

## A. EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO POLICIAL<sup>1</sup>

Pedro J. Montano  
Profesor Agregado de Derecho Penal  
Universidad de la República — Uruguay

**Sumario:** A. El uso de las armas de fuego. I. La reforma. II. Delimitación del tema. III. El empleo de las armas de fuego. IV. Criterios para la utilización de las armas de fuego. a) El principio de razonabilidad. (art.5o, inc.2). b) La proporcionalidad del medio empleado. (art.5o. inc.3). c) El principio de excepcionalidad. (art. 5, inc.3). d) El principio de humanidad.(Código de Conducta, art.2). e) El criterio de la oportunidad. (art.5o., inc.2). V. Uso abusivo de las armas de fuego. VI. Naturaleza jurídica de la disposición en estudio. B. Porte y tenencia de armas. I. Bien jurídico tutelado. II. Consumación. III. Las armas. IV. La pena.

### A. USO DE LAS ARMAS DE FUEGO

#### I. La reforma.

El artículo 28 de la L. 16.707, conocida como Ley de Seguridad Ciudadana, da una nueva redacción al artículo 5o. de la Ley Orgánica Policial, No. 13.963 de 22 de mayo de 1971.

El nuevo texto dice así:

"ARTICULO 5o. El servicio policial debe asegurar el cumplimiento de las leyes, reglamentos, órdenes, resoluciones y permisos de cuya vigencia efectiva le está encomendado el contralor; y le corresponde colaborar con las autoridades judiciales y los Gobiernos Departamentales.

Para el logro de los fines descriptos, los servicios policiales se emplearán bajo su responsabilidad, los medios razonablemente adecuados y en igual forma elegirán la oportunidad conveniente para usarlos.

A los efectos del cumplimiento de las finalidades institucionales y cometidos del artículo 2o. de la presente ley, el personal policial utilizará las armas, la fuerza física y cualquier otro medio material de coacción, en forma racional, progresiva y proporcional, debiendo agotar antes los medios disuasivos adecuados que estén a su alcance según los casos.

El Ministerio del Interior instruirá a dicho personal siguiendo las pautas contenidas en el Código de Conductas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG/34/169), de 17 de diciembre de 1979."

Los dos incisos iniciales de la nueva disposición son idénticos a la anterior<sup>2</sup>, pero se agrega dos incisos más que constituyen un verdadero aporte para nuestro Derecho Penal.

El inciso primero de este artículo, junto con los artículos 3 y 4, establece atribuciones de la Policía, y en los dos siguientes, cómo debe cumplirlas. En el último, se prevé una obligación de instrucción especial de los funcionarios policiales por parte del Ministerio del Interior.

#### II. Delimitación del tema.

En lo que atañe a nuestro tema -el uso de las armas de fuego- tienen especial importancia los incisos 2o. a 4o. de este artículo 5o.

Dejaremos pues de lado el inciso primero que establece la atribución de asegurar el cumplimiento del Derecho -en sus diferentes categorías de normas- y la obligación de cooperar con las autoridades judiciales y los Gobiernos Departamentales.

El inciso segundo prevé dos importantes principios para la utilización de los medios de que dispone la Policía. Estos no son solamente aquellos que suponen la utilización de la fuerza, sino todo tipo de

<sup>1</sup>) Ponencia presentada en las Ias. Jornadas de Derecho Penal (26 y 27 de octubre de 1995) .

<sup>2</sup>) Creo que el legislador perdió una buena oportunidad para eliminar en la nueva redacción la expresión "se" que evidentemente está demás.

medios, coercitivos o no, que le permitan cumplir con su función. Esos principios son el de la razonabilidad del medio empleado y el de la oportunidad.

Descartaremos también el estudio de los medios no coercitivos porque tampoco entran en el tema. Entre ellos cabe destacar todos los que supone la tarea de averiguación de los hechos, y la recopilación de elementos probatorios o indiciarios, que no tienen por qué recaer directamente sobre las personas.

Entre los medios que suponen el empleo de la fuerza cabe distinguir aquellos que son meramente intimidatorios por naturaleza -como los gases lacrimógenos-, aunque puedan resultar lesivos en ciertas circunstancias, de aquellos que son lesivos, también por naturaleza, como las armas de fuego.

