, estimo que tal vez hubiera sido interesante una reafirmación más potente y explícita de que el objetivo de la policía en un sistema democrático que se construye día a día y que nunca puede considerarse completo, es el instalarse en una tensión irresoluble en la que aún cuando resulte imperioso el uso de la fuerza y de las armas para la protección de bienes individuales y/o colectivos, deba buscarse continuamente el mínimo de afectación posible, y que aún así se autoimpulse hacia cuestionamientos constantes respecto de sus propias prácticas, con el convencimiento de que aún pueden idearse y llevarse a la práctica formas menos violentas de actuar.

Utilizando la expresión de Agamben, al analizar la palabra del Führer, la posibilidad -judicialmente corroborada- de que cada uno de los policías enmarcados en una institución como la caracterizada, defina cuales son las situaciones que ameritan hacer uso de la violencia y especialmente del arma, implican conceder a aquellos definir no sólo la norma sino su criterio de aplicación, es decir: "norma que decide qué hecho es el que decide sobre su aplicación"²¹, por lo que "normación y ejecución, producción del derecho y aplicación de él ya no son de ninguna manera momentos distingibles"²²

Desde allí, y siguiendo a Agamben, e incluso utilizando sus mismas palabras aplicadas a nuestro caso, podemos decir: "Si todo lo anterior es cierto, si la esencia del campo consiste en la materialización del estado de excepción y en la consecuente creación de un espacio en el que la nuda vida y la norma entran en un umbral de indistinción, tendremos que admitir, entonces, que

nos encontramos en presencia de un campo cada vez que se crea una estructura de ese tenor, independientemente de la entidad de los crímenes que allí se cometan y cualesquiera que sean su denominación o sus peculiaridades topográficas." y que "En todos estos casos, un lugar aparentemente anodino ... delimita en realidad un espacio en el que el orden jurídico normal queda suspendido de hecho y donde el que se cometan o no atrocidades no es algo que dependa del derecho, sino sólo del civismo y del sentido ético de la policía que actúa provisionalmente como soberana"²³

Pasado entonces, de el estado de excepción como la suspensión temporal y determinada de la ley, emergemos en un tipo de excepción nueva y estable. Así reflexiona Agamben que "a un orden jurídico sin localización (el estado de excepción, en el que la ley es suspendida) corresponde ahora una localización sin orden jurídico (el campo de concentración, como espacio permanente de excepción)"²⁴. Y en consecuencia, concluye que este principio que, actualmente ha entrado en un proceso de dislocación "nos hace prever no sólo la aparición de nuevos campos, sino también de nuevas y más delirantes definiciones normativas de la inscripción de la vida en la Ciudad"²⁵

- XIV -

Las posibilidades de pensar democráticamente a la policía

Por lo expuesto, y nuevamente con cita de Tiscornia, entiendo que aún hoy, aunque con otra connotación, es imprescindible discutir la versión militar que plantea la actividad policial como guerra (tal vez ya no de dos bandos definidos), y en consecuencia, resulta necesario situar la discusión en el nivel de los "derechos" y la "protección" debida de la policía a toda persona.

Claro que estas violencias y abusos, además de apoyarse en una normativa que ha sido dictada con una gran herencia positivista, y muchas veces en su misma época o en períodos de gobiernos autocráticos (de 1958 por ejemplo es la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina, aún vigente aunque con reformas), las prácticas autoritarias se refuerzan en una cultura institucional propia de un sistema verticalizado y militarizado, con una "misión de combate". Desde esta perspectiva resulta imposible que los agentes en tanto constituyentes y constituidos por la institución policial reparen en las normas de carácter constitucional, y mucho menos en la ideología de protección de los Derechos Humanos y en los pactos internacionales que de ella derivan.

Ahora bien, de lo dicho resulta imprescindible que se trabaje sobre este complejo problema desde distintas perspectivas. Desde allí las reformas legales pueden aportar una vía de acercamiento del deber de respeto y protección de derechos a todas las personas, pero de ninguna forma resultarán una panacea, sino todo lo contrario si son articuladas solitariamente. Así, en tanto no se opere políticamente sobre la cultura policial y sobre la concepción de sociedad que nos atraviesa, aquellas normas de protección de derechos serán consideradas un obstáculo a la "misión de guerra santa", y no un impulso a otra forma de concebir lo social y el rol policial.

Por último, deseo volver sobre algunos conceptos relacionados a las elaboraciones efectuadas por Agamben, quien aseveró que "debemos esperarnos no sólo nuevos campos, sino también nuevas y delirantes definiciones normativas de la inscripción de la vida en la Ciudad. El campo, que se ha instalado firmemente en su interior, es el nuevo nomos biopolítico del planeta.", y en esa misma línea, ha dicho Primo Levi en relación a los campos nazis que "los Lager nazis han sido la cima, la culminación del fascismo en Europa; pero el fascismo existía antes que Hitler y Mussolini, y ha sobrevivido, abierto o encubierto, a su derrota en la Segunda Guerra Mundial. En todo el mundo, en donde se empieza negando las libertades fundamentales del Hombre y la igualdad entre los hombres, se va hacia el sistema concentratorio, y es éste un camino en el que es difícil



detenerse."26

En nuestra ciudad, cada vez con más fuerza, se discute la cuestión que se ha dado en llamar "de seguridad urbana" y de la sensación de inseguridad, o mejor dicho, de la "inseguridad urbana", como si ella fuera algo objetivo, visualizable sin más y que, especialmente: algunos sujetos descarriados, son responsables de ese sufrimiento social. Peculiamente, hemos tomado, como sociedad, un camino de abordaje del problema basado fundamentalmente en la definición de un "otro" vulnerable como enemigo social y, a partir de allí, como ya indiqué, se define a la policía como "protectora de los buenos y débiles, y contra los malvados peligrosos", o para decirlo con el slogan institucional: "Al servicio de la comunidad". De una parte, de la "parte sana" de la sociedad: la comunidad.

Ambas citas, la de Agamben y la de Primo Levi, nos permiten pensar sobre las justificaciones y las bases ideológicas sobre las que se elaboran tales discursos y que, pese a pretender colocarnos en las antípodas de esas ideas, nos atraviesan como partes de un entramado social. Entiendo que esas cosmovisiones del mundo se hallan arraigadas a una tradición de pensar a la sociedad como el lugar de la supervivencia del más apto, es decir, pensarnos en una competencia en la que prácticamente vale todo, por llegar a una meta que sencillamente no existe.

Así, hacemos cargo como colectivo de que, pese a no compartir desde las ideas, estamos constituidos como sujetos en gran parte por estas concepciones del "otro" no como prójimo, sino como ajeno, extraño y que cuanto más próximo más peligroso es, es a mi criterio una tarea pendiente. Un debate que debemos darnos al interior de lo social.

