



Homicidio Agravado por la Condición Especial del Autor

Por Gisela A. Icardi y Gabriel M A Vitale

Art. 80.- *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

Inc. 9. (Incorp. por ley 25.816) *Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (B.O. 9/12/03);”*

Antecedentes

La ley 25.816 ha modificado el Código Penal de la Nación incorporando el inciso 9° al artículo 80 tipificando como conducta agravada, el homicidio cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, que actuare con abuso de su función.

Dicha norma tuvo su génesis en los proyectos de ley elaborados por los senadores Beatriz S. Halak y Juan C. Maqueda. (S-2385 y 2691/02); unificados por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios que efectuó un dictamen favorable, siendo sancionado el 12 de noviembre, promulgado el 5 de diciembre y publicado en el Boletín Oficial el día 9 de diciembre de 2003.

Como surge de la Exposición de Motivos y del Debate Parlamentario, el propósito del legislador fue combatir el aumento en el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas mencionadas.

Las cifras destacaban que la principal causa de detención de miembros o ex miembros de estas fuerzas de seguridad, era el homicidio. En efecto, en el sistema federal, el 20 % de los miembros de la fuerza de seguridad estaban detenidos por homicidio y el 18 % por delitos contra la propiedad. En ese contexto, se creó un nuevo tipo penal con el convencimiento de que el aumento de la pena en una conducta ya tipificada era una solución eficaz a la lucha contra la inseguridad.¹

¹ Antecedentes parlamentarios, año XI, n° 1, p.318



En palabras de los legisladores los fundamentos para ello fueron que *“La seguridad constituye un derecho elemental de todo ciudadano y es deber fundamental del estado otorgarla a toda la población. En cumplimiento de este deber resulta imperioso el dictado de normas dirigidas a construir un país mas seguro, tendiente a proteger la vida, la salud y la integridad de las personas como valores básicos”*.

La Senadora Halak opinó que *“...la seguridad, base fundamental de toda convivencia social, esta en crisis; las medidas habitualmente adoptadas como el refuerzo policial y la inversión en equipamientos y armamento, han sido insuficientes para frenar el deterioro de la seguridad en nuestro país...Es fundamental crear mecanismos legales capaces de impedir el aumento de la participación de personal policial en hechos delictivos...”*.

A su entender, la severidad de la pena a imponer tenía razón de ser a partir de que *“...No se puede castigar con igual rigor por la comisión de un delito, a un ciudadano común, que a aquel a que la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito. De allí que la propuesta contempla concretamente que la intervención de un miembro de las fuerzas de seguridad en algunos de los hechos contemplados en el artículo 79, o en los capítulos I y II del título VI del Código Penal de la Nación, es suficiente motivo para alterar la escala penal...Es necesario contribuir al perfeccionamiento de las fuerzas de seguridad, cuya mayor o menor credibilidad afecta a todas las áreas de la actividad económica y social”*.

Por ello presentó el proyecto, con el objetivo de *“... recobrar la confiabilidad en las instituciones de seguridad y beneficiar a toda la sociedad”*.

A ello se suma que, desde la visión de los senadores, el incremento de los casos de homicidios con la intervención de miembros de esta fuerza ameritaba la imposición de penas mas severas, pues *“endurecer las penas es un reclamo de nuestra sociedad y de muchos países del mundo, quienes se han replanteado o ya han realizado una modificación de pena para combatir los delitos”*. Por lo tanto, *“para que exista una adecuada convivencia social debemos contar con fuerzas de seguridad creíbles y con miembros cuya actitud sea ejemplificadora para el resto de la población”*.

El senador Agundez, informante de la Comisión, explicó que el proyecto propiciaba un aumento de las penas no solo *“... para disuadir sino para equilibrar las penas en el distinto disvalor social que tiene la acción de los delincuentes alcanzados por los procesos penales argentinos”*. Ello



debido a que los delitos alcanzados por esta reforma (homicidio, robo, hurto y secuestro extorsivo) “...violan los derechos fundamentales de la Constitución Nacional que son el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad”. Respecto de los demás que pudieren cometer estos agentes, será el Juez quien regulará la pena a partir de las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal.²

La Senadora Escudero expresó que:”... Como se trata de una modificación del Código Penal, en el agravamiento de penas tiene que estar absolutamente claro quien va a ser el sujeto pasivo de esta norma. La categoría de fuerzas de fuerzas de seguridad pública no existe en nuestro derecho... La ley de seguridad interior 24.059 califica fuerzas policiales a la fuerza federal y policías provinciales; fuerzas de seguridad a la Gendarmería y Prefectura Naval y fuerzas penitenciarias a las fuerzas de los servicios penitenciarios. Esta terminología fue usada en el Art. 80 Inc., 8 (Ley 25601)...”. Por lo que sugirió reemplazar la expresión “fuerza de seguridad pública” por “fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”.

En tanto, el senador Yoma disintió parcialmente con el proyecto, entendiéndolo que “...El espíritu del proyecto tiene que ver con que así como se estableció una suerte de reconocimiento o de privilegio para aquel miembro de alguna fuerza de seguridad que sea víctima de un delito. Del mismo modo que se propone un agravamiento en la responsabilidad cuando alguno de sus miembros cometa un delito usando las armas que la ley, La Constitución y la sociedad le ha otorgado.

La disidencia parcial se trata de que frente a hechos conmocionados, como el avance de la criminalidad en los delitos, la respuesta más fácil o más simple del congreso consiste en modificar el Código Penal y agravar las penas como si los problemas fuesen legislativos y no pasaran por determinar las políticas correctas en materia de criminalidad.

Entonces la respuesta facilista hacia los medios de difusión, pero muy poco efectiva hacia la sociedad en la que estamos dando permanentemente, pero no conduce a una disminución de los delitos o en mayor protección de la sociedad; al contrario, día tras día vemos como se agrava la situación de inseguridad en nuestro país, a pesar de que reiteradamente el congreso viene sancionando agravamiento de penas que coloca en una situación de absoluta incoherencia a todo el sistema Penal Argentino.

No se puede seguir con sanciones que impliquen modificaciones del sistema punitivo argentino porque un delito tiene un efecto conmocionante en los medios de difusión. Así se dejaría

² Antecedentes Parlamentarios, año XI, n° 1, p.327.



de decirle a la sociedad algo absolutamente incorrecto; que la solución a los reclamos de seguridad es sancionar una ley que agrave las penas.

La verdad es que hasta ahora lo que ha visto la sociedad es que, día a día, crece el índice de delitos a pesar de las sanciones mediáticas del congreso”.³

Como resultado, en el mes de diciembre del año 2003, entró en vigencia la ley 25.816, creando la figura agravada del homicidio en el inciso 9º del artículo 80 del Digesto Penal de Fondo.

Como se expresó al inicio, esta norma sanciona con pena de prisión o reclusión perpetua al que matare a otro abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

La finalidad manifestada por el legislador fue la de disminuir, a través de la incorporación agravamiento de la pena, el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas sindicadas, lo cual dio lugar a cuantiosas críticas, ya desde el recinto legislativo por un sector minoritario de congresistas, entre otros, el senador Yoma, cuya opinión expuse anteriormente; como por la doctrina penal.

Señala Claudia Verde⁴ en su análisis doctrinal, que si bien en el caso concreto era necesario adoptar medidas frente al incremento de delitos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, no surge como acertada y eficiente la respuesta de mayor punición.

Es que se le exige al derecho penal que cumpla funciones de estabilización social de los valores culturales constantemente en crisis, ante la falta de mecanismos y de políticas de Estado que llevan a cabo esta labor.

Este uso alternativo desmedido del derecho penal, entre las funciones de control y prevención, puede tener efectos nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

Sin embargo, el deterioro de la confianza pública en el desempeño del funcionario - y en consecuencia, de la institución- que se produce a partir de la conducta homicida perpetrada por quienes son los principales custodios de la seguridad pública, justifica la afirmación de la existencia de un mayor contenido de injusto en el hecho, de un mayor disvalor de acto.