El inciso tercero dice cuáles son esos medios coercitivos: las armas, la fuerza física y cualquier otro medio material de coacción. Todos suponen el empleo de la fuerza y quedan englobados en la expresión final "medios materiales de coacción".

Nos vamos a referir entonces a un tipo de medio material de coacción: el empleo de las armas de fuego.

### **III. El empleo de las armas de fuego.**

Para el empleo de los medios coercitivos, el inciso 3o. establece también cuatro criterios o principios que determinan cuándo es correcto.

Estos criterios o principios son muy importantes porque arrojan seguridad tanto para el funcionario policial, que sabrá cómo actuar, como para el ciudadano que no debe temer abusos.

Esos criterios son: a) la racionalidad en el empleo de las armas; b) la progresividad; c) la proporcionalidad; d) la excepción y e) la humanidad.

En estas cinco categorías se encuentran los dos principios genéricos previstos para el empleo de cualquier medio de que dispone la policía -coercitivos o no- y que están previstos en el inciso anterior. Como dijimos, son la racionalidad del medio empleado y su oportunidad.

Para poder saber cuál es el significado de estas pautas de actuación, el inciso final del artículo que examinamos contiene una disposición muy valiosa al remitir al Código de Conductas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG/34/169).

El Ministerio del Interior debe instruir al personal policial de acuerdo a esta Declaración que establece precisamente, entre otras cosas, cómo ha de ser empleada el arma de fuego.

Veremos ahora en qué consisten estos principios.

### **IV. Criterios para la utilización de las armas de fuego.**

#### **a) El principio de razonabilidad. (art.5o, inc.2)**

Aquí cabe hacer una precisión aunque pueda resultar una sutileza. El principio de razonabilidad del inciso segundo refiere a la elección del medio y se extiende, en el inciso tercero, al empleo del mismo. El criterio genérico de oportunidad refiere más bien al empleo, porque la ley expresamente lo dice: "para usarlos".

Quizás, si no existieran los otros tres criterios, éste solo debería bastar. La racionalidad supone una relación entre el medio empleado y el fin buscado. Sin embargo, el legislador quiso precisarlo aún más.

Este concepto de razonabilidad o de racionalidad no es novedoso para nuestro Derecho Penal. El artículo 26 de nuestro Código, cuando regula la legítima defensa, establece en el numeral 1 literal b), como requisito de ésta "la necesidad racional del medio empleado" para repeler la agresión o impedir el daño. Su ausencia podría determinar la atenuante de legítima defensa incompleta, art. 46 numeral 1.

Sobre este concepto hay ya mucho escrito y puede resumirse tomando en cuenta: a) la gravedad del acometimiento, b) la entidad del bien atacado; c) las condiciones en que se encontraba la víctima

agredida; d) los medios de que disponía para defenderse; e) el lugar de la agresión y f) el modo en que se produce la agresión.<sup>3</sup>

Entendemos que este desarrollo doctrinal y jurisprudencial es aplicable en el caso, aunque debe tenerse en cuenta la peculiaridad de que normalmente, cuando el agente policial actúa, lo hace en defensa de terceros (art. 26, 3o. CPU), aunque no hay que excluir la posibilidad de la defensa propia.

La novedad consiste aquí en que el Código de Conducta aprobado por las Naciones Unidas trae una referencia a través de su artículo 3o. que dice: "Los agentes encargados de hacer cumplir la ley pueden usar la fuerza sólo cuando es estrictamente necesario y en la medida requerida para cumplir con su tarea."

En el comentario a esta disposición se lee que estos funcionarios pueden estar autorizados para usar la fuerza en cuanto haya una razonable necesidad para impedir el crimen o para realizar las detenciones de los delincuentes y sospechosos; no puede emplearse la fuerza más allá de este límite.

Corresponde al juez determinar si existió tal razonabilidad atendiendo a las circunstancias del caso.

Este principio se explicita aun más en el de la proporcionalidad del medio empleado.

**b) La proporcionalidad del medio empleado. (art.5o. inc.3)**

El Código de Conducta establece (art.3o. y comentario respectivo) que el uso de la fuerza debe ser ejercido de acuerdo al principio de proporcionalidad. Este criterio excluye el uso de la fuerza que es desproporcionado en relación al objetivo perseguido.

Para determinar la relación entre el medio empleado y el objetivo a cumplir también hay pautas expresas.<sup>4</sup>

a) la gravedad del atentado al bien jurídico que se trata de impedir y el legítimo objetivo a cumplir.

