



Homicidio Agravado (de un superior militar)

Por Carolina Bressia y Javier A. De Luca

Art. 80 Inc. 10: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:

10) A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.”

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyecto.

El inciso fue incorporado al art. 80 del Código Penal que regula los homicidios agravados, por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 de agosto de 2008¹.

Esta ley, derogó el Código de Justicia Militar y modificó distintas disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, en la necesidad de adecuar las disposiciones de fondo y de forma para que la jurisdicción civil (justicia federal), llevase a cabo el juzgamiento de los llamados delitos militares y evitar así que las cuestiones castrenses quedasen al margen de los principios constitucionales del derecho penal y del derecho procesal penal.

Entre los fundamentos expresados durante el debate parlamentario, los diputados y senadores hicieron hincapié en la necesidad de adecuar la legislación interna en materia militar, a los estándares constitucionales y de los derechos humanos para dejar atrás lo que había constituido durante largo tiempo un verdadero “derecho de excepción” en cual se soslayaban diversos derechos y garantías.

Es que más allá de que las cuestiones castrenses pudieran requerir cierta “especialidad” en función de las circunstancias que tienen en mira, esta rama del derecho no puede ser ajena a los preceptos del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Corte

¹ Entró en vigencia el 29 de febrero de 2009.

Interamericana de Derechos Humanos ya habían señalado con anterioridad algunas de las incompatibilidades del régimen castrense con los principios constitucionales de derecho penal y de derecho procesal penal, tales como la garantía de juez natural, el principio de culpabilidad, algunos aspectos del derecho de defensa, entre otros.

En el precedente “*López, Ramón Angel s/recurso del 445 bis del Código de Justicia Militar*”, causa n° 2845 (Fallos 330:339) de 2007, la Corte Suprema puso de resalto de manera expresa, la imposibilidad de coexistencia de algunas disposiciones del Código de Justicia Militar con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la CN y normas concordantes de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, allí se ratificó la jurisprudencia de precedentes anteriores (Fallos 54:577 y 310:1797) en los que había indicado que los individuos sometidos a la denominada jurisdicción castrense, gozaban de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no podían ser privados.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado la incompatibilidad del proceso y de algunos principios del ámbito castrense en el orden jurídico argentino, con derechos y garantías elementales del derecho penal internacional. Al respecto, cabe mencionar los casos n° 11758 “*Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina*” y el n° 12.167 “*Argüelles y otros vs. Argentina*”, a partir de los cuales el estado se había comprometido a impulsar una reforma integral del sistema de administración de justicia penal en ese ámbito, para adecuarla a los estándares internacionales de derechos humanos.

En definitiva, la reforma se basa principalmente en la necesidad de realizar esta adecuación, por lo que dejó fuera de la normativa militar aquellas disposiciones habilitaban el juzgamiento de delitos sin tribunales imparciales, las que sancionaban conductas que no lesionaban ningún bien jurídico, etcétera.

Bien Jurídico.

Como vimos, la ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar e incorporó algunos de los denominados “delitos militares” al Código Penal y, de tal forma, unificó la legislación penal.

En esta tarea, se despenalizaron ciertas conductas que sólo quedaron castigadas como faltas disciplinarias y otros comportamientos fueron incluidos en el Código Penal como delitos.

Respecto de esto último, algunos como tipos penales que *únicamente*² pueden ser cometidos por militares en tanto lesionan bienes jurídicos estrictamente militares y en otros se incluyeron como circunstancias agravantes de delitos del derecho penal común, porque la conducta lesiona bienes jurídicos civiles y militares³.

La agravante en cuestión pertenece al segundo grupo⁴. Por un lado el bien jurídico afectado es la vida porque se trata de un homicidio, pero el fundamento de la agravante está vinculado con la ofensa de bienes jurídicos castrenses.

En definitiva, se trata de delitos en los que el bien jurídico es complejo porque al causar la muerte de un superior militar, además de la vida humana se ofende otro bien jurídico que se traduce en una negativa influencia sobre los demás integrantes de la fuerza y la observancia de las órdenes de mando. Es decir, lo que la agravante contempla es la grave falta de disciplina⁵, la insubordinación, el desgobierno, el riesgo para el cumplimiento de las órdenes impartidas por la superioridad en miras a objetivos más amplios, que importa el ataque a un superior militar “frente al enemigo” o “frente a tropa formada en armas”.

La disciplina militar se manifiesta por la subordinación de grado a grado, el respeto y la obediencia confiada e instantánea a las órdenes del superior, a la vez que por la voluntad sincera y tenaz de alcanzar el fin que tales imperativos se proponen. De allí que la legislación militar sea tan celosa en custodiar y velar por tan valioso bien jurídico castrense.