En estos casos, no sólo se atenta contra la vida humana, sino que el autor omite cumplir con su deber de otorgar seguridad y protección a los ciudadanos, defraudando con ello las expectativas

³ Boletín oficial; “Tratamiento en el Senado”; 2002; P.311-315/327-328.

⁴ Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores) artículo de Claudia Verde; 2007, p 304/306.



depositadas en el correcto desempeño de su cargo o función. Esta circunstancia objetiva es la que califica el homicidio, pues a la conducta lesiva hay que añadir la transgresión al deber especial derivado de la posición oficial.

Por ende, no es discutible la necesidad de una mayor punición frente al delito de homicidio ejecutado por un agente de las fuerzas de seguridad, pero sí el modo de prevenir la futura comisión de hechos ilícitos. A ello debe sumarse la elección de una pena rígida (prisión o reclusión perpetua) que impide al magistrado, en el caso concreto, individualizarla.⁵

Así, algún sector doctrinario sostiene que la gravedad de la conducta en cuestión podría ser contemplada por el Juez al momento de graduar la pena, atento a la mayor comprensión del injusto penal, teniendo en cuenta las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal. Para otros, debería haberse utilizado una agravante genérica (vgr.20 bis, 41bis, 41 quater CP) de aplicación para todos los casos en los que un funcionario público cometiere un delito en ejercicio de su cargo.

No obstante las objeciones manifestadas, el proyecto de ley tuvo tratamiento y es ley 25.816 incorporando al homicidio calificado el abuso de función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Bien Jurídico Protegido

La presente figura se encuentra en el Capítulo I del Primer Título de la Parte Especial del Código Penal que alude a los “*Delitos contra la vida*”.

El bien jurídico salvaguardado es la vida humana y su protección comprende el lapso que va desde la concepción hasta la muerte por causas naturales.

Jorge Buompadre enmarca las diferencias desde una perspectiva puramente *naturalística*, atendiendo a la propia existencia “físico-biológica” a la comprendida desde una perspectiva *valorativa*.

No obstante ello, con claridad manifiesta que “...no es tarea del derecho penal, ni del legislador, fijar un determinado momento como comienzo en el proceso de la vida; no se trata de un problema político criminal sino científico; el legislador sólo debe fijar el momento en el que debe tener comienzo su protección penal. Por ello, frente a la casi imposibilidad práctica de determinar

⁵ Ob. Cit. BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores) artículo de Claudia Verde.



el momento exacto de la concepción, e inclusive del embarazo en el primer mes de la gestación⁶, razones de seguridad jurídica, estrictamente normativas, aconsejan aceptar al momento de la anidación como el comienzo de la vida humana y, por lo tanto, el comienzo de su protección penal, por cuanto es, a partir de este momento, que puede afirmarse con mayor precisión el embarazo de la mujer...”⁷

Para la determinación del fin de la vida, existen dos clases de muerte: la *muerte natural o real*⁸ y la *muerte cerebral*,⁹ por lo cual debe considerarse fallecida para el derecho penal si se dan los criterios establecidos por la nueva legislación que complementa a la ley penal.

Es por ello que el delito de homicidio, se materializa al matar a otra persona, es decir, el terminar con su vida. En consecuencia, resulta fácil advertir que ese comportamiento lesiona el bien jurídico “vida humana”, que se encuentra protegido por Constitución Nacional¹⁰ y por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional¹¹.

Sujeto Activo

⁶ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18^o edición, pag. 82,. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010) citado por J. Buompadre.

⁷ Comentario al art. 79 del Código Penal Comentado www.pensamientopenal.org.ar

⁸ establecida por el art. 103 Código Civil.

⁹ Ley 21.541, leyes 23.464 y 24.193, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, en donde: “*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Unico Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en el caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible*”.(art. 23)

¹⁰ Dentro de los derechos implícitos reconocidos en el art. 33 de la Carta Magna (María Angélica Gelli: “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, La Ley, Buenos Aires, 3^a edición, año 2006, págs. 382/386). Artículo 1^o de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 4^o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y artículo 3^o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹¹ Comentario al artículo 80, inciso 5^oCP realizado por Ignacio Carlos Fornari en Código Penal Comentado www.pensamientopenal.org.ar



Esta figura agrava el delito básico o base del homicidio, previsto en el artículo 79 del Código Penal, por la calidad que reviste el autor.

Se trata de un tipo penal que exige en el sujeto activo revista la calidad de integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario. Es trascendental que se encuentren en actividad o en retiro activo, ya que si fue exonerado o excluido de la institución, pierde la calidad de sujeto activo especial (*delicta propria*).

Es interesante la reflexión que realizan al respecto Castro y Guardia¹² en su meduloso trabajo, en cuanto sostienen que no son alcanzados por la figura los jubilados o retirados, salvo que vuelvan al servicio activo por disposición de la superioridad. En este sentido entienden, que la condición policial no cesa con el retiro, pues justamente pueden volver al servicio activo ante una convocatoria, de modo que, en tales casos, la agravante concurre, quedando sí exceptuados los funcionarios exonerados o dados de baja, debido a que pierden su condición policial.

Asimismo, se establece como clara exigencia del tipo, que el sujeto activo realice la acción típica “abusando” de su función o cargo.

No se trata de causar una muerte dentro de la faz negativa de la antijuricidad o como consecuencia preterintencional o culposa, sino que debe ocasionarse un homicidio, excediendo, “abusando” de sus funciones.

Abusa del cargo o de la función, quien aprovecha las facilidades que le otorga la condición que ostenta para cometer el homicidio.

El art. 1071 del Código Civil establece que “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*”

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Haciendo una paráfrasis de esta concepción podría decirse que es abusivo un acto, desde un criterio subjetivo, cuando es ejecutado con la intención de dañar, y desde un punto de vista objetivo, cuando se lo ejercita de manera antifuncional, contra las finalidades que la ley tuvo en cuenta al

¹² Laje Anaya Justo “La condición de la víctima y el homicidio calificado”, p. 3 en “Semanario jurídico”, N° 1373 del 8/2/02.



reconocerlo o excede los límites impuestos.

Para explicar ello Prieto Molinero se centra en que el ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por “abusivo” cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la propia ley para calificarla de esta manera. Y, cuando esto ocurra, habremos entrado en el terreno del injusto, dado que nos encontraremos ante una conducta que sobrepasa la faz negativa de la antijuricidad. Por eso, el ejercicio calificado como “abusivo” respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita.¹³

Es entonces que el delito exige “abuso del cargo”, es decir, ejercicio efectivo de aquella condición de funcionario.

Aquí, surge otra de las cuestiones esenciales a individualizar, esto es, el sujeto activo que queda alcanzado por la norma, pues, sólo puede perpetrar este delito un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Para ello, resulta conducente realizar un acto de valoración de los términos empleados.

Así, por “Fuerzas de Seguridad” debe entenderse a todos los integrantes de la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeronáutica.

En las “Fuerzas Policiales”, están comprendidos los miembros de la Policía Federal, las Provinciales y la Metropolitana y en las “Fuerzas del Servicio Penitenciario” quedan incluidos aquellos agentes que integren las instituciones estatales que tienen a su cargo el cuidado y custodia de las personas privadas de su libertad en calidad de detenidos, procesados, o condenados, alojados en establecimientos carcelarios. Esta función puede ser permanente o accidental y no refiere distinción entre rangos jerárquicos o funciones. En cambio, será necesario comprobar que el autor estaba en ejercicio de sus funciones.¹⁴

Se trata de un delito especial impropio que sólo puede ser cometido por un sujeto que reúna las condiciones exigidas por el precepto legal.¹⁵

En este sentido, “La agravante incorporada por la reforma en el inciso 9º del artículo 80 del Código Penal, motivada por la creciente intervención de efectivos de fuerza de seguridad y

¹³ Revista Derecho Privado, Año I-Nº2-October 2012; Reforma del Código Civil I, Aspectos generales. Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso; Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; p 209/216.