Para calificar la gravedad y la legitimidad se acude a los siguientes criterios:<sup>5</sup>

i. actuación en defensa propia o de terceros

ii. contra amenaza de muerte o de grave lesión, (para prevenir un determinado crimen particularmente grave que suponga un grave atentado contra la vida)

iii. para arrestar a una persona que represente ese peligro y que se resista a la autoridad,

iv. o para impedir la fuga de quien represente ese mismo peligro,

v. procurando producir el menor daño posible (Anexo art.5) y

vi. el empleo doloso de armas de fuego para matar sólo puede ser permitido cuando es estrictamente inevitable para proteger la vida.

De aquí que el criterio de proporcionalidad esté dado en función de los bienes jurídicos enfrentados. Puede utilizarse el arma de fuego sólo cuando haya peligro de vida o de lesión física que pueda comprometer la vida. Aun cuando sea para arrestar o para impedir la fuga, debe existir una referencia al peligro que para la vida representa.

Este criterio se compadece con la normativa de nuestro Código que en el estado de necesidad establece que para evitar una lesión, el mal causado debe ser igual o menor (art.27, 1). Nunca puede quedar la vida por debajo de los bienes materiales.

Por eso, el empleo intencional de las armas de fuego para matar, sólo puede ser admitido para impedir una muerte.<sup>6</sup>

La misma regla se aplica al caso de custodia de los detenidos: sólo pueden ser utilizadas las armas de fuego en defensa propia del agente o en defensa de terceros cuando corra el riesgo de grave

---

<sup>3</sup>) Cairoli, "Curso de Derecho Penal", T.I, F.C.U., 1985, pág.199 y ss.

<sup>4</sup>) Anexo a "Principios básicos en el uso de la fuerza y armas de fuego por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" (art.5o. "a" y "b"). VIIIo. Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes.

<sup>5</sup>) Anexo cit., art. 9o.

<sup>6</sup>) El art. 3o. del Código de Conducta, en su comentario, establece que las armas de fuego no deben ser usadas excepto cuando un sospechoso delincuente ofrece resistencia armada o pone en peligro la vida de terceros y cuando otros medios menos extremos son insuficientes para controlar o arrestar al sospechoso delincuente.

lesión o cuando es estrictamente necesario prevenir la fuga del detenido que represente tal peligro. (Anexo, art. 16). La utilización dolosa para matar sólo será permitida para impedir un homicidio.

También se aplicará esta regla en el caso de necesidad de dispersar manifestaciones violentas (Principios básicos, art. 14). Los funcionarios policiales sólo pueden usar las armas de fuego cuando otros medios menos peligrosos son inútiles y siempre en la menor medida posible. Aun así, debe respetarse los criterios expuestos en "i." a "vi." (Principios básicos, art. 9).

Además, siempre que sea posible, el agente deberá evitar daños innecesarios, esto es provocar el menor daño o lesión respetando y preservando la vida humana (Principios básicos, art. 5 "b" y 10 "b").

Este principio también se halla precisado por el de la excepcionalidad muy emparentado también con el término "progresividad" que trae la norma a estudio.

**c) El principio de excepcionalidad. (art. 5, inc.3)**

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sólo pueden utilizar la fuerza cuando es estrictamente necesario para cumplir su función (art. 3 del Código de Conducta).

La expresión "estrictamente necesario" supone que el agente debe agotar todos los medios disuasivos a su alcance para quedar habilitado a utilizar los medios coactivos, en orden progresivo.

Entre los medios coactivos las armas de fuego son, además, las últimas a emplear, o sea, cuando otros medios menos extremos son insuficientes para controlar o arrestar al sospechoso delincuente. (Código de Conducta art. 3o, Principios básicos, art. 5 y Anexo, art. 9o.).

Todo esfuerzo -progresividad- para excluir el uso de las armas de fuego debe ser puesto, especialmente cuando se trata de actuar contra niños. (Comentario al art. 3o. del Código de Conducta).

Los funcionarios deberán identificarse como tales y dar una advertencia clara de que usarán el arma de fuego, con tiempo suficiente para que pueda ser cumplida. Esto no rige si significara un riesgo para el propio agente o fuera puesta en peligro la vida de terceros o si resulta claramente inapropiado atendidas las circunstancias del caso.