En definitiva, podemos preguntarnos, en definitiva, no sólo por los saberes de vigilancia, por los discursos policiales y por las tecnologías que guían las prácticas represivas, sino también por la construcción de un tipo de subjetividad que se ha acomodado, o más aún, se ha sentido insatisfecha por defecto -y así ha estado siempre lista más exigir más-, con aquellas tecnologías como el rastillaje policial, el pedido de documentos, las detenciones habituales de sujetos "peligrosos", etc. etc. En definitiva: con la búsqueda de alejamiento del otro como forma de evitar el riesgo a lo desconocido, a lo extraño.

Desde allí es necesario dar cuenta de que este nuevo sujeto "posocial", propio de la modernidad tardía, de la hipermodernidad o bien de una aún difusa posmodernidad, se construye entre parámetros de soledad, competitividad, exigencia y frustración, y que colateralmente al sistema de producción en su racionalidad neoliberal le "sobran" cada vez más manos y bocas. Por ello, pensar al derecho y a la ley en términos arraigados al espíritu positivista de orden y progreso, de paz y administración, o de pseudoneutralidad, importa una concepción de la sociedad basada en un consenso y una armonía falsa, que encubre prácticas de violencia para con los que se encuentran fuera, o para decirlo de otra forma aún más clara y perversa: para con los que se encuentran dentro sólo a condición de ser excluidos.

Poder pensar a la sociedad como un lugar de conflicto de intereses, de relaciones de poder, y a lo social como la búsqueda de la felicidad común, donde todas las personas con las que se convive, no sean vistas en términos de enemigos sino que, por más diferentes que lo perciba y por más incompatibles que sean nuestras ideas, se las conciba con quienes se construye, se funda y se vuelve a refundar, día a día esta sociedad, es un desafío que hoy no puede soslayarse. Aún cuando se presente como imposible. O mejor: especialmente por ello.

"No podemos ser humanos sin seguridad y libertad, pero no podemos tener ambas a la vez, y



ambas en cantidades que consideremos plenamente satisfactorias. Esa no es razón para dejar de intentarlo ... pero es un recordatorio de que nunca deberíamos creer que cualquiera de las sucesivas soluciones provisionales no requiere un escrutinio posterior o no se beneficiaría de otra corrección. Puede que lo mejor sea enemigo de lo bueno, pero sin duda alguna lo "perfecto" es un enemigo mortal de ambos."

(Zygmunt Bauman)

Notas

1 Martínez, Josefina; "Las burocracias penales y su violencia naturalizada", en Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel, "Violencias, delitos y justicias en la Argentina", ed. Manantial, Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires, 2002, p 270.

2 Sozzo, Máximo; "Usos de la violencia y construcción de la actividad policial en la Argentina", en Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel, "op. cit.", p 249.

3 Bergalli, Roberto; "Hacia una cultura de la jurisdicción: ideología de jueces y fiscales", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p 202.

4 Bauman, Zygmunt, "Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil", Ed. Siglo XXI, Madrid, p 10.

5 Ibidem.

6 Cfr. en ese sentido Tiscornia, Sofía, "Violencia policial en Capital Federal y Gran Buenos Aires. Cuestiones metodológicas y análisis de datos", en Sozzo, Máximo (comp.), op. cit., p 33.

7 Levi, Primo; "Si esto es un hombre", Apéndice a la edición de 1976, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, p 313.

8 Situación esta que muchas veces es convalidada por la agencia judicial. A modo de ejemplo puede observarse la parte pertinente de la sentencia de la causa "Di Marco" del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 (rta. el 23 de abril de 1998), en la que respecto de las facultades policiales previstas en el inc. 1° del art. 5° de la Ley Orgánica de la Policía Federal (decreto-ley 333/58, modificado por la ley 23.950), se dijo que: "El tribunal no dará razón a la defensa en sus pretensiones ... pues esta confunde facultades de identificación con facultades de detención. En la ley que cita ambas facultades se presentan nítidamente como distintas. En efecto, el art. 1° de la ley 23.950 ... interpretada lealmente, ... no fija las facultades generales de identificación por parte de la Policía Federal, sino los casos en que procede la privación de libertad -bajo la forma de conducción a la dependencia policial- a los fines de constatación de identidad. En otras palabras, la ley no permite sustentar la pretensión de la defensa que lee en ella que la policía no puede identificar a personas en la vía pública sino cuando tiene sospechas fundadas de que hubiese cometido o estuviese a punto de cometer un delito." (citado en un trabajo propio, "Lo policial como necesidad "(Problematizaciones en torno de las construcciones a nivel del imaginario social que subyacen a las prácticas policiales de vigilancia-detención, y de otras tantas de relaciones filiales-", en Libro de Ponencias del X Congreso de Derecho Penal y Criminología, UBA, 5, 6, y 7 de septiembre de 2002. Cabe destacar que este fallo en modo alguno es un pronunciamiento aislado, sino que ha sido reiteradamente convalidado por la Cámara Nacional de Casación Penal, por ejemplo en el caso "Sosota", pero sí posee relevancia en tanto ha sido dictado por uno de los Tribunales Orales considerados más preocupados por una "interpretación constitucional" de la ley penal.



9 Agamben, Giorgio; ¿Qué es un campo?

19 Martín, Adrián Norberto; "¿Es posible pensar las futuras prácticas de policía pública como control velocidad mínima?. Un análisis a nivel de racionalidades políticas.", inédito, 2003.

20 Ganon, Gabriel; "Reforma de la Policía: ¿cambio organizacional o estructural?. El apartamiento del enfoque ortodoxo para una lectura crítica de la "subcultura" policial que obstaculiza su democratización"; en Sozzo, Máximo (comp.), op. cit, p 74

21 Agamben, Giorgio; "Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida", Pre-textos, Valencia, 1998, p 220.

22 Ibidem.

23 Idem, p 221/2

24 Idem, p 223.

25 Idem, p 224.

26 Levi, Primo, op. cit, p 321.

3 Jurisprudencia

a) Jurisprudencia Constitucional sobre el tema de maneja de armas.

[SALA CONSTITUCIONAL]²

Resolución: 2002-09443

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos.-

Consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», que se tramita en el expediente legislativo número 14623.-



Resultando:

1.-

La consulta, que se formula en cumplimiento de lo que establece el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fue recibida en la Secretaría de la Sala a las 9 horas y 56 minutos del 30 de agosto de 2002 (folio 1), con una copia certificada del expediente legislativo. La Presidencia de la Sala tuvo por presentada la consulta mediante resolución de las 11 horas con 10 minutos del mismo día. El término para evacuarla vence el día 30 de setiembre del año en curso.

2.-

En el procedimiento se cumplió con las formalidades establecidas en la ley.