¹⁴ Véase Tipo Objetivo por Claudia Verde; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p 306/307.

¹⁵ Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p 39



penitenciarias en diversos delitos contra las personas, la libertad y la propiedad que se han producido en los últimos tiempos, en donde se ha llegado a comprobar que los prenombrados actuaban a veces como miembros o jefes de bandas delictivas. Es por eso que la calificante agrava la pena ante el hecho de matar abusando de la función o cargo que desempeña el sujeto activo, lo que importa exceder los límites que la ley le acuerda llegando a dar muerte a una persona en forma arbitraria y violando claramente los deberes propios de su función”. (CPen.Exhortos de Catamarca, 2-8-2005, “S.,R.C.”, LL NOA 2005).

Sujeto Pasivo

El sistema utilizado por el Código Penal para establecer circunstancias particulares de los sujetos, se ve referenciado en el inciso **1° del artículo 80** que castiga cuando el homicidio recayera sobre “*su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia*”; o en el **artículo 119** cuando dispone que “*abusare sexualmente... y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente...*” o el **artículo 133** cuando fija que: “*Los ascendientes, descendientes, cónyuges,...que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores*”.

A su vez, existen referencias equivalentes cuando derivados de los sujetos en los **artículos 82** del Código Penal: “*Cuando en el caso del inciso 1° del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1° del artículo anterior...*” el **artículo 92** del Código Penal enunciando: “*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80...*”, en el **artículo 105** del Código Penal formulando: “*Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 ...*”.

El **artículo 107** del código penal formula: “*... serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge*” en el **artículo 185** cuando reza que: “*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:...1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta...*” y en la privación de la libertad, del **artículo 142** ya que “*Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:...2°. si el hecho se cometiere en*



la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular; ...”.

En estos tipos penales el legislador demuestra su claro interés, en modificar la responsabilidad criminal, de acuerdo a su calidad especial.

En el caso del inciso 8° que lo hace cuando fuere cometido contra un *“miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función cargo o condición”*, siendo la contracara de la agravante que nos encontramos comentando ya que se tiene en cuenta la calidad de la víctima, ya sea por el vínculo personal o por la condición o cargo que ésta ostenta. En el Inciso 9° el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, ya que no establece algún requisito dentro de la norma, incluso un miembro de las fuerzas de seguridad.

Acción Típica

La acción consiste en *“ocasionar la muerte de cualquier persona por el abuso de la función o cargo de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”*.

Jorge Buompadre¹⁶ establece que el homicidio consiste en matar a otro y sus elementos constituyen una acción u omisión causal, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir la vida. La acción es la de *“matar a otro”*, siendo un delito de comisión.

Ahora bien, el tipo penal no establece un medio específico de comisión por lo que cabría la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal.

La norma establece que *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.*

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

Es claro que, la figura contempla en forma expresa el empleo de violencia o intimidación por medio de un arma de fuego.

¹⁶ Comentario al art. 79 del en Código Penal Comentado www.pensamientopenal.org.ar



Ahora bien, el hecho del homicidio se encuentra agravado por haber sido cometido por abusar de su función como miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario; lo cual podrá ser de cualquier forma de abuso que termine con la vida de la víctima.

D'Alessio expone que es discutida la aplicación de la agravante a la figura del homicidio desde que dicho delito ya incluye la seguridad del daño mayor imaginable en las personas (la muerte).

Sobre el punto, sería interesante debatir sobre la aplicación de la agravante uso de arma de fuego por parte de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, ya que tienen un régimen propio y diferenciado con respecto a su utilización.¹⁷

Mas allá de esta consideración la aplicación genérica del art. 41 bis no es pacífica. Sobre el punto, Alejandra Andrea Nader¹⁸ estudia las interpretaciones dadas por distintos Tribunales.

Explicó que, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba entendió que¹⁹ la naturaleza jurídica del art. 41 bis del C.P. la regla no es una mera agravante general, sino que la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquéllos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en la que se dice que sólo es posible considerar que la utilización de un arma de fuego no determina per se un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en particular.²⁰

Tipo Subjetivo

¹⁷ Capítulo X, Superintendencia de Planificación y Desarrollo, Reglamento General de Armas y tiro (RGPFA N 8).

¹⁸Nader, Alejandra Andrea, Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad” en Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales; Mayo de 2011, A2.VI. <http://iniure.unlar.edu.ar>. p 163/172.

¹⁹ “En los autos "Nieto Víctor Hugo p.s.a. Homicidio, etc. “Recurso de Casación" Sala Penal y mediante Sentencia Número Setenta y Cuatro del veintisiete de agosto de dos mil tres.

²⁰ mediante Sentencia pronunciada en los autos "Clari, Gaspar M. p.s.a. Homicidio -Recurso de casación" con fecha 16 de junio de dos mil cuatro.



Si bien la figura admite tanto el dolo directo como el eventual, Villada sostiene que el delito exige dolo especial. En concreto, al momento de dar muerte se debe tener conciencia de que se está excediendo o abusando de las funciones.²¹

No basta la sola cualidad funcional del autor (*delicta propria*), sino que es necesario que el homicidio se produzca abusando del cargo o función. Por consiguiente, el delito es compatible sólo con el dolo directo porque se debe tener conciencia al *momento de matar* que se está excediendo o abusando de sus funciones y no obstante obrar con voluntad homicida.

La norma es restrictiva en tanto exige, como elemento subjetivo del tipo, que el sujeto activo cometa el homicidio “*abusando de su función o cargo*”, lo cual importa el aprovechamiento de las atribuciones que legalmente posee para el ejercicio de las tareas que su empleo o puesto jerárquico le imponen para el resguardo de las personas y de sus bienes. De no existir tal aprovechamiento por parte del funcionario, de haber ejecutado el homicidio sin utilizar las facilidades que tales atribuciones legales le brindan, ello excluye la circunstancia agravada y lo ubica en el tipo básico.

Ahora bien, quien mata dolosamente en dicho contexto, es decir, quien lo hace mediante el uso de los medios o facultades que le provee el estado por su situación de revista, queda inmerso en el artículo 80 inciso 9° del Código Penal, siempre que no resulte amparado por una causal de justificación o exculpación.

La jurisprudencia ha entendido que actúa amparado en la legítima defensa el oficial de policía que, en el marco de un enfrentamiento armado, iniciado luego de dar la voz de alto al constatar que dos delincuentes estaban perpetrando un robo en un local, disparó fatalmente contra uno de ellos, ya que el accionar del encartado se exhibe justificado desde la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión ilegítima y a cuenta de la legislación que rige la actuación de los integrantes de la policía.” (CNCrimCorr, Sala VII, 21/12/2007, “Pintos Omar” LL, 2008-A-45 y DJ, 2008-655).

Sobrepasando el actuar justificado, el artículo 35 del Código Penal establece el supuesto de exceso en el ejercicio de una causa de justificación; en donde el autor inicia su actividad amparado en un tipo permisivo pero la agota antijurídicamente, excediendo el ámbito de la causal justificante.

22

²¹ Véase Tipo Subjetivo por Claudia Verde; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p 307.



Cuando el autor que se encuentra inmerso en el ámbito de su competencia funcional produce la muerte de una persona, sin hallarse amparado por un tipo permisivo, se excluye de la esfera de atribuciones legalmente asignadas para el cumplimiento de las tareas de su cargo. Ello es así en razón de que el ordenamiento jurídico no obliga a sus agentes a cometer injustos penales como parte del ejercicio de sus tareas.²³

En esa inteligencia, el artículo 13 de la ley 13.482 de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires establece entre los principios básicos de actuación policial, el ejercicio de *“la fuerza física o coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión empleados por el funcionario policial, se persista en el incumplimiento de la ley o en la conducta grave y utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del infractor y siempre que no le inflingiera un daño excesivamente superior al que se requiere hacer cesar”*. (inc. f) recurriendo *“al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para las vidas de las personas o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese peligro, debiendo obrarse de modo de reducir al mínimo los daños a terceros ajenos a la situación. Cuando exista riesgo de afectar la vida humana o su integridad, el policía debe anteponer la preservación de ese bien jurídico al éxito de la actuación o la preservación de bien jurídico propiedad”* (Inc. i).