Además, esta excepcionalidad, también se refleja en que cada vez que sean provocadas lesiones o muertes por el uso de armas de fuego por los agentes encargados de hacer cumplir la ley, éstos deben hacer inmediatamente un informe a sus superiores. (Principios básicos, art. 6 y 22).

Los Gobiernos y la Policía deberán desarrollar la mayor variedad de medios para proveer a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley con diferentes tipos de armas y mecanismos de defensa que permitan un empleo alternativo, y progresivo, de otros medios de fuerza al de las armas de fuego.

Tal desarrollo de armas incapacitantes no letales debe estar presidido por la finalidad de evitar el empleo de otros medios capaces de provocar la muerte o graves lesiones.

Los agentes también deberán ser provistos con equipamiento de defensa personal, como cascos, chalecos protectores, escudos, y medios de transporte seguros. (Principios básicos, cit., art. 2)

El desarrollo de las armas incapacitantes no letales debe ser cuidadosamente evaluado para minimizar el riesgo de las personas ajenas al hecho. El uso de tales armas debe ser también cuidadosamente controlado. (Principios básicos, cit., art.3).

La excepcionalidad del empleo de las armas de fuego no puede ser compensada invocando razones a su vez excepcionales como inestabilidad política interna u otras emergencias públicas (Principios básicos, art. 8).

**d) El principio de humanidad. (Código de Conducta, art.2)**

El principio de humanidad en la actuación del agente policial no sólo tiene relación con las víctimas o las posibles víctimas, sino también con el propio delincuente.

Por eso el empleo de las armas de fuego debe hacerse buscando provocar el menor daño posible y tampoco pueden ser ocasión para torturar. (Principios básicos, art. 5 "b").

Ningún agente puede infligir actos de tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes o castigos. (Código de Conducta, art. 5o.).<sup>7</sup>

Debe siempre respetar y proteger la dignidad humana y proteger y sostener los derechos humanos de las personas. (Código de Conducta, art. 2).

Aun cuando del empleo de su arma de fuego resulte herido el delincuente, el agente deberá preocuparse de su asistencia médica (Código de Conducta, art. 6; Principios básicos, art. 5 "c"). Obviamente, también con respecto a las víctimas.

Asimismo deberá preocuparse de informar a los parientes o personas allegadas y a sus superiores, cuando una persona resulte herida por el uso de armas de fuego, u otras medidas de fuerza (Principios básicos, arts.5 "d" y 6).

La obligación de advertir del uso del arma de fuego también puede ser incluida en este principio para dar posibilidad a infligir el menor daño posible y a la entrega del delincuente. (Principios básicos, art. 10)

En el entrenamiento de los funcionarios policiales se dará especial atención a la ética en el ejercicio de la función policial y a la formación en derechos humanos del agente. (Principios básicos, art. 20).

**e) El criterio de la oportunidad. (art.5o., inc.2)**

Este criterio también puede considerarse incluido en el principio de razonabilidad. Hace referencia fundamentalmente al tiempo, al momento de empleo del arma, aunque también influyen las circunstancias de lugar y del tipo de agresión que se trata de impedir.

Así, no es lo mismo una actuación en plena noche, en lugar cerrado, con dificultades de visión que obligarían a extremar la prudencia, que actuar a pleno día y en espacio abierto.

También influye mucho la posibilidad que tenga el agente de tener otra ocasión para impedir el daño.

No es lo mismo intentar impedir un homicidio en el acto, que impedir una fuga del delincuente. La fuga, mediando la posibilidad de persecución, podría originar otras ocasiones de impedirla. Veremos que existen indicaciones precisas.

Este criterio se explicita aun más en el de la excepcionalidad.

Veremos ahora qué pasa cuando el agente policial obra fuera de estos criterios o principios.

## **V. Uso abusivo de las armas de fuego.**

Se configura cuando se las utiliza fuera de los criterios expuestos.

Las normas internacionales recomiendan a los Gobiernos sancionar penalmente el empleo arbitrario o abusivo del uso de los medios coactivos y de las armas de fuego por los agentes encargados de hacer cumplir la ley (Principios básicos, art. 7).

Hay varios artículos de nuestro Código aplicables a este caso, aunque ninguno es de sujeto activo calificado, excepto en el ámbito de las agravantes.