Redacta el magistrado Jinesta Lobo; y,

Considerando:

I.-

De previo.-

Lo primero que procede, a los efectos de evacuar la consulta, es verificar los trámites seguidos en este caso, en concordancia con lo que señala el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al disponer que la consulta deberá hacerse después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de la aprobación definitiva y que, al evacuarla, la Sala dictaminará sobre cualesquiera aspectos o motivos que estime relevantes desde el punto de vista constitucional, pero vinculante sólo en lo que se refiere a los trámites. Para los efectos anteriores y por la importancia del asunto de que se trata, en el siguiente considerando se hará una síntesis cronológica del proyecto de ley.

II .-

La tramitación del expediente número 14.623 en la Asamblea Legislativa.-

El proyecto de ley «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», que se tramita en el expediente legislativo número 14623, ha seguido el siguiente orden cronológico:

1) El proyecto, que es de iniciativa de Poder Ejecutivo, fue presentado a la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa, a las 9 horas con 45 minutos del día 4 de febrero de 2002. En la



comunicación que hace la presentación del proyecto figura la firma del entonces Ministro de la Presidencia, Lic. Danilo Chaverri Soto (folios 1 y siguientes del expediente legislativo). La fecha de presentación consta también en documento del 4 de febrero de 2002, suscrito por Everardo Rodríguez Bastos, Segundo Secretario de la Asamblea Legislativa, en el que se indica además que el Presidente de la Asamblea Legislativa ordenó pasarlo a estudio e informe de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales (folio 25 del expediente legislativo). El documento del Protocolo aparece firmado en nombre de Costa Rica por Roberto Rojas, en esa fecha Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, (folio 22 del expediente legislativo). Asimismo, el proyecto en sí aparece firmado por Roberto Rojas, y el Presidente de la República en esa época; Miguel Ángel Rodríguez Echeverría (en la copia fiel puesta a disposición de esta Sala aparece una leyenda impresa con un sello de tinta que dice: “original firmado Miguel Angel Rodríguez Echeverría”; folio 24 del expediente legislativo).

2) El 20 de febrero de 2002, se procedió a entregar una copia fiel del expediente N° 14.623 al Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos, de conformidad con el artículo 118 del Reglamento de la Asamblea Legislativa (folio 25 del expediente legislativo).

3) Según se aprecia en oficio del 8 de febrero de 2002, el entonces Ministro de la Presidencia, Danilo Chaverri Soto, en ejercicio de las atribuciones consagradas en los artículos 118 y 140, incisos 5 y 14 de la Constitución Política, hizo llegar a la Asamblea Legislativa el Decreto Ejecutivo N° 30148–MP, mediante el cual se convocaba a Sesiones Extraordinarias. La comunicación fue recibida en la Presidencia de la Corte a las 11:50 horas del 8 de febrero de 2002. En el texto del Decreto, propiamente, se mencionaba expresamente que en sesiones extraordinarias se conocería el expediente N° 14.623, «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional». Además, el decreto estaba firmado por el Presidente de la República en aquel tiempo, Miguel Ángel Rodríguez, y el Ministro de la Presidencia en esa época, Danilo Chaverri Soto (folios 26, 27 y 28 del expediente legislativo).

4) En auto del 14 de marzo de 2002, Vicky Mora Delgado, Coordinadora Ejecutiva de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales, hizo constar que, en esa fecha, la Comisión recibió de parte del Departamento de Archivo de la Asamblea Legislativa, por treinta días, el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623. El expediente constaba en ese momento de un tomo con 25 folios debidamente sellados y firmados (folio 33 del expediente legislativo).

5) El proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623, fue publicado en La Gaceta N° 52 del 14 de marzo de 2002 (folios 3 y siguientes del expediente de esta Consulta).

6) En oficios fechados el 8 de abril de 2002, y enviados por fax a sus destinatarios el 9 de abril de



2002, el Diputado Walter Muñoz Céspedes, Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales consultó a Virginia Rojas, Directora del Patronato Nacional de la Infancia, Virginia Lizano Cruz, Directora a.i. de la Dirección General de Migración y Extranjería, Luis Paulino Mora, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y José Manuel Echandi, Defensor de los Habitantes, acerca de los criterios que esas instituciones podrían albergar en relación con el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623, publicado en La Gaceta N° 52 del 14 de marzo de 2002. En los oficios, se les advirtió a los consultados que, de conformidad con el artículo 157 del reglamento de la Asamblea Legislativa, contaban con un término de 8 días hábiles para pronunciarse sobre el proyecto indicado y que, de no hacerlo en ese plazo, se entendería que no tenían objeción sobre el texto en consulta (folios 34, 35, 36 y 37 del expediente legislativo).

7) En oficio fechado el 12 de abril de 2002, Silvia Navarro Romanini, Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, con instrucciones del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Luis Paulino Mora, le solicitó respetuosamente al Diputado Walter Muñoz Céspedes una prórroga no menor de 30 días hábiles al plazo acordado para evacuar la consulta (folio 38 del expediente legislativo).

8) Mediante Oficio ST-172-04-2002 de 15 de abril de 2002, la Licda. Sylvia Solís Mora, Jefe del Área Escrita y Asistente de Dirección del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, le remitió a la Comisión Permanente de Asuntos Internacionales el Informe Técnico Jurídico correspondiente al expediente N° 14.623, «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» (folios 39 y siguientes del expediente legislativo).

9) En oficio del 15 de abril de 2002, Eliseo Vargas García, Jefe de la Fracción de la Unidad Social Cristiana, le solicitó a Ovidio Pacheco Salazar, en su carácter de Presidente de la Asamblea Legislativa, que mientras durara la ausencia del Diputado Soto Chavarría en la Comisión de Asuntos Internacionales, éste fuera sustituido por el Diputado Bolaños Salas (folio 56 del expediente legislativo).

10) En oficio fechado y enviado por fax a su destinatario el 15 de abril de 2002, el Diputado Walter Muñoz Céspedes, Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales consultó a Carlos Castro Arias, Ministro de Obras Públicas y Transportes, acerca de los criterios que el referido Despacho podría tener en relación con el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623. En el oficio se le advirtió al consultado que, de conformidad con el artículo 157 del reglamento de la Asamblea Legislativa, contaba con un término de 8 días hábiles para pronunciarse sobre el proyecto indicado y que, de no hacerlo en ese plazo, se entendería que no tenía objeción sobre el texto en consulta (folio 57 del expediente legislativo).



11) Según acta de la sesión ordinaria N° 34 de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales del martes 16 de abril de 2002, el período extraordinario, Legislatura 2001–2002, el proyecto tramitado en el expediente N° 14.623, «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» fue discutido —contándose con tres diputados presentes— y aprobado por unanimidad (folios 58, 59 y siguientes del expediente legislativo). Así, el 16 de abril de 2002, la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Legislativa emanó el “Dictamen Afirmativo de Mayoría” sobre el proyecto tramitado en el expediente N° 14.623 (folio 69 del expediente legislativo). El documento, que hacía referencia expresa a la fecha de publicación del Proyecto en el Diario La Gaceta (artículo 130 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), fue firmado por los diputados Walter Muñoz Céspedes, Belisario Solano S., Sonia Picado Sotela, Sonia Villalobos y Manuel Antonio Bolaños (véase el folio 82 del expediente legislativo). En el expediente no aparece ningún dictamen de minoría.