Los Jueces de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional establecieron que *“Al tiempo del suceso, el autor pertenecía al numerario de la Policía Federal Argentina –institución que desconocía su actividad de custodia privada ese día-, como el uso del arma reglamentaria que le fuera confiada por aquella fuerza de seguridad, con la que diera muerte a la víctima, además de que, bajo tal condición, se acreditó cuando se constituyeron en el lugar los funcionarios de prevención, exhibición de una credencial mediante.*

Si la víctima no portaba un arma de fuego, sumado a que luego de que recibiera los disparos, se escucharon otras detonaciones, por lo que el imputado no pudo haber repelido una agresión, resultan elementos suficientes para afirmar que el imputado no fue víctima de una agresión ilegítima por parte de la víctima que haya justificado su accionar, primera y esencial

²² Zaffaroni Eugenio R. –Alagia Alejandro –Slokar Alejandro, Derecho Penal, parte general, 1º edición, Ediar, Buenos Aires, 2000, p 616

²³ Revista de Doctrina Judicial, año 2010, pg.2426/2437



condición para que sea procedente la legítima defensa.

Habrà de excluirse la posibilidad de un exceso, puesto que se ha descartado la existencia objetiva de una situación de legítima defensa, ya que solo existe legítima defensa cuando la acción defensiva es necesaria para repeler la agresión: descartada como esta la agresión, mal puede analizarse la necesidad de la defensa o la racionalidad del medio empleado. Descartado ese peligro, tampoco procede el estado de necesidad disculpante, como causal excluyente de la culpabilidad.” CNCCorr., sala VII, 2-3-2005, “A., R. D. –procesamiento y falta de mérito-homicidio agravado”, c.25.936.

Otra consideración judicial afirmó: *“se ha dicho que resulta improcedente aplicar la agravante prevista en el art. 80, inc. 9º del Cód. Penal, al homicidio cometido por un policía cuando se encontraba fuera de servicio, pues, tal circunstancia, pone en evidencia que no ha existido abuso del cargo exigido para la configuración de la mencionada agravante”.*²⁴

También, como causal de justificación, se puede encontrar el estado de necesidad exculpante. En el caso “Russo”, se resolvió que *“Si el policía imputado, en atención a su grado y situación de revista, no podía desconocer las recomendaciones que efectúa la orden del día número 7 de la Policía Federal Argentina, respecto de la necesidad del uso del arma reglamentaria y los pasos previos a seguir, ello autoriza a pensar que su accionar ante la situación de un individuo que no acata la voz de alto y de descender del automóvil, de acercarse a la ventanilla del automóvil del acompañante, sin tomar ningún recaudo por su propia seguridad, fue al menos imprudencia o se erigió en un aumento del riesgo en su propio perjuicio, lo cual lo expuso al riesgo del que estimó se estaba defendiendo. Pretender que la actuación previa del imputado importó una decisión encaminada al resultado del proceso –el cual terminó con la muerte del tripulante del vehículo– sería adjudicarle intencionalidad dolosa, en tanto no de otro modo podría considerarse el disparo efectuado. Admitir que la actitud previa del incurso causó el resultado, importaría que una actividad negligente y antirreglamentaria conforma el aspecto subjetivo de un delito doloso. Este planteo sólo guardaría similitud con la teoría de la “actio libera in causa”, que no es admisible.*

El accionar del imputado de acercarse, arma en mano, a la ventanilla del occiso no puede considerarse una agresión ilegítima en tanto el inculpado actuó en el marco de su deber jurídico. La conducta no puede atribuírsele a título de delito si a partir de la vista que portaba el occiso, la

²⁴ Cámara Penal y Exhortos, Catamarca, 2/8/05, LLNOA, 2005-1200.



*actitud posterior del disparo se encuentra abarcada por una causa de inculpabilidad en tanto a nadie le es exigible dejarse matar. Así, si el policía creyó hallarse amparado por una causa de justificación inexistente, si se considera que su actuar negligente constituyó una provocación suficiente al momento de ver el arma del sospechoso, se erigió en un error invencible para él, que torna su conducta inculpable. Sin perjuicio de ello, de no resultar admisible el error invencible sobre la jurisdicción de la conducta, el imputado, al momento de hallarse frente al arma que lo apunta ingresa en una situación de necesidad exculpante, para la cual resulta indiferente que su actitud precedente resultara provocadora, en tanto la fórmula del art. 34 inciso 1° del C.P., no prevé ninguna exclusión para quien provocó la situación de necesidad, como si lo exige el estado de necesidad”.*²⁵

Consumación y Tentativa

Una acción punible se considerará consumada cuando concurren todas las circunstancias que conforman el tipo objetivo y el subjetivo.

De esta forma, en lo que respecta a la agravante que nos ocupa, el delito se consumara cuando se produzca la muerte de cualquier persona por el abuso de la función o cargo de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Por tratarse de un tipo penal de resultado, se admite en esta figura, al igual que en las demás receptadas por el art. 80 del Código Penal, la tentativa.²⁶

D’Alessio entiende que la tentativa constituye un delito incompleto, más no por la ausencia de sus requisitos típicos estructurales, sino porque éstos no se han podido realizar en el tiempo.

En consecuencia, se afirma que el art. 42 del Código Penal establece un dispositivo amplificador de la tipicidad, mediante el cual se capta la acción desde el momento en que el agente comienza su ejecución.

Zaffaroni explica que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el

²⁵ CNCrimCorr, Sala IV, 22/3/05, “Russo Edgardo H”, c. 24.730, voto de la Dra. Garrigós de Rébori.

²⁶ Si bien en algunos de los incisos del art. 80 del CP existen discusiones en cuanto al momento de la consumación.



autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre ésta y aquel no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor.²⁷

En este sentido, cabe tanto la llamada tentativa acabada, cuando el autor durante la ejecución, al menos con dolo eventual, puede juzgar que la consecución ya puede producirse sin necesidad de otra actividad de su parte para consumir el resultado; como la inacabada, cuando se interrumpe la acción ejecutiva, es decir, el autor no ha realizado todo lo que, según su plan, es necesario para la producción del resultado y desde un punto de vista objetivo no existe peligro de que ésta tenga lugar.

28

Penalización. Prisión Perpetua. Cuestiones sobre la Constitucionalidad.

La pena prevista en el artículo 80 del Código Penal es de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 –accesoria por tiempo indeterminado–.

²⁷ Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal, parte general; EDIAR; segunda edición; año 2006.

²⁸ Ricardo Levene “Conductas agravadas por los delitos contra la vida y propiedad cometidos por miembros de la fuerza de seguridad que introduce la ley 25816 al Código penal de la Nación”; Adla; 2004.