El artículo 324 dice que el hecho de disparar intencionalmente un arma de fuego o de acometer a una persona con arma apropiada supone una pena de 3 a 24 meses de prisión, a no ser que la conducta constituya tentativa del delito de homicidio o lesiones.

El artículo 286 establece que obra con abuso de autoridad contra los detenidos el funcionario público encargado de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada que cometiere con ella actos arbitrarios o la sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos. La pena prevista oscila entre 6 meses de prisión y dos años de penitenciaría.

También podrían constituir agravantes de los delitos de lesiones u homicidio el carácter público del agente y el abuso en el empleo de armas (art. 47, 6o y 8o.).

La agravante específica del delito de lesiones por utilización de arma apropiada, también podría quedar configurada (art. 320).

---

<sup>7</sup>) El término "tortura" ha sido definido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la "Declaración para la protección de toda persona contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes".

Los delitos de justicia por la propia mano, violencia privada y amenazas tienen una agravante especial cuando la violencia se comete con armas. (art. 199, 289 y 290).

El uso sin facultades -el obrar antirreglamentariamente- o la retención de armas cuya tenencia se halle prohibida, constituye la falta prevista en el art. 365.

Se recomienda también a los Gobiernos e instituciones policiales que garanticen que no serán sometidos a sanciones penales ni disciplinarias aquellos agentes que, en cumplimiento con el Código de Conducta y sus Principios básicos, se nieguen a cumplir una orden de utilizar las armas de fuego, o informen de su empleo abusivo por otros agentes. (Código de Conducta, art. 8 y Principios básicos, art.25).

La obediencia al superior no puede ser una justificante para quién conoció que la orden de empleo del arma de fuego fue manifiestamente ilegal y que haya tenido una razonable oportunidad para negarse a cumplirla. En todo caso, quedará siempre la responsabilidad de los superiores que dieron las órdenes ilegales. (Art. 8o. del Código de Conducta y Principios básicos, arts. 25 y 26).

Los agentes, además de respetar la ley y el Código de Conducta deben también, en la medida de sus capacidades, prevenir y oponerse rigurosamente a sus incumplimientos o violaciones. Los agentes que estén en conocimiento de violaciones al Código de Conducta, hechas o a cometerse, deberán ponerlo en conocimiento de sus superiores o de aquellas autoridades u órganos con capacidad de poner remedio a la situación. (Código de Conducta, art. 8o.)

La disposición trata de establecer el delicado balance entre la disciplina interna del Cuerpo y el respeto a los derechos humanos.

Este tema se halla legislado en nuestro Código bajo el nomen iuris "Obediencia al superior" (art. 29) y bien estudiado por nuestra doctrina y jurisprudencia, por lo que no vamos a analizarlo nosotros.

## **VI. Naturaleza jurídica de la disposición en estudio**

A falta de legítimante expresa, en algunos sistemas penales se incluyó el uso de arma por funcionario policial como una hipótesis de legítima defensa o de estado de necesidad.

En nuestro Derecho tiene también naturaleza de causa de justificación pero se la incluye como hipótesis de cumplimiento de la ley (art. 28).<sup>8</sup>

Para que así suceda debe cumplirse una serie de requisitos: que sea un acto ordenado o permitido por la ley, en vista de la función pública que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que le preste a la justicia.

La actividad del policía que actúa legítimamente encuadra perfectamente en estos requisitos, ya que desempeña una función pública, ejerce autoridad y presta ayuda a la justicia.

Este claro marco normativo debe, sin embargo, completarse, a los efectos de saber si el funcionario está actuando realmente en ejercicio de su función.

Así, la justificante del artículo 28 debe completarse con otras normas, como sucede en los otros ámbitos del actuar profesional, que establecen las reglas para que una actuación sea correcta.

Estas reglas surgen, como hemos visto, de la Ley Orgánica Policial y, en especial, de este artículo 5o. en su nueva redacción, completado en base a la remisión al Código de Conducta aprobado por la ONU, tal como hemos visto.

Esta complementación es altamente positiva para brindar seguridad en su actuación al funcionario policial, como también para asegurar a los ciudadanos frente a eventuales abusos por parte de aquel.

Para que funcione esta excriminante debe tratarse evidentemente de un funcionario policial y éste debe estar en funciones, independientemente de que vista o no el uniforme de reglamento.