12) En oficio P.E. 657–2002 del 18 de abril de 2002, la Licda. Virginia Rojas Arroyo, Presidente Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia, le remitió al Diputado Walter Muñoz Céspedes el criterio de la Asesoría Jurídica del PANI plasmado en la nota N° A.J. 254–02 del 15 de abril de 2002, en el sentido de que no se tenían objeciones al proyecto, pues no guardaba relación directa con personas menores de edad (folios 88 y 90 del expediente legislativo).

13) En auto del 18 de abril de 2002, Vicky Mora Delgado, Coordinadora Ejecutiva de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales, hizo constar que, en esa fecha, la Comisión entregó a la Dirección Ejecutiva el Informe Afirmativo de Mayoría correspondiente al proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623. El expediente constaba en ese momento de un tomo con 83 folios consecutivos, sellados y firmados (folio 83 frente del expediente legislativo). En el mismo sentido, según consta en auto de las 15:42 horas del 22 abril de 2002, suscrito por Antonio Ayales Esna, Director Ejecutivo, la Dirección Ejecutiva de la Asamblea Legislativa recibió de la Comisión Especial Permanente Especial de Relaciones Internacionales el Dictamen Afirmativo de Mayoría correspondiente al proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623 (folio 83 vuelto del expediente legislativo).

14) En oficio N° A.J. –808–02–fach fechado el 23 de abril de 2002, el Lic. Eduardo Vílchez Hurtado, Director General de Migración y Extranjería, se pronunció sobre el proyecto que le fuera consultado, avalándolo en todos sus extremos (folio 86 del expediente legislativo).

15) En auto del 29 de julio de 2002, la Licda. Lihanny Linkimer Bedoya, Directora de la Secretaría de la Asamblea Legislativa, hizo constar que la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa recibió en esa fecha de la Dirección Ejecutiva el Expediente N° 14.623, que contenía el Dictamen Afirmativo de Mayoría de la Comisión Permanente Especial de relaciones Internacionales; el cual, en ese momento, contaba con un tomo y 84 folios numerados consecutivamente (folio 85 del expediente legislativo).



16) En auto de la Secretaría de la Asamblea Legislativa del 14 de agosto de 2002, firmado por Ronaldo Alfaro García, Primer Secretario, se indica que en la sesión N° 59 de esa fecha se dio lectura al Decreto Ejecutivo N° 30623–MP, que amplió la convocatoria a sesiones extraordinarias realizada por el Decreto Ejecutivo N° 30604–MP del 31 de julio de 2002, para que se conocieran varios proyectos, entre los cuáles se encontraba el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623 (folio 91 del expediente legislativo). El texto del Decreto había sido hecho del conocimiento de la Asamblea Legislativa mediante nota del 14 de agosto de 2002, suscrita por Rina Contreras López, Ministra de la Presidencia (folio 93 del expediente legislativo); y el Decreto, en sí, aparecía firmado por el Presidente de la República, Abel Pacheco de la Espriella, y la Ministra antes mencionada (folios 94 y 95 del expediente legislativo).

17) En auto de Ronaldo Alfaro García, Primer Secretario de la Asamblea Legislativa, fechado el 22 de agosto de 2002 (jueves), se hizo constar que en la sesión 63 de esa fecha, se inició la discusión y se aprobó en primer debate el expediente N° 14.623 (folio 96 del expediente legislativo), indicándose también que el Presidente (de la Asamblea Legislativa) ordenó trasladar el expediente a la Sala Constitucional. Asimismo, la aprobación del proyecto —que ocurrió por unanimidad— se aprecia también en el acta de la sesión N° 63 del jueves 22 de agosto de 2002, acaecida durante el Primer Período de Sesiones Extraordinarias, primera legislatura (folio 97 del expediente legislativo; ver en especial los folios 100 y 106 de ese expediente).

18) En auto emanado por Jeannette Pineda Ortiz, Coordinadora Ejecutiva de la Comisión Permanente Especial de Redacción, dictado el 27 de agosto de 2002, se indica que de conformidad con el artículo 141 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, en esa fecha se recibió de la Secretaría del Directorio el expediente N° 14.623, «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» para su trámite (folio 107 del expediente legislativo; ver también los folios 108 y siguientes).

19) En el folio 108 del expediente legislativo corre añadido el informe sobre la redacción final del texto aprobado en primer debate, correspondiente al expediente N° 14.623.

III.-

El procedimiento en el caso concreto.-

El artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no determina con claridad cuáles son los vicios en el procedimiento de formación de las leyes que producen invalidez desde el punto de vista constitucional. Para definir esto, resulta necesario relacionar esta disposición con la norma contenida en el inciso c) del numeral 73 de la Ley que rige esta Jurisdicción, que prevé —en el caso de las acciones de inconstitucionalidad— y en principio, que en el trámite de la ley ordinaria, los defectos controlables por parte de la Sala son aquellos que se refieren a la violación de algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. De lo anterior se deriva la necesidad de que sea la propia