Ambas penalidades están cuestionadas en su constitucionalidad, tanto la prisión perpetua²⁹ como la pena accesoria por tiempo indeterminado.³⁰

Ricardo Núñez relativiza esta perpetuidad diciendo que no es absoluta, por cuanto aun cuando tal situación pueda darse, la admisibilidad de la libertad condicional puede limitar esa duración. Junto a ello señala que, con carácter de eventualidad, los institutos de amnistía, indulto o la conmutación de pena también podía hacer excluir la perpetuidad. Por su parte Soler sostiene que las penas perpetuas, sin embargo, pueden tener un límite, pues el artículo 13 hace procedente, aun en

²⁹ “Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo” (Expte. letra “B” n° 135579, año 2006, Secretaría N° 21), de fecha 02-11-07 Excma. Cámara Undécima en lo Criminal Córdoba, bajo la Presidencia del Dr. Nereo Héctor Magi, e integrada por los Sres. Vocales Dres. Graciela Bordoy y Daniel Ernesto Ferrer Vieyra con la intervención de Jurados Populares. **2)** Caso B.C., C.R, SCBA 18-04-07, condenado a prisión perpetua declarado reincidente, llevaba cumplido 42 años de prisión, la Suprema Corte de Buenos Aires consideró que impedir la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar, a través de una presunción iure et de iure, que la ejecución de la pena pueda surtir un efecto resocializador, finalidad consagrada constitucionalmente en la persona del delincuente lo que le impide absolutamente reintegrarse a la sociedad, vulnerándose derechos fundamentales del ser humano; **3)** Caso Arzani Vilma Rosa Homicidio doblemente calificado –similar al caso sub lite- en donde la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal Sala Segunda de Rosario 28-12-07 declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto de la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto se entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión perpetua dado que no aparece como muy sincero fundar la resocialización de la condenada, con cincuenta y seis años de edad, que recién tendrá la posibilidad de recobrar la libertad solamente a partir del transcurso de treinta y cinco años todo lo cual llevó al tribunal a imponerle una pena de prisión temporal. **4)** Catan Alberto Irineo s.d. homicidio doblemente calificado por el vínculo y alevosía e.p. Raúl Alberto Catan. Sentencia de fecha 13.05.08 Expte 6366 Excma. Cámara de Juicio Oral de Tercera Nominación Santiago del Estero (voto. Juan Carlos Storniolo –disidencia parcial-) Declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua con otros fundamentos a los casos citados anteriormente.

³⁰ CSJN “Marcelo Eduardo Gramajo s/ Robo en grado de tentativa- El Tribunal Oral en lo Criminal condenó al imputado a la pena de dos años por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente, (arts 42, 45, 164 y 50 del CP). También declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 CP, sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado se le aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. El MF interpuso contra dicha resolución recurso de inconstitucionalidad ante la CNCas Pen sosteniendo que la interpretación del art 52, efectuada por el tribunal aquo, resultaba errónea dado que la mencionada norma no es inconstitucional. La Casación Nacional casó la sentencia haciendo lugar al reclamo fiscal contra ello la defensa oficial dedujo recurso extraordinario cuya denegación originó presentación directa. La CSJN resolvió hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Coincidimos con la decisión de la Corte que más allá la heterogeneidad ideológica y profesional de sus integrantes han coincidido sobre la inconstitucionalidad de la pena (mal llamada medida de seguridad) de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.



tales casos, la libertad condicional, y la pena queda extinguida si transcurren cinco años sin que aquella sea revocada (artículos 13 y 16 Código Penal) En consecuencia, la pena verdaderamente perpetua es la que se impone a un sujeto a quien no puede acordarse libertad condicional, ello es, a los reincidentes (artículo 14 CP) o la que se aplica por revocarse una libertad condicional concedida, en virtud del artículo 17 CP.

Estos fundamentos están creando, en la opinión del Dr. Storniolo, una disyuntiva en el marco de la perpetuidad entre pena “verdaderamente perpetua” y la que “no es verdaderamente perpetua” generando una evolución jurisprudencial parsimoniosa en relación a la declaración de inconstitucionalidad. La individualización en abstracto que formula el legislador al imponer pena privativa de la libertad a perpetuidad en sí misma es inconstitucional. La naturaleza jurídica de la coerción personal no puede amparar, de ningún modo, la innocuización o neutralización a perpetuidad de una persona. Por otra parte, en el plano hermenéutico no se puede hacer depender un derecho constitucional –libertad y reinserción social- de condiciones personales³¹ o, de la voluntad discrecional de la autoridad³².

A continuación se reproducen algunos puntos del voto de minoría del caso Catan donde se sostuvo la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, entre otros, con los siguientes argumentos:

° “la pena de prisión o reclusión perpetua anula el derecho a la reinserción social del condenado pues, no obstante las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico para recuperar la libertad ambulatoria, ya sea, libertad condicional, conmutación de penas o indulto, dichas circunstancias solo beneficia a algunos y no a todos”

° “La pena de prisión o reclusión perpetua, aunque parezca una perogrullada, es imperecedera y, solo, en casos excepcionales, deja de serlo cuando el penado cumpliendo exigencias temporales,

Además, del voto de los cuatro primeros ministros Dres. Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, que nada dicen de la reincidencia simple, pareciera ser que han dejado abierta una ventana para la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia simple. Todos los integrantes coinciden en que no se trata de una medida de seguridad sino que es una pena y que afecta el principio de culpabilidad como así también el de non bis in idem.

³¹ Vg. que el condenado cumpla las exigencias carcelarias para ser beneficiario de la libertad condicional

³² Vg. el dictado de indulto, conmutación de pena o amnistía.



treinta y cinco años de condena, y conductuales, observancia regular de los reglamentos carcelarios, se encuentre en condiciones de acceder a la libertad condicional”.

° “Para éstos últimos –penados temporales- la reinserción social está garantizada al cumplirse las 2/3 partes de la condena o, eventualmente, al momento del agotamiento de la pena. Como se ve la solución normativa sólo garantiza aquel derecho al penado a prisión o reclusión temporal en tanto que el condenado a prisión o reclusión perpetua dependerá del cumplimiento de la condición estipulada por la norma infra constitucional”.

° “Sebastián Soler enseña que ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo ni la de sus derechos, como sucede con la pena de muerte o la muerte civil (Derecho Penal Argentino, T II, pag. 407 Editorial La Ley 1945). Citando a Finger, el prestigioso jurista argentino señala los siguientes caracteres: *humanidad del medio penal* –no debe adoptarse como castigo-, *moralidad* –tender al mejoramiento del individuo-, *personalidad* –aplicar al culpable-, *igualdad* –debe significar lo mismo para todos los que la sufren-, *divisibilidad* –importa la adaptación perfecta al caso-, *economía* –exigir al Estado el menor sacrificio posible-, *revocabilidad* –siendo imposición humana es admisible el error- a lo que el autor le añade una característica propia, *mínima suficiencia* –la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con mínimo de lesión- (Obra citada, pag. 408)”.

° “La denominación prisión o reclusión “perpetua”, ontológicamente, hace referencia a una pena inextinguible que se agota con la vida del penado. Es decir, agotamiento de pena y muerte del condenado se consuman en un mismo acto. De admitirse esta aseveración se estaría desnaturalizando la reinserción social como derecho constitucional”.

° “La prisión o reclusión perpetua, como institución jurídica, si bien podría servir como prevención general negativa aparece como insustancial desde el plano de la prevención especial positiva dado que el encierro perpetuo no es constitucional”.

° “En el análisis propuesto el eje de la cuestión no pasa por la “posibilidad” de recuperar la libertad ambulatoria sino en determinar la viabilidad constitucional, dentro de un Estado de Derecho, si un derecho de raigambre constitucional, como en el caso sometido a examen, -reinserción social- puede estar condicionado al cumplimiento de exigencias legales en cierto casos y en otros no”.



° “El penado en sí mismo, como sujeto autónomo, ya sea a prisión o reclusión temporaria, o, a prisión o reclusión perpetua no tiene un tratamiento igualitario dentro del ordenamiento jurídico ya que en la *primera hipótesis* mencionada precedentemente recobraría la libertad a través de la libertad condicional o, en su defecto, al cumplimiento temporal de la pena. En el caso de revocatoria de aquel (artículo 15 CP) igualmente tendría la posibilidad de recuperar su libertad al cumplimiento de la pena y, por ende, ejercer plenamente el derecho a la reinserción social. En cambio, en la *segunda hipótesis*, el penado a prisión o reclusión perpetua sólo recuperaría la libertad en caso de cumplir las exigencias que impone el instituto de libertad condicional, única alternativa posible, a más de las ya expuestas, conmutación o indulto que dependen pura y exclusivamente del poder político. Para el caso de obtener la libertad condicional y ser revocada (artículo 17 CP) aquel derecho desaparece”.