El fin perseguido por el funcionario debe ser el de cumplir un deber de su propia función<sup>9</sup>.

El recurso al arma de fuego opera como hemos visto, como "extrema ratio", o sea, cuando no tiene otros medios a su alcance para impedir el resultado que quiere evitar.

<sup>8</sup>) Cairolì, "Curso de Derecho Penal", T.I, F.C.U., 1985, pág. 216.

<sup>9</sup>) Marini, "Uso legittimo delle armi", p.266, independientemente de que pueda coincidir con un interés propio del funcionario, cit. por Fiandaca, op. cit., pág.220 nota 110.

El uso del arma supone un comportamiento violento "en acto" por parte del agresor porque si no, faltaría la necesidad del uso de la coacción.

Aun cuando no existan actos exteriores materiales de violencia puede ser considerada la violencia psíquica a condición de que sea seria y particularmente grave.<sup>10</sup>

La resistencia ofrece particularidades que la hacen más controvertible. Hay que resolver la cuestión sobre la base del criterio de proporcionalidad entre el uso del arma de fuego y el tipo de resistencia que hay que vencer y los bienes jurídicos en conflicto: no se puede disparar sobre personas que se ponen delante de un medio de transporte colectivo para impedir su marcha; se deberá emplear otros medios más blandos, no lesivos de la vida ni de la integridad física, para inducirles a alejarse.<sup>11</sup>

La fuga es una hipótesis típica de resistencia pasiva que, por lo general excluye el uso de las armas de fuego: falta la relación de proporción entre el uso de ésta y el carácter no violento de la resistencia opuesta (fuga no acompañada de uso de arma de fuego por quien la emprende).

La fuga considerada "per se", no agrede ni pone en peligro bienes jurídicos primarios como la vida o la integridad física. No se puede confundir el comportamiento sucesivo -la fuga- con el comportamiento anterior que es propiamente el que supone la agresión.

Por otra parte, en este supuesto, la actuación policial busca ayudar a la Justicia y éste es un bien jurídico tutelado, pero es aún superior el de la vida humana que podría verse agredida de modo irreparable.

Por supuesto, los disparos efectuados sin intención de matar pero con resultado muerte quedan sujetos al régimen general que regula las conductas erróneas (arts. 22 y 23 del CP) del cual puede resultar excluida la culpabilidad del agente.<sup>12</sup>

Como conclusión, y reiterando los conceptos vertidos por el Instituto de Derecho Penal con ocasión de producir su informe a pedido del Parlamento, y también por los señores representantes en ocasión de la discusión del proyecto, esta disposición modificada por la Ley de Seguridad Ciudadana, constituye un aporte para la dignificación de la función policial, en cuanto otorga certeza, seguridad, tanto al propio agente, como a todos los ciudadanos.

Esperamos que las recomendaciones contenidas en esta disposición y que vienen amparadas en disposiciones de carácter internacional, en cuanto a la instrucción del Cuerpo policial, a su adecuado equipamiento, a la selección del personal y al salario, sean cumplidas.

## **B. PORTE Y TENENCIA DE ARMAS.**

### **I. Bien jurídico tutelado**

La Ley de Seguridad Ciudadana introduce otro artículo en el Código Penal relativo al "porte y tenencia de armas". Lleva el número 152 bis y queda incluido dentro de los "Delitos contra la Paz Pública".

Esta es una disposición nueva que no debe confundirse con la falta tipificada en el artículo 365, 12 que sanciona el uso y retención ilícita de armas.<sup>13</sup>

De la redacción inicial se eliminó toda referencia a la comercialización indiscriminada de armas de fuego.

La falta prevista en el art. 365,12 se mantiene al solo efecto de cubrir el simple porte o tenencia de armas sin estar facultado para ello.<sup>14</sup>

También el porte de armas aparece como agravante especial de los delitos de hurto y de rapiña (arts.341,2 y 344 CP).

---

<sup>10</sup>) Fiandaca y Musco, Diritto Penale, Parte Generale, Bologna, 1994, pág.221.

<sup>11</sup>) Un notorio caso jurisprudencial uruguayo, con intervención fiscal del Dr. Langón, viene citado por Cairoli, op. cit., pág.216.