Sala Constitucional, en cada caso particular, la que se encargue de establecer cuáles requisitos o trámites resultan “sustanciales”, al extremo de invalidar el procedimiento para la elaboración de una determinada norma debido a su incumplimiento, ya que es claro que la lectura de la disposición en sentido contrario, conduce a la conclusión de que no toda violación al procedimiento para la elaboración de la Ley formal, constituye un defecto sustancial y —claro está— con consecuencias respecto de la constitucionalidad de la misma. El procedimiento legislativo, como unidad, persigue la finalidad hacer posible que la voluntad del pueblo, representada por la Asamblea Legislativa, sea efectivamente realizada, para lo cual se han establecido una serie de mecanismos tendentes a propiciar un amplio y transparente debate entre los diversos actores políticos inmersos en la dinámica parlamentaria. En otras palabras, lo que el procedimiento legislativo, en última instancia, pretende, es asegurar el cumplimiento del principio democrático dentro de una sociedad que lo ha adoptado como propio de sus instituciones políticas. Así, como mínimo, éste exige que se respeten los principios de participación y representación política —incluyendo todo lo que concierne al respeto de las minorías— que con la base de nuestro sistema político. Este último se desdobra en aspectos tales como la legitimidad de los medios empleados para la designación de los diversos representantes y —no menos importante—, la posibilidad de oponerse, mediante el uso de medios legítimos, a la voluntad mayoritaria por parte de los grupos que representan las minorías. A partir de las anteriores observaciones, puede decirse que son inconstitucionales las violaciones del procedimiento que constituyan lesiones al principio democrático, dirección ineludible de la actividad parlamentaria. Asimismo, constituyen infracciones sustanciales, los trámites legislativos que por acelerados o impetuosos, provoquen debates que quedan ayunos de un proceso reposado en calidad y reflexión, que además, adolezca de una amplia proyección de la actividad legislativa, tal como lo garantiza el artículo 117 de la Constitución Política. Al efecto, debe tenerse presente que el debido proceso legislativo constituye una ordenación necesaria y preestablecida —en la Constitución Política y en el Reglamento de la Asamblea Legislativa—, de una serie de actos sucesivos dirigidos a materializarse en una decisión final, que es la aprobación del proyecto de ley; y que en un sistema democrático como el que nos rige, está impregnada por principios básicos que son indispensables y que deben tenerse en cuenta al momento de evacuar estas consultas. La Sala concuerda con la más destacada doctrina del Derecho Constitucional, al estimar que la decisión legislativa final requiere del tiempo necesario para que la voluntad parlamentaria se forme por completo. En un sistema democrático, ello supone dar una amplia participación a todos sus integrantes, o al menos, a una parte considerable de ellos. Precisamente, esta es la razón por la que el Debido Proceso Legislativo no ha sido diseñado para ser un trámite célere o de emergencia; antes bien, es del más alto interés público que éste sea de calidad, y que la decisión final sea el producto de la más honda reflexión. En la Asamblea Legislativa se encuentra el foro que representa las diversas fuerzas políticas y su dinámica debe permitirles el espacio necesario, tanto para las discusiones como para las negociaciones políticas, en la aprobación de proyectos de ley o en el control político que le es propio. En esa dinámica, el procedimiento legislativo debe garantizar — como ya se dijo—, el acceso y la participación de las minorías, pues ellas también representan intereses de la sociedad civil. Al ser la Asamblea Legislativa un órgano representativo de la comunidad nacional, la publicidad de los procedimientos parlamentarios es esencial, pues la soberanía reside en el pueblo y los diputados solamente son sus representantes (artículo 105 constitucional); por ello su actividad debe, necesariamente, trascender a toda la comunidad, a tal punto que algunos especialistas en Derecho constitucional lo definen como un órgano de publicidad. La proyección de la actividad parlamentaria hacia el exterior es una garantía constitucional (artículo 117 de la Constitución Política); de allí que las disposiciones del Reglamento que instrumentalizan esa proyección y la forma de hacerla efectiva, deba calificarse como un Derecho constitucional aplicado y su desconocimiento, como una violación esencial (Sentencia N° 2000-03220 de las diez horas treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil). Partiendo de estas premisas, la Sala advierte lo siguiente:



1) Sobre el conocimiento y la divulgación del Proyecto de Ley tramitado bajo expediente N° 14.623 en la Asamblea Legislativa. El artículo 114 del Reglamento de la Asamblea Legislativa dispone, entre otras cosas, que el Presidente de la Asamblea Legislativa debe informar a los Diputados, por escrito, o por cualquier otro medio idóneo, sobre los proyectos de ley que han sido presentados ante esa Asamblea. Asimismo, los artículos 131 y 132 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, interpretados a la luz del numeral 120 de ese mismo Reglamento, establecen que, antes de que se inicie la discusión de un asunto, el texto del proyecto y sus documentos anexos deben ser puestos en conocimiento de los diputados. Así, el trámite del primer debate debe iniciarse con una explicación general del texto del proyecto, la lectura del informe del Departamento de Servicios Técnicos y la respuesta de las Consultas que se hubieran formulado hasta ese momento —si estas estuvieran disponibles—. Los mismos artículos 131 y 132 del Reglamento mencionado, aplicados propiamente a la actividad del Plenario, ordenan que antes de iniciarse la discusión del asunto, los dictámenes de la comisión respectiva deben ser puestos en conocimiento de los diputados en forma impresa o por cualquier otro medio idóneo, a lo que se suma que el trámite del primer debate debe iniciarse con una explicación general del texto, efectuada por los dictaminadores del mismo, o, en su caso, de los proponentes —si se trata de un proyecto dispensado. Sin embargo, no consta en el expediente que, en ninguno de estos casos, se hubiera informado a los diputados sobre el contenido del proyecto de ley que interesa, en los términos del Reglamento citado. Ahora bien, es de sobra conocido por la Sala que en la Asamblea Legislativa se ha vuelto una práctica usual poner a disposición de todos los diputados un proyecto o dictamen, mediante su ingreso en la red informática de la Asamblea, sin que ello quede constando en el expediente. Lo importante, en este sentido, es que, de conformidad con el artículo 96 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, no puede conocerse en el plenario un dictamen sin que éste haya sido puesto en conocimiento de los Diputados con dos días de antelación (ver, una vez más, la sentencia número N° 2000-03220 de las diez horas treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil). Sin embargo, la práctica de la Sala, a la fecha, ha sido la de presumir que todo proyecto o dictamen ha sido debidamente divulgado, hasta tanto no se alegue ante ella que eso no ha sido el caso. De ahí que, si se observa que desde que se emanó el Dictamen Afirmativo de Mayoría el 16 de abril de 2002, hasta el momento en que se discutió y aprobó en primer debate el expediente N° 14.623, el jueves 22 de agosto de 2002, transcurrieron casi cuatro meses, y que de la copia del expediente legislativo no se desprende tampoco que nadie haya alegado que hiciera falta divulgar debidamente el proyecto de referencia, no encuentre la Sala motivo para suponer que se ha vulnerado el principio democrático, ni las garantías mínimas de publicidad propias de la actividad parlamentaria.

2) Sobre el informe del Departamento de Servicios Técnicos. Los artículos 118, 121 y 122 del Reglamento de la Asamblea Legislativa establecen que el Departamento de Servicios Técnicos debe preparar un estudio de todas las leyes que tratan sobre la materia específica que se aborda en el proyecto de ley sometido a su conocimiento. Tal estudio debe quedar listo dentro de los cinco días hábiles siguientes después de que el proyecto de ley aparezca publicado en La Gaceta. No obstante, en el presente caso se observa que, pese a que el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623, fue publicado en La Gaceta N° 52 del 14 de marzo de 2002, el Departamento de Servicios Técnicos remitió a la Comisión Permanente de Asuntos Internacionales el Informe Técnico Jurídico respectivo mediante Oficio ST-172-04-2002 de 15 de abril de 2002, lo cual entraña un atraso de más diez días sobre el término establecido. Sin embargo, la Sala estima que esa demora, al menos en este caso, no constituye una infracción



sustancial del procedimiento parlamentario, en los términos del inciso c) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Hay varias razones para estimarlo así, entre las cuales se destacan: en primer lugar, que el proyecto fue discutido y aprobado en Comisión el martes 16 de abril de 2002, sea un día después de la recepción del estudio técnico; y, en segundo lugar, porque de la confrontación de la recomendación de técnica legislativa formulada por ese Departamento a folio 54 del expediente legislativo (apartado titulado “Articulado del proyecto de ley”) y el Dictamen de la Comisión (ver folio 81 del expediente legislativo), se deduce que los miembros de ese órgano estaban al corriente del contenido del estudio.