° “La pena del ergástulo, pena de cárcel perpetua, según Ferrajoli contradice radicalmente los principios liberales y democráticos del ordenamiento jurídico añadiendo que muchos autores de la ilustración, desde Beccaría a Bentham y Constant, la consideraron más aflictiva y aterradorante que la pena de muerte.³³

° “El principio de humanidad, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, impone en toda legislación el respeto por el ser humano y, en materia penal, a la humanización de la pena. La pena privativa de la libertad perpetua –en general- lesiona la intangibilidad de la persona humana. “Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad. (Voto Dr. Carlos S. Fayt) Fallos 313:1262”.

° “La pena de prisión o reclusión perpetua no guarda relación con el principio de proporcionalidad que informa la función retributiva de la pena que acrecienta las posibilidades de lograr la resocialización del encartado”.

° “En un Estado de Derecho, la pena efectivamente perpetua es inhumana y degradante porque lesiona el principio de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, entre otros”. “La imposición de una pena inhumana o degradante lesiona siempre el principio de proporcionalidad, por ende el de culpabilidad, y es un acto impropio de una república. (Voto del Dr.

³³ *Ergastolo e diritti fondamentali* publicado en *Dei delitti e delle pene*, n2, 1992, ps 79-87. Traducción de José Hurtado Pozo



Sodero Nievas). STJRNSP: SE. <1/04> "S., H. A. s/ Homicidio simple s/ Casación", (Expte. N° 18754/03 - STJ), (04-02-04). Sodero Nievas - Balladini - Lutz - Nro. de sumario:43177”.

° “Que de lo expuesto surge claramente la inconsistencia de la pena de prisión o reclusión perpetua prevista en la legislación de fondo, artículo 80 del Código Penal, en función de los artículos 13, 15, 17 del mismo código como así también del artículo 17 apartado I “b” de la Ley 24.660, con los dispositivos constitucionales mencionados anteriormente, a saber: artículo 18 de la Constitución Nacional; artículo 75 inciso 22 Tratados Internacionales con jerarquía constitucional: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10-1, artículo 10-3: Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 5-6 lo que me lleva a sostener la inconstitucionalidad de la prisión o reclusión perpetua sin que esto signifique desconocer que dicha circunstancia conlleva un acto de suma gravedad institucional”.

° “Declara inconstitucional, en el caso concreto, la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión o reclusión perpetua modificándolo por la pena de prisión temporal...”

Por último, compartiendo el criterio sobre el punto en cuestión y en similares términos el Tribunal en lo Criminal n° 1 del departamento judicial de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el pasado 13 de mayo del año 2013, con el voto de la mayoría de sus integrantes (esto es, del voto del distinguido Dr. Mario Juliano³⁴ y del Dr. Ernesto Juliano), han declarado la inconstitucionalidad de la Prisión Perpetua, manifestando al respecto que “...*La prisión perpetua es una pena cruel, inhumana y degradante. La Constitución Nacional establece que las cárceles tienen por finalidad la resocialización del delincuente y que las condenas deben apuntar a ese objetivo. Y la cadena perpetua se contradice con esos principios; ergo, es inconstitucional(...)* Agrega el voto de la mayoría “...*La imposición de una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, principios inherentes al estado democrático y republicano de derecho(...)* Impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado

³⁴ *Ergastolo e diritti fondamentali* publicado en *Dei delitti e delle pene*, n2, 1992, ps 79-87. Traducción de José Hurtado Pozo



reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador –consagrada constitucionalmente– en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano...”³⁵

Jurisprudencia:

I. Los hechos traídos a juzgamiento encuadran dentro de la calificación legal de homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función como integrante de la fuerza policial, para lo cual previamente deberá destacarse cual es la estructura típica..., especie que se encuentra prevista y reprimida por el artículo 80, Inc. 9 del Código Penal (incorporado por ley 25816, promulgada el 5/12/03).

La norma legal referenciada dice: “se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua,... al que matare: 9. abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario...”.

En el caso se trata de un tipo de los llamados *delicta propria*, ya que requiere una característica especial en el sujeto activo – ser miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario-.

La misma queda configurada cuando se cumplen, claro esta, la totalidad de los elementos requeridos por el tipo, a saber, aspectos objetivos y subjetivos.

En cuanto al primero nos encontramos como presupuesto básico con la necesidad de la exteriorización de la voluntad. Dicha exteriorización es requerida ya que no puede considerarse que una conducta tenga relevancia penal sin que dicha “conducta prohibida” se haya exteriorizado en el mundo físico.

En cuanto al segundo de los aspectos (el subjetivo), tenemos un hecho que para ser doloso requiere, obviamente, como aspecto interno fundamental, el conocimiento efectivo de los elementos que configuran la parte objetiva del tipo.

³⁵ Tribunal Oral N° 1 de Necochea, 13 de mayo de 2013 “Máximo Matías Rodríguez Ajarg (Vma.) s/ homicidio agravado por la participación de dos o más personas



Requiere también el elemento conativo, esto es la intención de llevar a cabo la conducta realizadora del tipo (de la cual se tiene conocimiento) lo que quedaría configurado en el homicidio simple (Art. 79 Cód. Penal), si el autor quiso causar la muerte y en su representación mental se lesiono los medios para llegar a ese fin.

En el caso del homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función como miembro de la fuerza policial (Art. 80 Inc. 9 Cód. Penal) cuando a lo expuesto, se le agrega el elemento normativo que se da por abusar de su función o cargo, del cual también se debe tener conocimiento y como consecuencia lo utiliza para obtener el resultado querido, como ser la muerte.

El hecho del homicidio se encuentra agravado por haber sido abusando de su función como miembro de la fuerza policial. Ello, en rol de autor.

Es dable definir qué se entiende por “abuso” de la función policial, y según el diccionario el abuso es un uso indebido, excesivo, o injusto.

En este caso el abuso de su función como miembro de la fuerza policial surge claramente y sin lugar a dudas toda vez que la situación que dio origen al accionar de los agentes esa noche, no facultaba al agente... para esgrimir el arma y menos aun para dispararle al conductor de la moto luego de que la misma sobrepasara su posición.

No es posible hablar de una agresión intencionada contra los efectivos policiales pero no obstante ello, aun si el agente hubiera considerado que por dicha situación existía un peligro inminente respecto de su persona o la de sus compañeros, tampoco es posible validar un accionar que fue notablemente desmedido para repeler tal agresión.

Máxime teniendo en cuenta que el disparo lo realizo luego de la supuesta agresión, y que sus compañeros, en forma conteste, admitieron que nos extrajeron sus armas porque la situación no lo ameritaba.

Ahora bien, como se señalara supra, en todo momento debió representarse la posibilidad de ocasionar el resultado típico, máxime si consideramos su calidad de efectivo policial entrenado en el uso de armas, y mas aun, aceptar las consecuencias- muerte- como lógicas.

Este obrar doloso del agente lo fue en abuso de su función como miembro de la fuerza policial. (TOC N° 28, 6/12/05, Tarditi, Matías E., inédito)

II. En relación con el planteo de inconstitucionalidad...la sala entiende que corresponde rechazarlo, habida cuenta que no se advierte conculcación alguna de las garantías constitucionales



alegadas... en cuanto a la norma cuestionada, puede decirse que reconoce su génesis en diversos antecedentes legislativos que ingresaron en el Congreso Nación y de los que puede destacarse como uno de los mas importantes la ley 25742 que introdujo la reforma del articulo 142 bis del Cód. Penal.

Los proyectos originales de ley, mas allá de retoque de texto tenían una característica diferencial: la agravante que la ley 25816 se aplicaba también al secuestro extorsivo cometido por un policía, mediante un agregado específico al Art. 170 (Cáp. III, título VI del Cód. Penal, Daniel C. Varacalli, ley 25816. La igualdad en juego frente a la última reforma al Art. 80 del Cód. Penal, DJ, 2004- I- 391, P.392). Por ello, dada la vigencia de una calificación más gravosa, el proyecto se limitó en incrementar las penas para los casos de hurto o robo ejercidos por los integrantes de las fuerzas de seguridad.