<sup>12</sup>) Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Bosch, 1981, T.I, pág.536. "Si, a pesar de observar la prudencia debida se produce la muerte, el funcionario policial actúa igualmente con arreglo a Derecho", pág.538.

<sup>13</sup>) "Uso y retención ilícita de armas. El que usare armas, sin estar facultado para ello, o retuviere aquellas cuya tenencia se hallare prohibida.", será castigado con 10 a 100 U.R. de multa o prisión equivalente. (art. 365, 12).

<sup>14</sup>) Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, No. 2492, Tomo 698, de 23.5.95, pág.297. y 319.

En el informe de la Comisión de Constitución y Legislación se dice que con esta figura se propone castigar a quienes portan o tienen armas con signos de identificación alterados o suprimidos o con características o municiones alteradas de manera de aumentar su capacidad lesiva. Se pretende castigar la hipótesis de armas especiales, no de armas normales. Las armas referidas en el proyecto son de un poder de laceración significativo y con capacidad de daño importante, por lo que el comportamiento no puede juzgarse en forma equívoca.<sup>15</sup>

El bien jurídico tutelado es la paz pública expresada en el conjunto de derechos fundamentales que pueden ser conculcados por la utilización de ese tipo de armas: vida, integridad física, propiedad, etc. Es el sentimiento de orden y tranquilidad de la sociedad, a que refiere y explicita la doctrina.<sup>16</sup>

## II. Consumación

Con respecto a la consumación, el Instituto de Derecho Penal criticó que "Las nuevas figuras aparecen como delitos de mera desobediencia a la decisión del Estado de cuáles armas puede poseer y cuáles no...". "Resulta criticable abusar de la técnica de tipificar como conducta delictiva una situación de hecho como es la mera tenencia, la que no constituye "acción" necesariamente desde el punto de vista ontológico..." "Resulta en principio exagerado elevar a la categoría de delito estas formas de incumplimiento, por mera desobediencia a la norma, sin que se advierta en forma clara la afectación de algún bien jurídico."

Se consuma con el porte o la tenencia en su poder.

El porte supone llevar o traer un arma. La tenencia supone asirla o mantenerla asida, sostenerla y también poseerla. Supone posibilidad de disposición aun cuando no sea inmediata, al alcance de la mano. El artículo agrega tener "en su poder".<sup>17</sup> Puede ser en la casa, en el auto.

Ambos verbos cubren las posibilidades de disponer de un arma, ya sea durante un traslado o poseyéndola aun guardada. El sujeto goza de la disposición de un arma, aunque no sea para emplearla para fines delictivos.

## III. Las armas

El concepto penal de arma, abarca tanto las propias como las impropias. Son armas propias, aquellas que tienen por objeto el ataque o la defensa, las sustancias explosivas o corrosivas, y los gases asfixiantes o corrosivos. Son impropias, todos los instrumentos aptos para dañar cuando se lleven en forma de infundir temor (art. 293 CP).

Entendemos que en esta nueva figura se refiere a las armas propias porque son aquellas que, independientemente de su empleo para infundir temor, pueden ser identificadas como tales.

Este concepto reviste una enorme complejidad por la gran variedad y rápida evolución. Por eso, el legislador ha procurado encontrar un concepto para que la reglamentación y la jurisprudencia lo desarrollen, independientemente de los difíciles e insuficientes criterios de "arma prohibida" y de la "maniobrabilidad" que tampoco son decisivos.<sup>18</sup>

Las armas cuyo porte o tenencia se prohíbe son de dos tipos:

- a) armas cuyos signos de identificación hubieren sido alterados o suprimidos y
- b) armas cuyas características o munición hubieren sido alteradas -en forma circunstancial o permanente- para aumentar significativamente su capacidad de daño.

Los signos de identificación son fundamentalmente la marca y su número de serie que vienen de fábrica, pero también, alguna marca especial que haya sido puesta una vez comercializada ya sea por la casa de venta o por alguno de sus propietarios. La identificación es una noción amplia que no sólo refiere al tipo, modelo o procedencia, sino a todo aquel elemento que pueda hacerla distinguible

<sup>15</sup> Diario de Sesiones cit., pág.305.

<sup>16</sup> Cairoli, Curso, T.III, pág.63 y ss.

<sup>17</sup> Diccionario de la Real Academia, voces "portar" y "tener".