3) Sobre el plazo conferido a las Comisiones Legislativas. Si bien la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales recibió de parte del Departamento de Archivo de la Asamblea Legislativa, el 14 de marzo de 2002, el proyecto «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», expediente N° 14.623, por un término de treinta días (folio 33 del expediente legislativo), la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Legislativa emitió el Dictamen Afirmativo de Mayoría sobre ese proyecto hasta el día 16 de abril de 2002 (folio 69 del expediente legislativo), de donde se sigue que hay un desfase de dos días entre el plazo acordado y la emisión del respectivo Dictamen. Ahora bien, en un caso análogo, la Sala estimó lo siguiente:

“ ...integrando la disposición contenida en el numeral 80 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, que califica los plazos de las Comisiones Permanentes Ordinarias como ordenatorios, y dado que el artículo 95 del mismo Reglamento, no hace ninguna referencia expresa a las consecuencias del incumplimiento del plazo conferido a las Comisiones Especiales, esta Sala entiende que la actuación tardía de una Comisión Especial creada para el dictamen de un proyecto de Ley, no acarrea la invalidez de lo actuado por ella luego de agotado el plazo, y no constituye, por ende, un vicio invalidante del procedimiento legislativo ordinario. Lo anterior debido a que, además de no contrariar ninguna norma constitucional o reglamentaria expresa, tampoco limitó en nada la participación y representación políticas de los diputados integrantes de la Comisión y de la Asamblea.” (Sentencia N° 2000-03220 de las diez horas treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil).

Lo cual es especialmente aplicable al caso en discusión, puesto que la dilación ocurrida fue ínfima.

Por todas las razones enunciadas, no tiene esta Sala ningún reparo con relación al trámite seguido ante la Asamblea Legislativa, y así lo declara.

IV.-

Observaciones en cuanto al fondo del proyecto. Según la exposición de motivos del proyecto tramitado en el expediente N° 14.623, «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional», el instrumento internacional fue adoptado por resolución A/RES/55/255 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, del 31 de mayo de 2001 y, de acuerdo con su numeral 17, está abierto a la firma de todos los Estados desde el trigésimo día después de su aprobación por la Asamblea General hasta el 12



de diciembre de 2002 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El protocolo constituye el principal cuerpo normativo para promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, de tal modo que su principal finalidad es, tanto prevenir la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, en esos términos, como la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados en este mismo instrumento, cuyo fin principal se dirige a la promoción, facilitación y refuerzo de la cooperación entre los Estados. En este sentido, el protocolo prevé que cada Estado adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en esa iniciativa, que permitan el decomiso de las armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícito. Por otra parte, mediante el Protocolo se definen los grados de autoría y participación que pueden presentarse, estableciéndose la responsabilidad tanto de las personas físicas que hayan cometido los delitos, como de los grupos delictivos organizados involucrados en estos hechos. Además, se dispone que los Estados Parte adoptarán, en la mayor medida posible, y de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las acciones que sean necesarias para permitir el decomiso de las armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos; así como para impedir que las mismas caigan en manos de personas no autorizadas, en particular mediante la incautación y destrucción de esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Cada Estado parte garantizará el mantenimiento, por un período no inferior a diez años, de la información relativa a las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, de la información relativa a sus piezas y componentes y municiones que sea necesaria para localizar e identificar las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos, así como para evitar y detectar esas actividades. Además, en los Estados Parte que, de conformidad con su derecho interno, no reconozcan como armas de fuego aquellas que se encuentren desactivadas, adoptará las medidas necesarias —incluida la tipificación de delitos específicos, si procede— a fin de prevenir la reactivación ilícita de las armas de fuego desactivadas. En ese mismo sentido, a fin de detectar, prevenir y eliminar el robo, la pérdida o la desviación, así como la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para exigir que se garantice la seguridad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones en el curso de su fabricación, de su importación y exportación y de su tránsito a través de su territorio; y a aumentar la eficacia de los controles de importación, exportación y tránsito, incluidos —cuando proceda— los controles fronterizos, así como de la cooperación transfronteriza entre los servicios policiales y aduaneros. En el artículo 3° del Protocolo se define que se entiende por “arma de fuego”, “piezas y componentes”, “municiones”, “fabricación ilícita”, “tráfico ilícito” y “localización”. Al respecto, cabe observar que la definición de “arma de fuego” que aparece en el ordinal aludido es mucho más específica que la definición de arma que aparece en la Ley 7530, “Ley de Armas y Explosivos”, publicada en La Gaceta N° 159 del 23 de agosto de 1995, que está referida a cualquier tipo de objeto que resulte útil en una lucha y sirva para aumentar la fuerza propia. En otras palabras, la Ley de Armas no circunscribe su ámbito de aplicación a las denominadas armas de fuego, sino que abarca también las armas punzocortantes y contundentes y, por esa razón, tiene un mayor ámbito de aplicación que la norma del protocolo. El artículo 5° del Protocolo señala las medidas legislativas o de otra índole que los Estados partes deben adoptar, las cuáles están orientadas a tipificar como delitos cinco conductas diferentes de participar en la fabricación y/o el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes. Dispone ese artículo:

“Artículo 5

Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
- b) El tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
- c) La falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente o la participación en él como cómplice; y

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de Armas y Explosivos ya prevé una serie de delitos relacionados con distintos aspectos de la actividad ilícita en torno a las armas y los explosivos, entre los cuales se destacan las figuras de la “Introducción de y Tráfico de Materiales Prohibidos”, “la Introducción de Armas Permitidas”, el “Comercio Ilícito de Armas” y “la Fabricación de Armas”. Asimismo, debe señalarse que el Derecho Interno de Costa Rica —y, en especial, el Código Penal— también tipifica la participación en la comisión de los delitos, distinguiéndola claramente de la autoría en relación con la comisión de delitos —se considera autor del delito a quien realiza la conducta descrita en el tipo penal propiamente, mientras que participe es quien contribuye a la acción del autor, ya sea como instigador o como cómplice—. Otro tanto puede decirse de la figura de la “Asociación y confabulación para cometer los delitos”, pues en el Código Penal se incluye el delito de Asociación ilícita, en el que se describe la conducta de asociarse para cometer delitos; la “Tentativa de cometer delitos”, es decir, la interrupción de la comisión de un delito, debido a causas externas a su autor, que se encuentra regulada en el artículo 24 del Código Penal; y la “Asistencia, incitación, dirección, facilitación o asesoramiento para cometer delitos”, también cubierto por la Legislación costarricense según, lo dispuesto en el artículo 47 del Código Penal. Por lo mismo, dado que ese Código es una normativa genérica, su articulado es perfectamente aplicable a los delitos contemplados en la Ley de Armas.