A fin de precisar cuál es el bien jurídico que se afecta, en el Anexo IV de la ley en cuestión, se prevé el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que se refiere a precisamente a los alcances actuales de esta noción en el ámbito militar.

En primer lugar, el art. 1º indica cuál es el fin de la disciplina militar, indicando de manera expresa que *es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su*

² Se trata de los llamados *delitos especiales propios* en los que la calidad de autor es requerida en el tipo básico. Ver al respecto, ZAFFARONI, Raul Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*; Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 788.

³ En este caso se trata de los *delitos especiales improprios* en los que la cualidad en el sujeto activo es requerida para el tipo calificado. Al respecto ver también esta categoría en ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *ob cit.* P. 788 y ZAFFARONI, Raul Eugenio; CAVALLERO, Juan Ricardo; *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, Ariel, 1980, p. 28 que denominan a este grupo de delitos en el comentario al Código de Justicia Militar (derogado) como *delitos militarizados* entre los que mencionan las “vías de hecho” contra el superior que causen su muerte, lo que afecta la disciplina militar gravemente y al mismo tiempo la vida.

⁴ FILIPPINI, Leonardo y TCHRIAN, Karina; *El nuevo sistema de justicia militar argentino. Comentario a la Ley 26394* publicado en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 1191.

⁵ En este mismo sentido ZAFFARONI, CAVALLERO, *ob cit.* p. 557

comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas.

Por otra parte, ese mismo artículo indica que “*todo militar debe ajustar su conducta al cumplimiento estricto de la Constitución Nacional y las demás leyes de la República, así como la observancia cabal de las leyes y reglamentos militares, el respeto a las órdenes del mando, la subordinación al régimen jerárquico y el cumplimiento de todas las obligaciones que surgen del estado militar.*”

En base a estos lineamientos, resulta claro que el fin último de la disciplina militar hoy en día se orienta a la observancia y cumplimiento de los preceptos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Sujetos Activo y Pasivo.

Nos encontramos frente a una agravante especial porque exige una cualidad específica tanto en el sujeto activo como en el pasivo. Ambos deben ser militares, lo que se deduce obviamente de la expresión el que matare “a su superior militar”.

Este elemento normativo se encuentra actualmente definido en la parte general del Código Penal en el artículo 77, 4º párrafo, también a partir de la ley 26.394: *se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.*

La Ley para el Personal Militar nro. 19.101 del 30 de junio de 1971 que se encuentra vigente, define en forma detallada y pormenorizada el *estado militar*, que es aquél que posee el personal de las fuerzas armadas (art. 1) integrado por su cuadro permanente (art. 2) y su reserva incorporada, y el que, proveniente de su cuadro permanente se encuentra en situación de retiro (art. 6) y es definido como “la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas” (art. 5).⁶

⁶Conforme ZAFFARONI, CAVALLERO; *ob cit.*,157/158. Asimismo, ver ARTICULO 5º de la ley de facto 19.101 en el que se definen también el *grado, la jerarquía, la actividad y el retiro*. Grado es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar. Jerarquía es el orden existente entre los grados. Actividad es la situación en la cual el personal militar tiene la obligación de desempeñar funciones dentro de las instituciones militares o cubrir los destinos que prevean las disposiciones legales y reglamentarias. Retiro es la situación en la cual el personal militar, sin perder su grado ni estado militar, cesa en las obligaciones propias de la situación de actividad, salvo los casos previstos en esta ley y su reglamentación.

Ambas circunstancias, la condición de militar de ambos y la relación de jerarquía deben ser alcanzadas por el conocimiento del sujeto activo en el momento del hecho en tanto se trata de elementos del tipo objetivo.

Tipo Objetivo.

La conducta descripta consiste en causar la muerte de un militar por un subordinado.

Más allá de la exigencia de determinada cualidad del sujeto activo para establecer la autoría, el tipo penal efectúa una referencia situacional. Es decir, se individualiza una acción que, para ser típica, debe desarrollarse en un determinado contexto, porque es necesario que el que matare lo haga “frente a enemigo” o “tropa formada con armas”.

Para desentrañar el alcance de tales expresiones, además de recurrir a algunos lineamientos de las interpretaciones al CJM en el que también estaban mencionadas, resulta sustancial hacer hincapié en la legislación que actualmente fija los límites de la actuación de las Fuerzas Armadas en el Estado de Derecho. Estas disposiciones serán decisivas para definir el contexto situacional al que se refiere el tipo penal en cuestión.

Son de aplicación: la Ley de Defensa Nacional N° 23.554, la Ley de Seguridad Interior N° 24.059 y la Ley de las Fuerzas Armadas N° 24.948.

De conformidad con lo establecido por el art. 2º de la primera de ellas, “*la Defensa Nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva, para enfrentar las agresiones de origen externo*”. Asimismo, el art. 4º indica que: “*Para dilucidar las cuestiones atinentes a la Defensa Nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la Defensa Nacional de la Seguridad Interior. La Seguridad Interior será regida por una Ley Especial*”.

Por su parte, el art. 2 de la Ley de Seguridad Interior define a esta última como “*la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional*” y en relación a la posible actuación de las Fuerzas Armadas en la seguridad interior indica en el art. 31, que dichas fuerzas “*serán empleadas en el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional, en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior descrito en esta ley resulte insuficiente a*

criterio del Presidente de la Nación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2º.

Por último, la ley nº 24.948 que estableció las bases políticas, orgánicas y funcionales fundamentales para la reestructuración de las fuerzas armadas, en su art. 2º indica que “*La política de defensa implica la protección de los intereses vitales de la Nación Argentina, de acuerdo a lo determinado en el artículo 2º de la ley 23.554. Se sustenta en lograr consolidar e incrementar las capacidades espirituales y materiales que tomen eficaz una estrategia disuasiva, coadyuvando, además, al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en particular, las de nuestro continente*”. Asimismo, indica que “*La Nación Argentina ejerce su derecho a organizar fuerzas armadas aptas para el ejercicio de la legítima defensa, contemplado expresamente en el artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas*”.

Ahora bien, el Código de Justicia Militar derogado definía en forma expresa ambas expresiones. El artículo 883 del código mencionado establecía que: “*se considera que una fuerza está frente al enemigo, desde el momento que ha emprendido los servicios de seguridad contra el mismo*” y los denominados “servicios de seguridad” consistían en las previsiones tácticas de detección y contención ante eventuales encuentros no esperados aun con el adversario. Se trata de verdaderas operaciones militares de aplicación tanto en defensa como en ataque⁷.

También el código definía la segunda expresión “frente a la tropa armada en armas” en el art. 881 y establecía que “*un hecho se ha producido delante de tropa, cuando lo presencian más de cinco individuos con estado militar*”.

Si bien estos conceptos pueden orientar al intérprete, por ejemplo en cuanto a que una “tropa” es la reunión de más de cinco individuos con estado militar o que se está “frente” al contrario cuando efectivamente se emprende alguna operación militar en defensa o ataque, lo cierto es que expresiones tales como “enemigo” deben ser delineados en base a la estricta distinción que efectúan tanto la ley de Defensa Nacional como la de Seguridad Interior en cuanto a la actuación de las Fuerzas Armadas.

Ambas, son contestes en la imposibilidad de que dichas fuerzas cumplan funciones de seguridad interior, lo que implica por ejemplo que si la tropa está formada frente a una manifestación o una protesta social, aunque alguien los pudiera considerar “enemigos” o “contrarios”, lo cierto es que no se podría aplicar la agravante en tanto no se trata de una agresión de origen externo ni se encuentra previsto como un caso de excepción.

⁷IGOUNET(h)-IGOUNET, *Código de Justicia Militar*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 1985, p. 423.

Tipo Subjetivo.

Se trata de una agravante activa dolosa en la que es necesario que el sujeto activo sepa que mata a un militar de rango superior y en el contexto que la norma exige.

En principio se admiten todas las modalidades dolosas, incluso el dolo eventual, siempre que el sujeto activo cuente con la posibilidad de dar muerte a su superior militar delante del enemigo o de la tropa armada⁸.

Consumación y Tentativa

Como en este caso el delito se agrava porque se trata de la muerte de un militar superior realizada por un subordinado frente al enemigo o la tropa armada, habrá tentativa cuando de acuerdo al plan concreto del autor, haya al menos un peligro para los bienes jurídicos en cuestión.

En este caso, el comienzo de ejecución del tipo básico y la circunstancia calificante son inescindibles. Por eso, la tentativa del tipo agravado se verificará en caso de que un inferior militar de acuerdo al plan concreto haya puesto en peligro la vida del superior *frente a enemigo o tropa formada con armas*.

La consumación coincide con la muerte del sujeto pasivo que en este caso tiene que tratarse de un superior del sujeto activo.

Autoría y Participación.

Por tratarse de un *delicta propia*, nos encontramos con ciertas particularidades en lo que hace a la autoría y participación. Solo puede ser autor un militar que reúna las características ya mencionadas en el art. 77 del CP y además debe encontrarse en una jerarquía inferior al sujeto pasivo.

Por lo demás, no se descarta la eventual participación en este delito de personas que no reúnan la condición de militar exigida por el tipo, en cuyo caso serán de aplicación las reglas generales sobre participación criminal contenidas en los arts. 45 a 48 del CP.

⁸ En contra, por considerar que sólo se prevé el dolo directo, BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, 1, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 145.