<sup>18</sup> El criterio de arma prohibida es insuficiente por lo genérico. Requeriría una reglamentación expresa que contemplase cientos de posibilidades. A veces puede haber maniobrabilidad en las armas y la capacidad de daño verse disminuida, de acuerdo con opiniones técnicas. Diario cit., pág.430.

de otras similares, sean dibujos, abolladuras, diseño, color. En realidad se trata de impedir la identificación del arma a través de alteraciones materiales en la misma.

La alteración es el cambio de los signos por otros que persisten y la supresión es la eliminación de los mismos.

El otro tipo de armas también supone alteraciones en ellas, pero deben ser tales que las hagan más dañosas, más lesivas. Por ejemplo las escopetas de caño recortado, o armas con silenciador.

La ley no distingue entre armas que puedan funcionar o no en el momento de su descubrimiento, sino en virtud de su potencialidad de daño, aunque transitoriamente se hallen desarmadas o estropeadas. También es indiferente que la alteración sea permanente o circunstancial.<sup>19</sup>

Durante la discusión parlamentaria, en la votación de este artículo, se planteó el caso de quien modifica los cartuchos que normalmente se compran sin ningún trámite ni permiso, a efectos de dedicarse a la caza mayor autorizada.<sup>20</sup>

La respuesta viene dada por la palabra "significativamente" que permite diferenciar a quien por error o ineficiencia recarga un cartucho con un poco más de pólvora, del que compró una bala con un poco más de poder para cazar jabalíes, y también de aquél que convirtió ácido sulfúrico, ácido nítrico y algodón en un explosivo.<sup>21</sup>

Depende pues, de la modificación de que se trate. No es lo mismo hacerle una cruz a la munición, que comprar un arma especial y hacer una bala "dum dum", que ni siquiera está permitida en la lucha militar según las Convenciones de Ginebra.

Si el hecho consiste en haberle agregado unos gramos de pólvora, será la reglamentación y los criterios del juez los que determinen si eso es aumentar "significativamente" la capacidad de daño.<sup>22</sup>

Sin embargo, pensamos que se puede precisar que "significativamente" supone signo de intención criminal, o un porte o tenencia no explicables fácilmente para uso distinto al crimen.

De modo que, por la necesaria remisión a una norma reglamentaria, estamos en presencia de un tipo penal en blanco, que puede ser criticado por carecer de la certeza necesaria de acuerdo al principio de legalidad. Aunque comprendemos las dificultades del punto en cuestión.

Ambos tipos de armas reflejan posible peligrosidad de quienes las portan o tienen. Se ha dicho que quienes van a usar esas armas "son seres especiales que, en realidad, si no están próximos a las figuras delictivas, pueden estar eventualmente en actos preparatorios".<sup>23</sup>

Se castiga pues esta conducta por la peligrosidad que reflejan los autores, lo que es coherente con el castigo de actos preparatorios descriptos. Esto mereció la crítica del Instituto de Derecho Penal porque "en estos casos se suele elevar a la categoría de delitos situaciones que constituyen, esencialmente, meros actos preparatorios, intrínsecamente equívocos para determinar si esa tenencia está destinada a transformarse en una acción lesiva de bienes jurídicos o para otro fin lícito (por ejemplo una simple colección), lo cual en cierto sentido afecta el requisito de lesividad inherente al delito, exigente de una exterioridad dañosa del comportamiento."

"En consecuencia consideramos que todas estas figuras relacionadas al porte o tenencia" ... "deben regularse por normas administrativas que regulen su ejercicio, con el consiguiente control efectivo de su cumplimiento."

#### **IV. La pena**

La pena va de 3 a 18 meses de prisión o multa equivalente, pena por la cual optará el Juez según las circunstancias del caso. Es un delito excarcelable por cuanto se castiga con pena de prisión.

La novedad de esta pena radica en la mayor flexibilidad que se le otorga al Juez. En el régimen general del artículo 86, un delito castigado con pena de prisión puede castigarse con multa si concurren atenuantes excepcionales. Aquí alcanza con remitirse a las circunstancias del caso, sin más.

---

<sup>19)</sup> Al respecto se hizo referencia a los "silenciadores". Diario cit., pág.319.

<sup>20)</sup> Diario cit., pág.430.

<sup>21)</sup> Loc. cit.

<sup>22)</sup> Loc. cit.

<sup>23)</sup> Diario cit., pág.431.