V.-

Sobre la firma del «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional». Como se indica en el estudio emanado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (folio 47 del expediente judicial), en el expediente N° 14.623 no consta si a la Conferencia Internacional contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la



Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 31 de mayo de 2001, asistió el representante acreditado o signatario acreditado por el Gobierno de Costa Rica ante la ONU. En tal sentido, ese Departamento es del criterio de que no es necesaria la presentación de Plenos Poderes en este caso, de conformidad con el artículo 7, inciso 2) sub inciso C) de la Convención de Viena. La Sala tradicionalmente ha compartido ese criterio (véase la resolución N° 2000-00644 las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de enero del dos mil). Sobre el particular, en la sentencia N° 6624-94 de las nueve horas del once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, este Tribunal dijo:

“III.-

La Sala ha empleado los criterios de la convención de Viena sobre Derecho de los Tratados pese a que el Decreto Legislativo de aprobación fue vetado por el Poder Ejecutivo que es el veto a la ley número 6441 de 30 de abril de 1980, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, # 125 del 2 de julio de 1980, porque ésta constituye la codificación de las normas consuetudinarias de derecho internacional, de carácter imperativas —ius cogens— sobre las que existe universal consenso. Claro está, la aplicación de estas reglas ha sido en cuanto principios de conducta entre naciones que, en virtud del artículo 48 de la Constitución, según la enmienda introducida en 1989, constituyen preceptos de referencia e interpretación del texto constitucional, aun cuando aquéllas obligaciones de naturaleza positiva —obligaciones de hacer— no pueden ser vinculantes para nuestro Estado, sea en su manifestación externa o en su ejecución interna. En esta tesis, los principios de buena fe y de cumplimiento de las obligaciones suscritas —pacta sunt servanda— conducen las relaciones exteriores de la República, de manera que los usos y costumbres universalmente aceptados y observados por Costa Rica a lo largo de su historia, constituyen elementos normativos susceptibles de ser considerados por el Derecho de la Constitución. Respecto de los requerimientos formales exigidos por la Constitución y el Derecho Internacional necesarios para obligar al Estado costarricense frente a otros,— en este caso los Estados centroamericanos—, estima la Sala que el procedimiento desarrollado con el fin de celebrar esta enmienda al Convenio Aduanero Uniforme Centroamericano (Cauca), no presenta vicios de inconstitucionalidad. En efecto, el instrumento de modificación al CAUCA fue suscrito por el Ministro de Economía Industria y Comercio de Costa Rica el día siete de Enero de 1993 en la Ciudad de Guatemala. Estima la Sala que la suscripción de un convenio, pacto o tratado internacional por uno de los agentes integrantes del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República o el Ministro de Relaciones Exteriores, no vicia la voluntad de iniciar el proceso reglado que culmina con el perfeccionamiento de la obligación internacional de nuestro Estado, en tanto son atribuciones y deberes conjuntos del Presidente y del respectivo Ministro de Gobierno, ‘Dirigir las relaciones internacionales de la República’ como lo prescribe el artículo 121, inciso 12) de la Constitución.

El concepto genérico y amplio de ‘relaciones internacionales’, conforme a los usos y costumbres de la comunidad de las naciones, comprende todos aquéllos (sic) actos y actividades desplegados con ocasión del intercambio político, comercial, cultural o de cualquier índole entre Estados u otros sujetos de derecho internacional. Esta noción amplia cobra especial relevancia en nuestra era, en la que los Estados han ampliado sus vínculos a tal grado, que les es muy difícil desarrollar su vida interna sin tratos de toda naturaleza con el resto del mundo.

En este sentido, uno de los principales medios para generar esas relaciones con otros países, son

los tratados internacionales, en su calidad de acuerdos que constituyen, modifican o extinguen situaciones jurídicas públicas y por ende, establecen una obligación entre personas de derecho internacional (Estados, organismos, etc), tal y como lo ha expuesto esta Sala en el considerando II de la sentencia #1027-90. Así, la Constitución también exige que los 'convenios o tratados públicos y concordatos' sean celebrados por el Presidente de la República con el concurso obligado de su Ministro de Relaciones Exteriores, art. 140, inciso 10) de la Constitución. En otras palabras, el progreso de las relaciones entre Estados u otros sujetos reconocidos, comprende la suscripción de convenios o tratados, pero por supuesto no se limita a éstos. Así lo reconoce la convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados en su preámbulo, párrafos primero y segundo:

(sic) Considerando la función elemental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales.

Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales...'

En esta materia, las atribuciones que al Presidente de la República le han sido reservadas se limitan a 'Representar a la Nación en los actos de carácter oficial'(art. 139, inciso 2 de la Constitución). Más, la práctica internacional en el campo de la diplomacia y de los asuntos externos, universalmente aceptada y ejercida, indica que el Ministro de Relaciones Exteriores es quien supervisa el proceso de negociación de un instrumento internacional como el que nos ocupa y finalmente, una vez mutuamente aceptados sus términos, lo suscribe en nombre de su Estado. Por supuesto, todo de común acuerdo con el Presidente de la República de quien el Ministro es obligado colaborador. Esto nos indica que el Presidente de la República ejerce su papel de co-conductor de la política internacional, normalmente de manera informal, de allí que sólo en algunos casos excepcionales y por ende poco comunes, el Presidente se vería obligado a rectificar lo actuado por su Ministro en caso de que haya actuado sin su consentimiento, o haya excedido las instrucciones recibidas. Esta circunstancia invalidaría cualquier acto o aun una simple declaración del Ministro por el hecho de no contar con la anuencia del Presidente.

Por ello, estima la Sala que si el Presidente de la República tiene tan amplias facultades para dirigir las relaciones exteriores de la República, no puede la Sala inferir que en aquellos casos en los que su Ministro de Relaciones Exteriores ha actuado sin su participación conjunta, ha operado un vicio de la voluntad que invalida el acto ante el supuesto de haber contrariado la opinión del Presidente. Nótese que el procedimiento de ratificación de un tratado comprende la intervención del Presidente o de su Ministro en tres de sus fases. En primer término en la fase de negociación y de suscripción del instrumento. En segundo, luego de aprobado por la Asamblea Legislativa, al extender nuevamente su consentimiento y sancionar el Decreto Legislativo de aprobación (arts. 140, inciso 3) y 7 de la Constitución) y promulgarlo en el Diario Oficial (art. 124 de la Constitución). Finalmente al depositar el instrumento de ratificación ante el órgano que el tratado o convenio indique. Aparte de que, una vez que el convenio o tratado ha ingresado a la corriente legislativa, también puede el Presidente manifestar a los Diputados su voluntad o criterio al respecto. De manera que la posibilidad que tiene éste de expresar su opinión en el campo de las obligaciones jurídicas públicas internacionales, es en extremo amplia.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados declara, en su preámbulo párrafo final

que constituye una codificación del derecho internacional consuetudinario reconocido con el carácter de derecho imperativo —ius cogens—:

(sic) Convencidos de que la codificación y desarrollo progresivo de los tratados logrados en la presente Convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional,

Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente convención...'