Resulta conducente recordar cierto fundamentos de interés vertidos por la senadora Halak al momento de expresar su opinión sobre la citada ley, ocasión en la que sostuvo que no se puede "castigar con igual rigor con la comisión de un delito a un ciudadano común que a aquel a quien la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito. Hay allí una idea equivalente a la del Art. 902 del Cód. Civil que podría parafrasearse en que a mayor conocimiento y atribuciones debe imputarse mayor responsabilidad (Daniel C. Varacalli, op. Cit. 393).

Es que tal aseveración no deviene temeraria, ni mucho menos, pues se parte de la idea de que las fuerzas de seguridad son el estado mismo en acción cuando actúa en función del monopolio de la fuerza pública, por lo que, al ser agraviado dicho monopolio, se ve toda la sociedad afectada.

La policía es, por encima de todo, el brazo del monopolio estatal de la violencia. Sus acciones y sus omisiones – afirma Haussemer- deciden en buena parte sobre lo bueno y lo malo de la seguridad interna, sobre el éxito de una sociedad civil y sobre la protección de los ciudadanos en el caso concreto. Por eso se dirigen hacia ella no solo las expectativas de los que necesitan a diario seguridad, sino también las de los que desean un orden justo en la sociedad (Gustavo A. Arocena, homicidio de miembros de la fuerzas de seguridad pública, policiales y penitenciarias, LL, 2003, B 812 a 827.

Es decir, anular la voluntad de los legisladores de punir una determinada conducta que lesiona un bien jurídico- "So pena" de declaración de inconstitucionalidad de la manda sancionada- no resultado acertado cuando aquella responde a la potestad que ostenta el parlamento de delinear las políticas criminológicas a desarrollarse dentro del ámbito nacional, habida cuenta de la división imperante en nuestra república (Art. 1 const. Nac).



Tal es así el control de la constitucionalidad reservado a esta esfera de poder debe ejercerse sobre la razonabilidad de la norma atada, en función de los fines buscados y con respeto de los preceptos determinados por nuestra constitución nacional y no respecto de la política criminal que deben discutir nuestros representantes en el seno legislativo (Art. 22 y 39 const. Nac.).

A nuestro entender, y sin evaluar lo acertado de la norma atada, la misma no resulta violatoria del principio constitucional consagrado en el Art. 16, como se expuso, existen argumentos suficientes y razonables para agravar la responsabilidad del agente que se valiere de su posición frente a la sociedad para llevar a cabo la comisión de una conducta disvaliosa y que no puede asemejarse de manera alguna con la cometida por un ciudadano que no ostente tal posición.

Es por lo expuesto que se habla de rechazar el planteo de institucionalidad intentado por el recurrente. (CNCrim y Corr., Sala IV, 26/11/04, “Regina, Jorge A.” causa 25936, www.pjn.gov.ar).

III. a.- Tribunal Colegiado de la Ciudad de Trelew. Autos caratulados "Antillanca, Gonzalo Julián s/muerte - Trelew", Carpeta N° 3024, legajo N° 27022. Sentencia N° 893 del año 2012. Dres. Ana Laura Servent, Ivana María González y Alejandro Gustavo Defranco.

Descripción de los hechos: “... durante el curso de la madrugada y la mañana del día 5 de septiembre del año 2010, en un segmento horario comprendido, entre las 06.00 y las 7.08 horas, de aquel mismo día, los empleados policiales **S., A. y C.**, una vez concluida la actividad laboral, prosiguieron con sus tareas de prevención, permaneciendo por las inmediaciones de la denominada “**zona de boliches**”, lugar éste en que también se hallara, entre otras personas, la víctima del presente caso, Gonzalo Julián Antillanca, quien, concurrió aquella madrugada al boliche “**KU**”, próximo a “**MISTICO**”, junto a varios amigos, siendo visto, por última vez alrededor de las 6.00 horas, cuando éstos se retiraron del local bailable.

Así las cosas, alrededor de las 06.20 horas, en ocasión en que Gonzalo Julián Antillanca, caminaba en dirección a su domicilio, al transitar por la Rotonda “5 de Octubre”, y quizá, luego de haber participado de un entredicho con otras personas que también se desplazaban por el sitio, fue interceptado por los uniformados sindicados, a quienes se sumó el empleado policial del Comando Radioeléctrico **M.**, que había ingresado al servicio a las 06.30 horas de ese día, y asignado con el móvil policial R.I. 234 a la Jurisdicción de la seccional Cuarta, y así todos ellos a sabiendas de lo que hacían, con pleno conocimiento del resultado de sus acciones, mediando un excesivo abuso de sus funciones, y con el pleno dominio y control de la fuerza (tanto por la cantidad de uniformados presentes, cuanto por la portación de las armas reglamentarias y bastones -tonfas-



que esgrimían), con una clara distribución de tareas, teniendo cada uno de los intervinientes algo más que el dominio sobre su porción del hecho, y sabiendo que todo hubiese tenido un final diferente, con la sola intervención de uno sólo de los partícipes, en particular la que correspondía a la Oficial C., empleada de mayor jerarquía funcional en esos momentos, esto es impedir la muerte, teniendo a la víctima reducida en el piso, mientras uno de los uniformados le pisaba la parte posterior de su cabeza, otro lo hacía en la parte posterior de sus piernas, en tanto los restantes mediante la utilización de los bastones, que blandían al aire, evitaban el acercamiento de otras personas que deambulaban por el lugar y observaban lo que ocurría, pues el horario del acaecimiento coincidía con la salida de los boliches, todos le propinaron a Gonzalo Julian Antillanca, quien se hallaba sin posibilidades de resistir la agresión y en un estado de total indefensión, una brutal golpiza en distintas partes de su cuerpo, rostro, cabeza, tórax y extremidades, mediante trompadas, patadas, y con el uso de elementos contundentes (quizá los bastones de goma que portaban), algunos de cuyos rastros han quedado registrados en las prendas de vestir de la víctima (estos son las suelas de los calzados de los agresores).

Como resultado de la brutal agresión recibida, Gonzalo Julián Antillanca, sufrió las siguientes lesiones: “En el rostro: equimosis con excoriación de 3 x 3 cm. en región frontal derecha, adyacente al borde de implante piloso. En región frontal, 2 cm. por encima del tercio medio del arco superciliar, excoriación de forma ovalada a diámetro mayor horizontal de 3 cm., que asienta sobre un hematoma difuso, amplio, que involucra párpado superior de ojo izquierdo. En el borde externo de la órbita izquierda, adyacente a la cola del arco superciliar, una excoriación profunda ligeramente cuadrangular con prolongación anterior redondeada de alrededor 2,5 x 2 cm., que asienta sobre área equimótica que se fusiona con la descrita en el párrafo anterior. Sobre el extremo posterior de la apófisis zigomática izquierda, otra excoriación profunda de 3 x 3 cm., compuesta por trazos paralelos horizontales, que también asienta sobre área equimótica. Una serie de excoriaciones superficiales, irregulares, ninguna mayor de 1 cm. en ambas mejillas, alrededor de los surcos nasogenianos y labio superior. Este muestra lesiones puntiformes y el inferior, equimosis redondeada de 0,5 cm. en el lado derecho, con mínimo compromiso de la mucosa yugal. Adyacente a la comisura bucal derecha, una excoriación profunda irregular de 3 x 2 cm. en la región zigomática derecha, pómulo y mejilla, amplia excoriación profunda, forma rectangular de alrededor de 5 x 3 cm. con otras lesiones semejantes satélites a ésta. También asienta sobre área equimóticas. En la región maxilar inferior derecha y porción superior del cuello del mismo lado, presenta



excoriaciones profundas, de trazos horizontales... La nariz presenta movilidad anormal sin crepitaciones óseas... En esta asienta equimosis y excoriación, lo mismo en proximidad de la punta de ala derecha. En la cara interna de la 2da. Falange del pulgar izquierdo, se aprecia excoriación profunda de forma redondeada de 1 cm. de diámetro. En la región postero – externa del tercio proximal del antebrazo izquierdo, un área equimótica muy tenue de 6 x 5 cm. En el miembro inferior derecho, se observa excoriación superficial de 2 x 1 cm. sobre la cara externa de rodilla y otra de 1 x 1 cm. a nivel sub – rotuliano interno. En tobillo, una excoriación redondeada de menos de 1 cm. de diámetro a nivel retromaleolar interno en el izquierdo, tenue equimosis irregularmente distribuida en región rotuliana con pequeña excoriación de menos de 1 cm. de diámetro sobre la cara antero – externa de la rodilla. Otra equimosis de 4 x 3 cm. en cara anterior del tercio medio de pierna... A nivel bilateral de la región lumbar y lumboiliaca izquierda posibles lesiones presumiblemente equimóticas... Las lesiones descriptas, son de carácter pre-morten, de origen traumático, contusas, de diferentes intensidades, sin poder ser identificados los elementos productores, a excepción que éstos, serían romos, duros, sin filos o aristas evidentes...”; lesiones éstas que según el Cuerpo Médico Forense resultaron la causa generadora, directa e inmediata de su deceso.

La Fiscalía así presentó el caso, atribuyendo en cabeza de **S., A., C. y M** dicha materialidad infraccionaria.

La defensa técnica de los imputados apoyaron su estrategia en demostrar que los elementos mencionados por el Ministerio Público Fiscal en modo alguno alcanzaban para acreditar la autoría del hecho en cabeza de sus representados, por lo que correspondía la absolución de sus defendidos, o en su caso, le fuera aplicable el principio del in dubio pro reo.

El Tribunal Colegiado de la Ciudad de Trelew, decidió por unanimidad absolver a **S., A., C. y M** en orden al delito de **Homicidio Calificado (art. 80 inc. 9 del CP)**, por el hecho presuntamente ocurrido en fecha 05/09/10 entre las 06:00 y las 07:08 hs., en la rotonda 5 de octubre de esta ciudad y en perjuicio de quien en vida fuera Gonzalo Julian Antillanca; basando su fundamentación en la no credibilidad de los testigos y en la carencia de valor probatorio de la pericia genética; aplicando por tanto el beneficio de la duda a favor del imputado.

Contra ese pronunciamiento interpuso impugnación extraordinaria la Fiscalía y la querrela.



b.- Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial de Chubut. Autos “ANTILLANCA, Gonzalo J. s/muerte. Tw. ...”. Expte N° 22.755, F° 114, Año 2012.

En el debate el Juez Alejandro Javier Panizzi expresó que “...*En la sentencia atacada, al desmerecerse arbitrariamente los dichos de los testigo, esos efectos se trasladaron a los resultados de la pericia. Es que, si ponderamos aisladamente los aportes científicos, ellos son limitados, pero si los vinculamos con el conjunto de evidencias adicionales, de acuerdo al alcance dado en los párrafos anteriores, ese carácter desaparece*”.

Entendió que “... *El indicio referido a la configuración de una suerte de “espiral de violencia” que fue aumentando desde el incidente de los “Aballay” y culminó con la muerte de Julián, tampoco fue aceptado por el a quo pues los jueces consideraron que contravenía el derecho penal de acto*”. Cabe citar aquí, que el “incidente de los Aballay” sucedió horas antes del presente evento; ambas causas fueron acumuladas y en la sentencia el Tribunal de Primera Instancia dictaminó absolver a los imputados por el caso Antillanca y condenarlos por el delito de “Vejaciones” que tuvo como víctima a los hermanos Aballay.

Continuó su desarrollo explicando que “... *Para establecer la correspondencia, la relación entre particularidades de distintos delitos o una serie de éstos, y reflexionar si en cada uno existen iguales aspectos, no hay otra posibilidad que examinar hechos anteriores. No para fundar la peligrosidad del autor, sino para determinar un singular rasgo de comisión. Es decir, para desentrañar si la modalidad de un hecho, se corresponde inequívocamente con otros ya probados.*

Los hechos del pasado son parte de la realidad, y los jueces no están obligados a darles la espalda, si éstos son relevantes para contrastar el peculiar modo de ejecución de un hecho juzgado con otro que se está juzgando en el presente. El límite, claro, será la medida de culpabilidad del hecho presente, pero no los aspectos concernientes a la autoría de ese mismo hecho...no se incurre en el ejercicio de derecho penal de autor si para establecer, a modo de indicio, un aspecto del hecho juzgado, fuera del orden o común modo de obrar, el tribunal lo compara con el de otros hechos ya juzgados.

El caso Aballay demuestra una particularidad extraordinaria en la personalidad de los imputados: que eran capaces de golpear a los jóvenes que detenían”.

A su turno, el Dr. Jorge Pflieger opinó en similar sentido “*Invariablemente he sido del criterio que en el ámbito de libertad probatoria que consagra el ritual, las decisiones -casi una obviedad- pueden basarse tanto en prueba directa como circunstancial. Y esta última, los hechos*



indiciarios que son fuente de presunciones, pueden legitimar la verdad de una fijación fáctica (la adopción de hipótesis en conflicto). En otros casos he manifestado que el requisito de validez o de valor -incurro otra vez en campo trillado- es que esos hechos base de reflexiones estén debidamente sentados (no vale especular a partir de una especulación anterior, dispensas por la reiteración), sean coherentes, unívocos y además variados. En fórmula de viejo cuño: firmes, múltiples, precisos y concordantes. He persistido, también, en que debe aceptarse, a no dudar, que frente a un hecho indicativo –y en algún punto- pueda razonarse en otro sentido y que con ello aparezcan fisuras en la construcción de presunciones unívocas. Una última anfibología es posible, pero ello no desmerece la construcción si se acude, para resolver el problema, al argumento de la lógica prevaleciente, que no es sino la aceptación de la opción más fuerte en términos lógicos dentro de un esquema de reflexión medio normal. Lo que resulta inadmisibile es que -despejado el tema de la variedad y la existencia de base firme - el proceso de cavilación sea infundado o arbitrario; que se genere a partir del mero discurso del Juez; que sea el producto de un análisis pre-juicioso o infundamentado o que se utilice un argumento “ad hoc” para la validación del predicado. Así lo he formulado otras veces.”

El Dr. Daniel A. Rebagliati Russel votó en disidencia.

El Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial de Chubut resolvió admitir los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la Querrela en desmedro de la sentencia N° 893/2012, dictada por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Trelew y, en consecuencia, revocar dicho pronunciamiento y remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de aquella ciudad para la realización de un nuevo juicio. (Autos “ANTILLANCA, Gonzalo J. s/muerte. Tw. y su acumulado “ABALLAY....” (Expte N° 22.755, F° 114, Año 2012).



Bibliografía Consultada:

- Andrés José D'Alessio, Código Penal Comentado. Tomo I, Parte General, pg. 457.-
- Andrés José D'Alessio, Código Penal Comentado. Tomo II, Parte Especial, pg. 22.-
- Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, pgs. 39/40.-
- Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, Código Penal Comentado, Tomo I, Parte Especial, g. 811.
- Omar Breglia Arias, "Homicidios agravados"; editorial Astrea, 2009, pg. 465/470.
- Revista de Doctrina Judicial, año 2010, pg.2426/2437
- Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales; Mayo de 2011, A2.VI. <http://iniure.unlar.edu.ar>. "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" por ALEJANDRA ANDREA NADER. p 157/172.
- Revista Derecho Privado, Año I-Nº2-Octubre 2012; Reforma del Código Civil I, Aspectos generales. Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso; Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; p 209/216.
- Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, Directores BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Autora Claudia Verde p 303/311.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal, parte general; EDIAR; segunda edición; año 2006; ps. 649/650.