Así considerado el derecho internacional consuetudinario, el artículo 7 de la convención claramente define la legitimación del representante estatal para suscribir un convenio o tratado, como de naturaleza convencional, no formal, delegando en los Estados interesados la verificación o no de plenos poderes para el acto. Dice la norma:

(sic) Artículo 7 PLENOS PODERES

1.-

Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

a) si presenta los adecuados poderes; o

b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intensión de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de plenos poderes.

2.-

en virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representa a su Estado:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, par la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;

b) los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;

c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.'

A ello podemos agregar que la comprobación de la voluntad del Estado en obligarse, puede verificarse mediante la confirmación posterior del acto, como lo regula el artículo 8 de la



Convención:

(sic) Artículo 8 CONFIRMACION ULTERIOR DE UN ACTO EJECUTATO (sic) SIN AUTORIZACION.

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.'

En este caso, el Presidente de la República (o su Ministro de Relaciones Exteriores) cuenta con plenos poderes para desautorizar o en su caso autorizar el acto emitido sin autorización expresa, aun por simple consentimiento, según se apuntó supra. Este es el propósito del artículo 11 de la Convención:

(sic) Artículo 11 FORMAS DE MANIFESTACION DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE POR UN TRATADO

1.-

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.'

Los artículos 12, 13, 14, 15, 16 desarrollan cada una de estas opciones de manifestación de la voluntad de obligarse.

En el mismo sentido ha sido regulada la materia en la Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas, que los artículos 1.a) y 3.a y 3.c) declaran al representante diplomático investido de plenas facultades para negociar instrumentos internacionales bilaterales:

(sic) Artículo 1. A los efectos de la presente convención:

a) por 'jefe de misión', se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal...'

'Artículo 3.

1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

a) representar el estado acreditante ante el Estado receptor

b)...

c) negociar con el gobierno del Estado receptor...'

En conclusión, en los casos en que el instrumento haya sido suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores o por el Presidente, y así ha sido presentado a la Asamblea Legislativa a fin de iniciar esta fase del perfeccionamiento de la obligación internacional que éste implica, pero además no



consta de manera alguna que ni uno de los integrantes del órgano, ni el Poder Ejecutivo, hayan manifestado la opinión contraria en obligarse por el tratado o convenio, ningún reparo formal puede formularse. Ello es válido en cuanto a los efectos internos o externos del instrumento de que se trate.”

Así las cosas, se entiende que representan a su Estado —sin la necesidad de presentar Plenos Poderes— los representantes acreditados por los Estados ante una Conferencia Internacional, o ante una Organización Internacional, o uno de sus órganos, para los efectos de adoptar el texto de un tratado en esa Conferencia, organización u órgano. Por ende, ya que en el presente caso quien firmó ante la Organización de las Naciones Unidas el «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» fue Roberto Rojas, quien en esa época se desempeñaba como Ministro de Relaciones Exteriores y Culto (folio 22 del expediente legislativo), debe concluirse que la situación efectivamente está amparada en el artículo 7, inciso 2) sub inciso c) de la Convención de Viena; a todo lo cual se suma que ese funcionario estaba, en el ámbito interno, facultado constitucionalmente para firmar el Protocolo. Y, en este orden de ideas, huelga decir que según se desprende el expediente legislativo, el Poder Ejecutivo claramente avaló la actuación del Ministro de Relaciones Exteriores y Culto (véase el folio 24 del expediente legislativo).

Sobre el intercambio de información. En el artículo 12 del Protocolo se prevé que los Estados, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, intercambien información pertinente para cada caso específico con relación a varios temas, entre las cuales se destacan, datos sobre los fabricantes, agentes comerciales, importadores y exportadores y —de ser posible— transportistas autorizados de armas de fuego, y sus piezas, componentes y municiones; grupos delictivos organizados efectiva o presuntamente involucrados en el comercio de esos artículos; información científica y tecnológica necesaria para hacer cumplir la ley; y los medios de ocultación utilizados en las actividades de tráfico o fabricación ilícita de tales artículos; todo lo cual se hará garantizando la estricta confidencialidad de la información que se comparta, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento interno, y acatando restricciones impuestas a la utilización de toda información que reciba de otro Estado parte. Asimismo, cooperarán en la localización de armas de fuego y sus componentes. Como se ha reiterado ampliamente en la jurisprudencia de este Tribunal, debe quedar claro que tanto la interpretación como la aplicación de esta norma se deberá hacer con claro respeto a lo dispuesto por el artículo 24 constitucional (véanse las sentencias N° 2001-00855 de las quince horas con quince minutos del treinta y uno de enero del dos mil uno y N° 2002-08190 de las once horas con doce minutos del veintitrés de agosto del dos mil dos).

Sobre las Enmiendas al Protocolo. El numeral 19 del «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» contempla la posibilidad de enmendar el contenido del mismo. A este respecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido enfática en señalar que, en los casos en que en un Tratado Internacional se contemple la figura de la enmienda, bajo ninguna circunstancia podrá entenderse o aceptarse que, bajo ese supuesto, Costa Rica ha renunciado a su competencia para la aprobación legislativa de tratados, según las reglas del artículo 121 inciso 4) constitucional (véase la resolución 2000-04527 de las 14:45 horas del 31 de mayo de 2000). En tal sentido, el inciso 3 del artículo 19 del Protocolo establece claramente que toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1° del mismo artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por parte de los Estados Parte. Por lo

tanto, no existen roces de constitucionalidad en este sentido.

Sobre la entrada en vigor del Protocolo. En tanto el “ Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” complementa “La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” (proyecto de ley que se tramita ante la Asamblea Legislativa bajo expediente 14.620 (véase el folio 50 del expediente legislativo), no entrará en vigor hasta que no se ratifique dicha Convención. Sin embargo, eso no es obstáculo para que su aprobación tenga lugar ante la Asamblea Legislativa, según se ha establecido en la jurisprudencia de la Sala (véase el pronunciamiento N° 3388–98 de las 16:39 horas del 26 de mayo de 1998).

Conclusión. En mérito de lo expuesto, estima la Sala que el procedimiento legislativo relativo al proyecto de Ley «Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» se ajusta a los requerimientos esenciales establecidos en la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa sobre la formación de leyes. En cuanto al fondo de las normas contenidas en el proyecto examinado, tampoco se observa quebranto constitucional alguno, por lo que procede evacuar la consulta en este sentido. Esto último, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por tanto:

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que la Sala no advierte roces de constitucionalidad en el proyecto de ley consultado.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 MARTÍN, Adrian Norberto. El uso de armas: un ejercicio naturalizado de la violencia policial en el discurso de la guerra. Artículo extraído de la Revista Electrónica de Derecho Penal. Disponible en la dirección electrónica: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,132,0,0,1,0>
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2002-09443. San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos