



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Trabajo de investigación Final de Abogacía

TITULO: La actuación de los miembros de las Fuerzas de Seguridad Nacional en el marco del cumplimiento del deber

TUTOR: Abogado Claudio Cuellar.

ALUMNO: Javier Horacio Escobar

TITULO AL QUE ASPIRA: Abogado

FECHA DE PRESENTACIÓN: 3 de febrero de 2020

TELEFONO: 0341-155797973

MAIL: jescobar1969@yahoo.com.ar

Reserva de tema

Cumplimentar comunicado UAI2

Yahoo/Buzón

- **javier escobar** <jescobar1969@yahoo.com.ar>
-

Para: marilina.miceli@uai.edu.ar

1 may. a las 15:11

Buenas tardes Dra. Miceli le escribo a los efectos de informarle mis datos personales, como así también los requisitos referentes a la presentación del Trabajo Final de la carrera abogacía. Soy alumno de la UAI sede Boulogne.

Nombre : Javier Horacio Escobar

DNI: 20837579

Matricula: J2 30425

Titulo trabajo final: ACTUACIÓN POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD EN EL MARCO JURIDICO DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

Explicación del problema: La ausencia de elementos del Instituto Jurídico de EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER plasmado en el art, 34 inc. 4 de Código Penal de la nación.

Problemática: La necesidad de que los operadores jurídicos cuenten con herramientas para dar solución a casos que llegan a los estrados judiciales, en los que intervienen funcionarios Públicos de las Fuerzas Federales encargados de cumplir la ley.

Relevancia de tema: La concurrente intervención de las Fuerzas de Seguridad en los delitos que acosan a la sociedad.

Metodología: Método nomológico Deductivo y Trabajo de Campo

Tutor: Dr. Claudio Cuellar.

Sin otro particular saludo a Ud. atentamente.

- **Marilina.Miceli@UAI.edu.ar**
-

Para:jescobar1969@yahoo.com.ar

2 may. a las 06:59

Tema registrado. Atte

Solicitud tutoría

solicitar tutoria de trabajo final3
Yahoo/Buzón

- **javier escobar** <jescobar1969@yahoo.com.ar>
-

Para:Claudio Cuellar

15 nov. a las 19:49

Tigre, 21 de Noviembre de 2019

Al Profesor:

Por la presente me dirijo a Ud. a los efectos de solicitarle considere ser mi Tutor/Director del trabajo final, cuyo titulo es: LA ACTUACION DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD NACIONAL EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER.

Sin otro particular lo saludo atte.

Javier Escobar

CLAUDIO CUELLAR

S_____ / _____ D

• **Claudio Cuellar** <estudioccuellar@gmail.com>

Para:javier escobar

18 nov. a las 15:51

Estimado Javier Escobar,

Por medio de la presente, y respondiendo a su correo anterior, le notifico fehacientemente la aceptación de la función que me ha encomendado, así como la pertinencia del tema que Ud. ha elegido para el trabajo final.

Sin otro particular,

Lo saluda muy atentamente,

Prof. Ab. Claudio Cuellar.

Mostrar mensaje original

• **javier escobar** <jescobar1969@yahoo.com.ar>

Para:estudioccuellar@gmail.com

18 nov. a las 19:14

Muchas gracias profesor.

[Enviado desde Yahoo Mail para Android](#)

Mostrar mensaje original

- -
 -
 -
-

- **Responder**
- ,
- **Responder a todos**
- o
- **Reenviar**

“Todo derecho que no lleva consigo un deber, no merece que se luche para defenderlo”.

(Mahatma Gandhi 1869-1948)

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa Adriana y mi Hijo por su eterno apoyo.....

A mis padres Javier y Zulma por enseñarme correctos valores humanos.....

A mis profesores que me guiaron en el camino del conocimiento del Derecho.....

Índice General

Capítulo 1

Introducción

1.1 Hipótesis

2.1 Objetivos Generales

2.2 Objetivos Particulares

3.1 Marco Teórico

4.1 Preguntas Orientadoras

Capítulo 2

1.1 El papel de los jueces y los operadores jurídicos en una sociedad democrática.

2.1 Trabajo de campo.

2.2 El procurador general de la Pcia de Santa Cruz respondía así.

2.3 Otros operadores jurídicos responden al cuestionario

3.1 Antecedentes del Código penal de la Nación Argentina.

3.2 Derecho Romano.

3.3 Influencia del Código Penal Español.

3.4 Influencia del Código Penal de Baviera.

4.1 Antecedentes Histórico de las Fuerzas de Seguridad en Nuestro País.

4.2 Gendarmería Nacional.

4.3 Policía Seguridad Aeroportuaria.

4.4 Prefectura Naval Argentina.

4.5 Policía Federal Argentina.

5. Análisis de las resoluciones de uso de armas para uso del personal de las Fuerzas de Seguridad y el desafío de unificar criterios para lograr el correcto encuadre jurídico dentro del marco de actuación

6.1 Epistemología

6.2 Método Nomológico Deductivo/Hipotético Deductivo

7. La inconstitucionalidad de las Normas procesales Penales dictadas Por el Poder Ejecutivo Nacional

8. Derecho Comparado.

9. Diferencia entre Derecho y Deber Jurídico.

Capítulo 3

Conclusiones

Anexo 1

Jurisprudencia 1

Jurisprudencia 2

Jurisprudencia 3

Anexo 2

Normas que regulan actualmente el uso de armas por parte de las Fuerzas de Seguridad Federales

Anexo 3

Artículos 18 y 19 Constitución Nacional Argentina

Artículo 9 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9 Convención Americana Derechos Humanos

Capítulo 1

Introducción

En el presente trabajo abordaremos la problemática que padecen los operadores judiciales penales a la hora de calificar jurídicamente un caso en su fuero, en donde deben participar funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley, dentro de los actos de servicio y en el cumplimiento de sus obligaciones, al defender bienes jurídicos protegidos.¹

Además se analizará el vacío legal que posee el instituto jurídico del cumplimiento del deber, ante la actuación de los agentes policiales y la necesaria utilización por parte de los operadores jurídicos de los elementos de la legítima defensa, por ausencias en el primero.

Plantearemos en el Capítulo 2 la obligatoria necesidad de los jueces de actuar con discrecionalidad ante las lagunas del derecho.

Mencionaremos los antecedentes históricos del Código Penal Argentino.

Dejaremos plasmada la cronología de la creación de las Fuerzas de Seguridad Nacionales, actores directos del Instituto Jurídico cuestionado en el presente trabajo de investigación.

La inconstitucionalidad manifiesta planteada por resoluciones ministeriales que crean actos procesales penales.

Daremos una mirada hacia el derecho penal comparado y como abordaron este tema los países hispanoamericanos.

Al final la propuesta de creación de elementos jurídicos que ayuden a los operadores jurídicos penales a calificar casos con mayor herramientas y poder determinar que

¹ “Los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: el honor, la libertad etc. Son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo alguno los protege o los tutela”. Eugenio Zaffaroni: 2006: *Manual de Derecho Penal*: 2da. edición Ediar: p. 372.

situaciones están circunscriptas dentro de la potencial inimputabilidad de los agentes de las fuerzas públicas art 34 inc. 4 del CP.

Palabras claves:

Cumplimiento del Deber - Legítima Defensa – Derecho - Deber

1. Hipótesis:

Cuando un funcionario público encargado de hacer cumplir la ley debe utilizar el armamento reglamentario o provisto para defenderse o defender a un tercero, en el marco del cumplimiento de la ley, dentro de los actos del servicio o siguiendo una orden legítima, en reiteradas ocasiones los operadores jurídicos del fuero penal suelen calificar el hecho aplicando el instituto jurídico de la legítima defensa (Art.34 Inc.6 C.P.), debido a una laguna en el Código Penal de la Nación.

Para estos casos el Instituto correcto a adoptar es el cumplimiento del deber (Art. 34 Inc. 4 C.P.), que carece tanto de elementos normativos, como de una esfera de actuación para el agente policial, herramientas jurídicas que resultan indispensables a la hora de aplicar correctamente al caso la calificación Jurídica debida.

2.1 Objetivos generales:

El objetivo del presente trabajo es crear normativa que ayude a resolver problemas que se plantean contemporáneamente en la dinámica sociedad actual, que se encuentra inmersa dentro un estado soberano de la que no solo debe poseer dentro de sus funciones el monopolio de la fuerza sino también tener por obligación respetar los derechos humanos de los ciudadanos.

2.2 Objetivos particulares:

Es procurar modificar el actual Art 34. Inc. 4 Código Penal y encontrar elementos jurídicos para aportar, solucionar y ayudar tanto a los operadores jurídicos del derecho penal a resolver los casos que se plantean a diario, como así también a los agentes de las Fuerzas de Seguridad a cumplir con sus obligaciones, deberes y servicios en las tareas que desempeñan.

3.1 Marco teórico:

El problema planteado se pone de manifiesto cuando un funcionario público encargado de hacer cumplir la ley en el ámbito de actuación de sus funciones, utiliza armamento provisto para hacer cesar una situación de peligro inminente hacia su integridad física o para la defensa de terceras personas. La elección de la calificación jurídica suele inclinarse de un instituto jurídico a otro, es decir, del cumplimiento del deber hacia el de legítima defensa. Esta toma de decisión no es producto de un error en la calificación, sino de la ausencia de elementos que carece la primera figura legal mencionada.

A continuación y para introducirnos en el tema planteado proponemos definir los conceptos de Fuerzas de Seguridad, ámbito de actuación, Funcionarios Públicos encargados de hacer cumplir la ley, armamento provisto, peligro inminente, calificación jurídica, instituto jurídico, cumplimiento del deber y legítima defensa.

3.1 Las Fuerzas de Seguridad:

Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española: son un cuerpo o una fuerza de la Administración pública que vela por la seguridad de los ciudadanos.² Son organismos públicos que funcionan como brazo ejecutivo del Poder Judicial,

² Consulta efectuada 01/11/19 17:10 hs. <https://dle.rae.es>

empleando la fuerza para hacer cumplir la ley, las fuerzas de seguridad representan el Monopolio de la fuerza que es la característica definitoria de un Estado moderno.

La función más habitual de las Fuerzas de Seguridad es la de Policía, es decir, la investigación de los delitos, la captura y custodia de los sospechosos y el mantenimiento del orden público.

3.1.1 Ámbito de Actuación:

Las Fuerzas de Seguridad Nacionales concepto:

“La Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y la Policía de Seguridad Aeroportuaria, ejercerán competencias policiales propias del Estado Federal según las misiones, funciones y jurisdicciones territoriales que para cada una de ellas se determinan en la presente ley”. (Art 1: Ley 17711, sustituido por Art100: Ley 26.102 B.O. 22/6/2006)

3.1.2 Funcionarios Públicos Encargados de Hacer Cumplir la Ley

Acorde Resolución ONU 34/169: Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

a) La expresión funcionarios encargados de hacer cumplir la ley incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de

funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

c) En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

d) Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en Responsabilidad Penal. (Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, Art 1: Resolución ONU 34/169: 1979)

3.1.3 Armamento provisto o reglamentario:

De acuerdo con el art.1022 R.I. P.N.A: Es toda arma corta como arma larga, entregada a las Fuerzas de Seguridad para el cumplimiento del servicio policial, concedidas por el Ministerio de Seguridad. (Ley 18398: Reglamento Interno de Prefectura Naval Argentina: 1971.)

3.1.4 Peligro inminente:

Utilizaremos una definición de una Resolución del ministerio de Seguridad de la Nación:

“Se considerará que existe peligro inminente, entre otras situaciones, en las siguientes circunstancias:

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

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

- c) Cuando se presuma verosímilmente que el sospechoso pueda poseer un arma letal, por ejemplo, en las siguientes situaciones:
- c.1.- Cuando integrase un grupo de dos o más personas y otro miembro del grupo posea un arma o haya efectuado disparos, o haya lesionado a terceras personas.
 - c.2.- Cuando trate de acceder a un arma en circunstancias que indiquen la intención de utilizarla contra el agente o contra terceros.
 - c.3.- Cuando efectuase movimientos que indiquen la inminente utilización de un arma.
- d) Cuando estando armado, busque ventaja parapetándose, ocultándose, o mejorando su posición de ataque.
- e) Cuando tenga la capacidad cierta o altamente probable de producir, aún sin el uso de armas, la muerte o lesiones graves a cualquier persona.
- f) Cuando se fugue luego de haber causado, o de haber intentado causar, muertes o lesiones graves.
- g) Cuando la imprevisibilidad del ataque esgrimido, o el número de los agresores, o las armas que éstos utilizaren, impidan materialmente el debido cumplimiento del deber, o la capacidad para ejercer la defensa”. (Resolución Ministerial 956/18 Ministerio de Seguridad de la Nación)

3.2 Calificación Jurídica:

“Las calificaciones hacen a la búsqueda del derecho competente, está relacionado con la determinación del ordenamiento jurídico que brindara los elementos materiales de interpretación de las normas que están involucradas al caso concreto”(Scotti: 2015: 80).

3.2.1 Cumplimiento del Deber:

“Actúa típica pero justificadamente el sujeto que al realizar la acción no hizo otra cosa que cumplir con un deber legal. La expresión deber es entendida en un sentido estrictamente jurídico, solo se justifica el cumplimiento de una obligación impuesta por una norma jurídica.” (Righi y Fernández: 2005:185)

3.2.2 Legítima Defensa:

Por lo general se denomina así a esta causa de justificación, otros autores suelen denominarla defensa necesaria, pues dicen: “que la defensa solo es legítima si es necesaria” (Bacigalupo: 1996: 123).

“Su fundamento no es otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla con eficacia” (Zaffaroni :2006: 472)

Un problema recurrente con el que se encuentra un operador jurídico a la hora de enfrentar o resolver un caso que se le presenta es la calificación jurídica. ¿Qué instituto jurídico corresponde aplicar a una cuestión?; una vez resuelto este dilema debe enfrentar varias oposiciones como lagunas del derecho, ambigüedades del lenguaje y entre ellas que ese instituto no tenga las herramientas necesarias para arribar a una correcta resolución judicial. Problema que analizaremos con más detenimiento en la parte II del presente trabajo bajo el título “el papel de los operadores judiciales en una sociedad democrática”

Pero el objeto del presente trabajo es referirnos puntualmente al Instituto jurídico del cumplimiento del deber uno de los permisos que concede el Derecho Penal Argentino cuando un individuo actúa en la esfera de una acción tipificada para la norma como prohibida.

Toda vez que haya una contradicción entre la acción y el derecho, esta acción típica objetiva y subjetivamente será considerada antijurídica cuando sea contraria a todo el

ordenamiento jurídico penal. La tipicidad nos dará una presunción (*iuris tantum*) pero esa presunción será eliminada si existe una causa de justificación.

Esa causa en la que centraremos nuestra atención se encuentra dentro de los compartimientos estancos que componen la Teoría del Delito, específicamente la antijuricidad dentro de ella se encuentra una de las causas de justificación: el cumplimiento del deber (Doctrina mayoritaria).³

“el cumplimiento del deber jurídico tiene lugar cuando un mandato recorta una norma prohibitiva prevaleciendo sobre ella, la autoridad que allana no incurre en una violación de domicilio, el oficial de justicia que secuestra no incurre en hurto, el policía que detiene al delincuente en flagrancia no comete privación de la libertad, porque en cualquier caso, si la autoridad, el oficial de justicia, o el policía no lo hiciesen, incurrirían como mínimo, en un delito de incumplimiento de sus deberes funcionales”.
(Zaffaroni: 2006: 374).

Normativamente está plasmado en nuestro C. P. bajo la titulación: Inimputabilidad. “No son punibles los que obraren en el cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho” (Código Penal de la Nación: Art 34.Inc.4).

Ya identificamos el instituto jurídico dentro del ordenamiento Jurídico Penal Argentino. Para el comienzo de la presente investigación planteamos, como ejemplo que a los operadores Jurídicos se les presenta el problema de la calificación legal de un caso, pero si casi con meridiana facilidad llegamos a su ubicación en el plexo normativo penal nos preguntamos ¿Por qué los operadores judiciales lo confunden/o utilizan otro instituto penal ? ó es que ¿necesitan en realidad contar con otros elementos jurídicos?, ese otro instituto penal al que se acude consuetudinariamente es la legítima defensa, que es un tipo penal permisivo dice Zaffaroni. Su confusión parte de las distintas perspectivas que ha dividido a la doctrina en objetivista y subjetivista, para la primera su función es la defensa del orden jurídico (Derecho Objetivo). Para los subjetivistas es la defensa del Derecho Subjetivo injustamente agredido. La primera de las perspectivas mencionadas parte de la doctrina de Hegel, defiende el orden y la

³ Sebastián Soler: Enrique Bacigalupo: Esteban Righi.

acerca o aproxima al cumplimiento del deber y el subjetivismo por su parte tiene un origen contractualista.

“cuando el estado no puede acudir a defender los derechos naturales de los individuos cesa el deber de obediencia al estado porque si no puede tutelarlos tampoco puede exigirle obediencia, su gran defecto en su aplicación es que no importa la magnitud que se infiera en la defensa”. (Zaffaroni :2006: 471).

En la idea del contrato social Thomas Hobbes encuentra la preocupación por la paz en su libro *El Leviatan*.

“... el motivo y el fin del que renuncia a su derecho o lo transfiere, no son otros que la seguridad de su propia persona en su vida y en los medios de preservarla. El estado es la suma de los intereses particulares.

Debe defenderse al ciudadano, este solo abandona sus derechos al estado para ser protegido. El estado perdería su razón de ser si la seguridad no fuese garantizada”.⁴

La doctrina más extendida supera este debate, limitándose a fundar la legítima defensa en el principio: de que nadie está obligado a soportar lo injusto, es decir que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente. Podemos extendernos hablando de este instituto que claramente ha sido concebido para todos los ciudadanos o extranjeros que residan en nuestro territorio, pero no es el objetivo de este trabajo, pero no obstante ello, debemos hacer una salvedad y explicar las características de la legítima defensa, características que otorgan herramientas de gran utilidad a la hora del juzgamiento de un hecho.

Este Instituto jurídico posee tres elementos fundamentales para que una persona actúe dentro de su órbita. Son los siguientes:

- 1) Agresión ilegítima
- 2) falta de provocación y
- 3) racionalidad del medio empleado para defenderse.

Prescripto en el Art 34 Inc. 6 y 7.

⁴Cito por Jean Touchard: 2001: *Historia de las Ideas Políticas: 5ta. Edición Editorial Tecnos: p.261*)

Existe una gran diferencia entre los institutos que estamos comparando, la legítima defensa es un derecho practicable por cualquier persona, por ende se puede ejercer o no.⁵

El cumplimiento del deber es una obligación para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y su incumplimiento es punible, conforme el art. 187. del C. P. .P de la Nación, que rezaba lo siguiente:

Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados, salvo que se aplique el Código Penal, por el tribunal superior de oficio o a pedido de parte y previo informe del interesado, con apercibimiento, multa de acuerdo con el artículo 159 segunda parte o arresto de hasta 15 días, recurribles --dentro de los tres días-- ante el órgano judicial que corresponda, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que pueda aplicarles la autoridad de quien dependa la policía o la fuerza de seguridad de que se trate.

Y en el vigente Código Penal en su capítulo IV, bajo el título Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público podemos observar diversas figuras típicas penales sobre la sanción al incumplimiento del deber que transcribimos textualmente:

“Art. 248. Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo incumplimiento le incumbiere

Art. 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros,

⁵ “El fundamento de la defensa necesaria se ve en el principio según el cual el derecho no necesita ceder ante lo ilícito: no solo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal. Por este motivo, por este motivo el agredido no está obligado en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo: huyendo”. Enrique Bacigalupo: 1996: *Manual de Derecho Penal*: Editorial Temis: p.123.

barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen. (Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTICULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTICULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTICULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.

2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso”.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

“Debe advertirse que la legítima defensa no constituye un ejercicio de derecho para quien tiene el deber jurídico de defender como sucede con el policía o el militar en las

circunstancias que la ley así se lo impone. Para él opera un caso de atipicidad por cumplimiento del deber y no un caso de justificación” (Zaffaroni: 2006: 476).

Ahora retomemos el hilo del problema, ya tenemos su ubicación espacial, también presentamos al instituto con el que el juzgador presumiblemente incurriría en un error de calificación, pero desde 1921, año en que se puso en vigencia el Código Penal encargado al Dr. Tejedor, hemos llegado al siglo XXI con esta confusión. ¿es un error entonces ? o ¿quizás sea una necesidad en aplicar la legítima defensa por existir una laguna normativa de la ley dentro del instituto jurídico del cumplimiento del deber?.

La noción de laguna lleva aparejada la idea de una falla en el espíritu de la norma por parte de su autor o legislador, y recurriremos a esta definición: “una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse mejor del ordenamiento jurídico para evitar mayores complicaciones), de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez”. (Ortega: 1989:289).

Para la gran parte de los juristas las lagunas son inevitables ya que el concepto de derecho lleva en su matriz la idea de limitación, ningún legislador puede contemplar todas las situaciones jurídicas posibles.

Para autores que componen la doctrina mayoritaria como Hans Kelsen y Carlos Cossio entre otros, las lagunas pertenecen solo a la ley y no al derecho, puesto que el ordenamiento ofrece medios de autointegración para solucionarla.

Nos reformulamos las preguntas ut supra formuladas más adelante y analicemos como ejemplo varios casos que llegaron a los estrados judiciales en el fuero penal (que plasmaremos más detalladamente en el Anexo 1 del presente trabajo):

Jurisprudencia 1

Voces: Agresión ilegítima ~ Homicidio ~ Legítima defensa ~ Policía ~ Requisitos de la legítima defensa

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I (CNCrim y Correc)(Sala I)

Fecha: 14/10/2014

Partes: H., M. A.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/56848/2014

Hechos

El primero de los hechos ocurrió el 14 de junio de 2014, en la CABA, en donde dos sujetos abordaron a unas personas dentro de un automóvil, cometiendo el delito de robo calificado con armas de fuego. Un transeúnte, testigo del hecho, alertó a un agente policial perteneciente a la Policía Federal Argentina que a bordo de un móvil patrullero oficial hacía su recorrida habitual. Éste acude al lugar del ilícito y al llegar las víctimas indican hacia donde escaparon los malvivientes. El policía emprende la persecución e intercepta a pocas cuadras a uno de los delincuentes, a quien le da la voz de alto, y en lugar de acatarla dispara contra el efectivo policial hiriéndolo (quedando alojado el proyectil en el asiento del acompañante del móvil policial), el policía repele la agresión con su armamento provisto por la institución y por los disparos de bala que impactan en su humanidad le causan la muerte al delincuente. Tanto el Tribunal de Primera Instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la CABA, dictaron sendos decretos judiciales en los que dispusieron que el efectivo de la Fuerza de Seguridad había actuado dentro del instituto jurídico de la legítima defensa plasmado en el Art. 34 inc. 6 del Código Penal de la Nación Argentina.

Jurisprudencia 2

Voces: Abuso de armas ~ Agravantes ~ Exceso en legítima defensa ~ Falta de mérito ~ Homicidio ~ Legítima defensa ~ Prueba pericial ~ Requisitos legítima defensa ~ Sobreseimiento

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Fecha: 15/05/2019

Partes: Legajo de apelación de P., F. J. y otros s/ homicidio simple - usurpación (art. 181, inc. 1) en concurso real con atentado agravado a mano armada

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/10668/2019

Hechos:

El segundo hecho, ocurrido en la localidad de Lago Mascaridi, provincia de Río Negro, en el año 2017, conocida como “La causa de Rafael Nahuel y los mapuches del lago

Mascardi”, hace referencia a una serie de hechos de violencia sucedidos entre el 23 y 25 de noviembre del año de mención, en los que durante un enfrentamiento en el marco de un operativo de la Prefectura Naval Argentina contra la comunidad indígena Lafken Winkul Mapu, resultó muerto de un disparo el joven mapuche Rafael Nahuel, resultaron heridas otras dos personas (una mujer y un varón), también por armas de fuego, y fueron detenidas otras varias. Los hechos se produjeron en el marco del desalojo de la comunidad Mapuche, dispuesto por el Sr. Juez Federal de Bariloche Gustavo Villanueva y ejecutado por la Prefectura Naval Argentina, dependiente del Ministerio de Seguridad.

Por el hecho fueron procesados varios Prefectos, cuya calificación preliminar fue la de delito de homicidio agravado por el uso de armas, cometido mediando exceso de legítima defensa.

Jurisprudencia 3

Voces: Arma de fuego ~ Cumplimiento del deber ~ Disparo de arma de fuego ~ Facultades de policía ~ Homicidio ~ Policía ~ Procesamiento

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI (CNCrimyCorrec)(SalaVI)

Fecha: 16/02/2018

Partes: C., L. O. s/ procesamiento y embargo

Publicado en: LA LEY 12/03/2018, 12/03/2018, 9 - LA LEY2018-B, 5

Cita Online: AR/JUR/15/2018

Hechos:

Dos personas interceptaron a un transeúnte para sustraerle una cámara fotográfica y, ante su resistencia, lo apuñalaron en zonas vitales. Cuando una de ellas intentó escapar, tres vecinos intervinieron en la persecución y un policía que arribó a la zona, identificándose como tal, efectuó disparos intimidatorios al aire. Al continuar la huida, realizó otros, dos de los cuales impactaron en el cuerpo de quien huía, provocando su muerte. Por el hecho, el agente fue procesado por el delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego en exceso de legítima defensa. La Cámara confirmó el procesamiento, modificando la calificación legal a homicidio agravado por la utilización

de un arma de fuego, en exceso en el cumplimiento de un deber. Asimismo, anuló el embargo dispuesto por la sentencia de grado.

El tema en lograr la correcta calificación jurídica del actuar de los miembros de las Fuerzas de Seguridad, se ha tornado algo menos que obsesivo por parte del gobierno en estos últimos años que hasta cualquier accionar aislado de un efectivo policial usufructuando su franco local, habría de calificarse como incurso dentro del Art. 34 Inc. 4 del C.P. y el ejemplo típico lo pudimos apreciar en el tan mediático caso “Chocobar” acaecido año 2017.

Allí la precalificación judicial por los actos de un policía vistiendo de indumentaria civil, dispara a un delincuente que escapa luego de robar y apuñalar de muerte a un turista extranjero, se califica de exceso en la legítima defensa y luego, que anecdóticamente es felicitado por el Presidente de la Nación, se cambia la calificación legal por Homicidio en exceso del cumplimiento del deber.

Los casos presentados solo como ejemplo, de la vasta jurisprudencia encontrada, dan cuenta de la errónea calificación jurídica planteada, siendo la debidamente correcta a adoptar, aquella en la que los agentes policiales actuaron claramente que no es otra que la del Instituto Jurídico del Cumplimiento del Deber.

Pero los operadores jurídicos ¿se equivocaron? O es que deciden optar por la aplicación de la legítima defensa porque allí encuentran mejores formas de resolver el caso que se les presentan.¿ No será que el cumplimiento del deber en su redacción actual no tiene los elementos que un juez necesita para resolver un caso con la equidad y justicia que un hecho requiere y recurre a los elementos más razonables que si posee la legítima defensa? Que a continuación se detallan: Agresión Ilegítima, Falta de Provocación y Racionalidad del medio empleado para defenderse.

Lo cierto es que los jueces actualmente deben recurrir al método de la integración para resolver estos casos que llegan a sus estrados judiciales:

“Si existe una laguna en determinado caso, la única forma de resolverla es modificando el sistema normativo; si una acción no tiene una regulación normativa para un caso, la

única manera de calificar deónticamente dicha acción es añadiendo una nueva norma, y los jueces, ciertamente, llevan a cabo dicho accionar ejercitando ese poder normativo, que es intersticial, restringido y dirigido, una nueva norma se añade al sistema y se completa la laguna. En otras palabras: es imposible colmar una laguna sin modificar el sistema, y ello requiere uso discrecional (¡pero no arbitrario!) de poderes normativos. Por supuesto, es posible debatir acerca de si la nueva norma es obligatoria, v.gr. si otros jueces deben emplearla para resolver casos similares, o si esas normas son vigentes”. (Navarro: 2005: 95).

El Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Seguridad ordenó a las Fuerzas de Seguridad Federales crear distintos protocolos de actuación entre ellos, el del uso de la fuerza y el uso de Armas que plasmaremos en el Capítulo 2, para jerarquizar las mismas recientemente se crea en diciembre del 2018 la Resolución 956/2018 emanada del Ministerio de Seguridad de la Nación, la misma fue duramente rechazada y criticada por los distintos organismos de Derechos Humanos, quienes sostienen que conculcan derechos a la vida, siendo inconstitucional su aprobación. Tanto así que el 18 de diciembre del año 2018, la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la CABA decidió revocar la resolución Judicial de Primera Instancia del Juez Dr. Roberto Gallardo, quien había dado lugar a un recurso de amparo que interpuso la Asociación coordinadora contra la represión policial e Institucional CORREPI y la legisladora porteña Miriam Bergman, atacando dicha resolución de inconstitucional.

En tanto los operadores jurídicos continúan reclamando más herramientas para aplicar a los casos en donde el efectivo de una Fuerza de Seguridad que actúe dentro de los actos del servicio mediando una orden legítima puedan ser calificados dentro del Instituto del cumplimiento del deber y así conocer definitivamente tanto la circunscripción de límites legales de actuación como sus excesos.

Consecuentemente con lo que pretendemos exponer, el actual anteproyecto del nuevo Código Penal (Comisión Decreto 103/2017), que encabeza el Sr. Juez Federal de la Cámara de Casación Penal Dr. Mariano Borinsky, incorpora dentro del Título VI Inimputabilidad Artículo 34 Inc. 4 del Código de marras, a los funcionarios públicos

encargados de hacer cumplir la ley y reza textualmente: "...el que obrare en cumplimiento del deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

El miembro de alguna Fuerza de Seguridad Pública, policial o penitenciaria que en cumplimiento del deber y en usos de sus armas en forma reglamentaria cause lesiones o muerte". Abonando de esta forma la línea de pensamiento del trabajo que estamos presentando, no obstante criticamos la ausencia de límites del actuar policial y mayor cantidad de elementos en el tipo penal transcripto *up supra*, ya que un agente policial también es una persona que puede vivir en un ambiente hostil, o puede verse inmerso en una discusión familiar, social, o un acontecimiento violento y pensamos que cualquier accionar de un efectivo que involucre la defensa propia o de un tercero, no deben ser declarados inimputables por cumplimiento del deber, ya que estas calificaciones deben encuadrarse en toda actuación que un agente del orden público desarrolle dentro del marco de los actos del servicio Policial, Penitenciario o de una Fuerza de Seguridad.

Y será nuestro desafío intelectual encontrar tanto esa esfera de actuación policial, como los elementos que describan la atipicidad del hecho o justificación penal.

Asimismo para reforzar el presente trabajo mencionamos que hemos investigado en el derecho comparado y bajo los títulos: eximentes de las penas o ausencia de responsabilidad penal del Código Penal perteneciente a los estados de Honduras, Uruguay y Colombia, en todos ellos aparece la figura de la Autoridad Competente, Funcionario Público o Agente cuando se menciona el Instituto del Cumplimiento del Deber. Artículos que desarrollaremos más ampliamente en el Capítulo 2.10.1 bajo el título de Derecho Comparado.

Por lo expuesto es clara, lógica y razonable la renuncia de la violencia por parte de los ciudadanos a manos del estado, que asume nítidamente una de sus funciones primordiales y esenciales de un estado de derecho el monopolio de la fuerza, traducida a manos de los hombres y mujeres que con vocación de servicio ejercen ese deber especial, los cuales están obligados a conjurar peligros y evitar la comisión de hechos delictivos.

El estado liberal moderno encuentra su correlato socorriendo los derechos vulnerados de las personas que se encuentran en un estado de indefensión, necesitando una urgente y eficaz protección del estado.

Es por ello que planteamos una necesaria modificación en el Art. 34 inc. 4 del Código Penal, añadiendo elementos de mayor intensidad y fortaleza para poder circunscribir una esfera de actuación propicia y clara tanto para los operadores jurídicos como para el Funcionario Público encargado de hacer cumplir la ley en una situación de peligro para sí y para terceros.

De otra manera o mejor expresado, si a la resolución de un conflicto violento en la que está involucrado un Agente Policial, se lo sumerge dentro del ámbito de la legítima defensa, se le está negando el deber de acudir en un caso de peligro y se deja en manos de la conciencia de cada policía, la decisión de salvar a uno o varios sujetos de una situación de indefensión, violentando de esta manera el Principio de Igualdad plasmado en nuestra Carta Magna.

4.1 Preguntas orientadoras:

- 1) ¿Un funcionario público encargado de hacer cumplir la ley cuando debe repeler un delito cumpliendo una orden del servicio y usando el monopolio de la fuerza del estado, lo hace al amparo de la legítima defensa o dentro del cumplimiento del deber?
- 2) ¿Cumple un deber o ejerce un derecho?
- 3) ¿Qué tiene precedencia en el sistema jurídico un derecho o una obligación?
- 4) ¿El instituto jurídico del cumplimiento del deber posee elementos que delimiten su accionar?
- 5) ¿Cuáles serían los elementos adecuados que debería poseer el Instituto del cumplimiento del deber?
- 6) ¿En la actualidad los operadores judiciales cuentan con las normas apropiadas para aplicarlas a un caso donde actúa un funcionario de una Fuerza de Seguridad en el ejercicio de su función?

Capítulo 2

1.1 El papel de los jueces y de los operadores jurídicos en una sociedad democrática

La actividad técnica que rige para los tribunales, quienes serán los últimos en resolver una situación litigiosa posee normas a seguir:

- No hay jurisdicción si no en virtud de la ley.
- Los jueces no pueden proceder de oficio sino a requisición de parte.
- Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio oscuridad o insuficiencia de las leyes.
- El juez debe resolver siempre según la ley.
- La justicia debe ser pública.
- Las sentencias son definitivas.

“Además las normas deben ser interpretadas, ellas poseen hipótesis sobre hechos que posiblemente se producirán en el futuro, y que no siempre se ajustaran a la realidad, además debemos considerar que muchas de ellas son confusas y hasta contradictorias, por ello se profesa su investigación de alcance y contenido”.
(Mouchet y Zorraquin Becú, 2000: pp.248, 252)

Los jueces poseen una amplia discrecionalidad para resolver los casos que se les presentan a diario en sus estrados judiciales.

Hay que considerar que existen 2 (DOS) tipos de discrecionalidades una de derecho y una de hecho, la primera de ellas está dada por las reglas del sistema normativo y jurisprudencial plenario, mientras que la segunda tiene que lidiar con la vaguedad del lenguaje legal, clamor popular, lagunas e inconsistencias del lenguaje jurídico.

El maestro Nino se pregunta ¿cómo hacen los jueces para lidiar entre ambas discrecionalidades de derecho y hecho respectivamente y para dar solución a casos que no están solucionados por el sistema jurídico? Entendamos que los jueces no son elegidos por la voluntad popular, que son nombrados vitaliciamente y que además

deben resolver casos y situaciones jurídicas no homologados por el estado, pero como dice el autor de referencia: ¿Qué otra cosa pueden hacer los jueces? si tienen que resolver casos no originados en normas, no originadas en otros poderes.

Muchas veces los jueces sorprenden a los operadores jurídicos en la toma de decisiones pero, nuestro autor formula nuevamente su pregunta ¿Qué otra cosa pueden hacer los jueces? si el viejo Código de Vélez rezaba en su Art.15:...no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Ronald Dworkin, filósofo y catedrático del derecho constitucional Estadounidense, que además es uno de los autores más citados del mundo, dentro del campo del derecho, desarrolló una teoría acerca de la discrecionalidad que poseen los jueces en una sociedad democrática, a la que denominó Doctrina de la Responsabilidad Política, en ella, diferencia la discrecionalidad entre la aplicación de principios que establecen derechos y las políticas que determinan objetivos sociales colectivos.

“Señala que los derechos pueden ceder ante otros derechos, pero constituyen un límite, un umbral a las medidas colectivas, si un derecho cediera ante cualquier objetivo político no sería un verdadero derecho.

Los jueces entonces deben atenerse y de hecho así lo hacen a juzgar de acuerdo con principios y dejar lo referido a fundamentos políticos sometido a la competencia de otros poderes del estado. Esa decisión de discrecionalidad dice Dworkin debe formar parte de normas Institucionalizadas o de origen legislativo o jurisdiccional, lo que él llama requisito de conciencia articulada”.⁶

Otro escollo al que deben enfrentarse los operadores jurídicos y por último el juez, es la interpretación del derecho dice la Dra. Adelina Loianno:

“El derecho se mueve en TRES (3), planos:

- 1) La norma escrita: con esa dificultad que lleva consigo la vaguedad de la lengua y las palabras tienen varias interpretaciones porque nuestro idioma es ambiguo.
- 2) La realidad: es el transcurrir de la sociedad y su comportamiento no siempre lo hace conforme a derecho, como la norma dice. El hecho social se mueve y la sociedad puede comportarse de un modo discordante con la norma. La realidad es dinámica y no siempre esa de acuerdo con la norma.

⁶ Cito de Carlos Nino:2007: *Introducción al análisis del Derecho Nino: Editorial Astrea:p.434*

- 3) Plano axiológico o de la valoración: Este plano está regido por la educación, la ideología política, la moral y hasta por la religión. Un ejemplo de ello es que en Argentina las mujeres no votaron hasta las elecciones presidenciales del año 1951, ¿qué insidio en ese cambio?. La respuesta es la valoración, la subjetividad. Por ello la valoración de una sociedad cambia el criterio de una norma.

Entonces el desafío de un intérprete es utilizar los TRES (3) planos para interpretar una norma Jurídica.” (UAI: Ciclo Maestros del Derecho: Loianno: 2014: CABA)

En este título del capítulo 2 intentamos dejar reflejado el vacío legal, las lagunas del derecho, las ambigüedades y las dificultades en general con que se encuentran tanto los jueces a la hora de tomar una decisión judicial, como todos los operadores jurídicos al poner en análisis un caso.

Es de imperiosa necesidad para un estado de derecho, contar entonces con normas formales originadas de poderes competentes para su creación como como son el Legislativo y el Ejecutivo trabajando colegiadamente, siendo las normas penales o del tipo procesal penal, las que constitucionalmente no deben tener otra fuente de producción más que el proceso legislativo.

2.1 Trabajo de campo

Se realizó una encuesta la que se transcribe a continuación, sobre la actuación de los funcionarios públicos en el marco de cumplimiento del deber a distintos operadores jurídicos.

- 1) ¿El art. 34 inc. 4 del CP posee un vacío legal en su redacción?
- 2) ¿Es por ello que los operadores jurídicos suelen calificar y utilizar los elementos jurídicos de la legítima defensa, para determinar el correcto accionar de la policía en el ejercicio de su función?

- 3) ¿No deberían legitimarse con fuerza de ley formal los parámetros, límites y elementos con que se debe ejercer el Instituto del cumplimiento del deber?
- 4) ¿Qué opina de los protocolos de actuación de las Fuerzas de Seguridad?
- 5) ¿Qué opina del anteproyecto del Código Penal 2019 elaborado por el Sr Juez de la sala IV de la Cámara de Casación Penal Dr. Mariano Borinsky?

2.2 El Procurador de la Provincia de Santa Cruz Dr. Ricardo Napolitani respondía así:

Recomiendo la lectura del de la legítima defensa y el funcionario judicial: ¿ Uso necesario o proporcional de la fuerza?: Pablo D: Colmegna y Juan Nascimbene que detalla el encuadre constitucional fundamento en los tratados de derechos internacionales y en la jurisprudencia emanada de la CIDH.

Dicho eso cualquier reglamento que pretenda ir en contra de esos límites tiene poca validez, más allá del consenso que pueda alcanzarse mediáticamente o en determinados estratos sociales, los que no se verifican en personas con determinada formación intelectual en el tema, entre los que encontramos a los jueces, que son los que van a someter a análisis las conductas de dicho personal.

Si se tratase de establecer por ley, (límites de actuación distintos de los constitucionalmente establecidos) dicha ley sería a todas luces inconstitucional. Por otra parte es más fácil encontrar a un funcionario del ejecutivo de turno dispuesto avalar inconstitucionales, que la cantidad de legisladores necesarios para la aprobación de una ley con dichas características.

Por otra parte, no debe dejarse pasarse por alto, que es el personal de seguridad quien deberá pagar (en el mejor de los casos con su trabajo y el peor con su libertad), las consecuencias de un accionar que encuentre motivaciones en las regulaciones circunstanciales de un determinado gobierno.

La existencia de jueces dispuestos a hacer la vista gorda a la normativa existente o a dotar de prevalencia a las regulaciones de carácter administrativos son: como se ha señalado en el párrafo anterior meramente circunstanciales y como tal, no ofrece al personal de seguridad garantía alguna.

No olvidemos que en un proceso interviene el juez de primera instancia, la cámara de apelaciones, el tribunal oral y el de Casación.

2.3 La Dra. Graciela Juarez dá su respuesta.

A las preguntas que se me formulan debo responder que estoy de acuerdo con reformar el Código Penal de la Nación debido a que hay una deuda pendiente respecto a su actualización.

Con respecto al Art. 34 Inc.4 del anteproyecto del C.P., cuyo autor es el Sr Juez de la sala IV de la Cámara de Casación Penal Dr. Mariano Borinsky, comparto la propuesta de su reformulación, debido a que le da la mejor margen en actuación a los agentes del Orden Publico, pudiendo de esta manera determinar su inimputabilidad o no en los actos de policía.

No Obstante consideraría conservar los protocolos de actuación de las Fuerzas de Seguridad, pero dejo sentado que los tipos penales deben ser consagrados mediante leyes formales.

3. Antecedentes históricos del Código Penal Argentino

El profesor Ricardo Nuñez describe con gran claridad la influencia que tuvo la legislación europea en la nuestra, y como él dice: "no es de arraigambre aborigen" (Nuñez:)

3.1 El Derecho Romano

Probablemente ha sido el historiador inglés EDWARD GIBBON, autor de la Historia de la decadencia del imperio Romano, uno de los primeros expositores que el siglo XVIII abordó el tema de la división de la historia jurídica romana y dice que la historia se divide en tres períodos, aproximadamente iguales.

“El primero desde las XII tablas (451 a de Cristo) hasta Cicerón (106 a de Cristo) en el que la ignorancia del pueblo Romano obstaculiza la formación de jurisprudencia. El segundo se extiende desde Cicerón hasta el emperador Alejandro Severo (247 d. de Cristo), cuando la jurisprudencia adquiere un desarrollo sabio y brillante. El tercer ciclo corre hasta la muerte de Justiniano (565d de Cristo), época en que decae el movimiento jurisprudencial y se agotan las fuentes del derecho. El criterio de Gibbon ha sido criticado porque está referido exclusivamente a la evolución de la jurisprudencia romana que para el autor nace oscuramente, alcanza madurez y decae ostensiblemente en el tercer periodo”.⁷

Encontramos algunos ejemplos de inimputabilidad por en el DIGESTO de Justiniano 55. GAYO EN EL SEGUNDO LIBRO DE TESTAMENTOS AL EDICTO URBANO. No parece obrar con dolo, quien hace uso de su derecho

151. PAULO EN EL SEXAGÉSIMO CUARTO LIBRO AL EDICTO. Nadie hace daño, a no ser que haga lo que no tiene derecho a hacer.

Roma oriental cae en el año 476 después de C. y debido a las invasiones germanas el Imperio romano se iba dividiendo en distintos reinos.

El Islam, que se expandió rápidamente por todo el mundo, durante muchos siglos se produjo un gran enfrentamiento entre el Islam y la Cristiandad, y en el siglo X, los cristianos iniciaron la reconquista de los territorios a los musulmanes que anteriormente habían invadido, creándose un gran mosaico de reinos cristianos repoblados con habitantes de otras zonas, en lucha permanente con los califatos musulmanes y entre ellos mismos, lo que producirá una gran dispersión jurídica.

3.2 Influencias del derecho Español

⁷ Cito por Luis Rodolfo Arguello: 1997: Historia y Fuente del Derecho Romano: Editorial Astrea: p.22

El Código Penal de 1822 es el primer Código Penal español, aunque hay quien asegura que realmente nunca tuvo vigencia y seguían utilizándose las leyes contenidas en la Novísima Recopilación.⁴⁹ tiene una estructura con influencias del Código Penal francés de 1810.

El Código Penal Español de 1822

El Código de 1822, redactado por una Comisión designada por las Cortes y presidida por José M. Calatrava, se estructuró en un Título Preliminar, que contenía la Parte General y dos partes, dedicadas la primera a los delitos contra la sociedad y la segunda a los delitos contra los particulares.

La estructura de la Parte General muestra ciertos resabios de las concepciones anteriores, pues incluye materias netamente procesales (obligación de denunciar, derecho de acusar ausencia y contumacia) y propias del derecho de gracia (indulto), que en la tradición intelectual del liberalismo era totalmente impropia en el nuevo derecho

El Código de 1822 muestra una fuerte influencia de la prevención general (negativa), en el sentido de prevención-intimidación: por un lado el ritual prolijamente regulado de la ejecución pública de las penas, sobre todo de la pena de muerte (arts. 40 y ss.). Las ejecuciones se celebraban "entre las once y las doce de la mañana"(art. 39), se realizaban con garrote (art. 38) y se debían anunciar públicamente por carteles señalando día y hora de la ejecución (art. 37).

Por otro lado, la influencia de prevención general se pone de manifiesto sobre todo en el art. 106, que contiene las circunstancias agravantes, entre las cuales en la segunda se prevé "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos". Los arts. 2º, 108 y 110 establecen las consecuencias del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*, prohibición de la analogía *in malam partem*).

La influencia de la prevención general no excluye completamente la de la prevención especial, que inspira el Capítulo V del Título Preliminar, dedicado a la reincidencia, para la que el Código prevé fuertes aumentos de la pena, hasta el punto que la pena de trabajos perpetuos se transforma en pena de muerte para la primera reincidencia.

En lo concerniente a los fundamentos de la responsabilidad penal el Código de 1822 se basó en la idea del delito como voluntad individual contraria a la voluntad general, que también se percibe en el Código Penal francés de 1810 y en el Proyecto bávaro de Feuerbach de 1813.

En este sentido distingue el "delito" de la "culpa" (art. I), considerando delito a la acción "libre y voluntaria y con malicia" (art. I) y culpa a la acción ejecutada "libremente, pero sin malicia". El capítulo dedicado a los autores y partícipes sorprende la inclusión de la figura del autor mediato (art. 13), que no fue incluida en los códigos posteriores hasta el Código Penal de 1995. — El Código de 1822 distinguió las penas en corporales (muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, reclusión en una casa de trabajo, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza, etcétera), penas no corporales (declaración de infancia, inhabilitación, privación de empleo, honores, profesión o cargo público, arresto, etcétera) y penas pecuniarias (multa y "pérdida de algunos efectos").

Asimismo en el art. 27 reguló la responsabilidad civil.

El juicio global que mereció el Código de 1822 no fue positivo. Pacheco lo definió como "algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto en el Código de Napoleón". El Código cayó el 1 de octubre de 1823 con el establecimiento del antiguo régimen.

El Código Penal de 1948

“Este Código fue producto del ascenso al poder de los progresistas moderados. Joaquín M. López formó en 1843 una comisión presidida por el abogado Manuel Seijas Lozano que redactó el anteproyecto que, tras el debate parlamentario, fue aprobado en 1848 y entró en vigor al año siguiente. Al parecer no es correcta la atribución de la autoría del Código a José Francisco Pacheco.

En 1850 el Código sufrió una reforma que endureció el régimen penal, pero que no alteró sus ideas ni su estructura.

El Código de 1848 es técnicamente mucho más avanzado que el de 1822, del que sin embargo no difiere en sus presupuestos ideológico-penales básicos. Mantiene la

presunción del dolo y la punibilidad de las llamadas "resoluciones manifestadas" (arts. I y 4). Establece el principio de legalidad e introduce la retroactividad de la ley más favorable (arts. 2.19º y 20º).

Por otra parte contiene un catálogo moderno de eximentes (causas de inimputabilidad, legítima defensa, estado de necesidad, etcétera) en el art. 8, que salvo algunas modificaciones ha permanecido hasta la actualidad". (Bacigalupo: 1999: 90,92)

Actual Art. 20 del Código Penal Español

Están exentos de responsabilidad criminal:

- **1.º**El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
- **2.º**El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
- **3.º**El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.
- **4.º** El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:
 - **Primero.** Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

- Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
- Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.
- 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:
 - Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
 - Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
 - Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
- 6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.
- 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

3.3 Influencia del Código Penal de Baviera de 1813

El código penal tampoco pudo escapar a la influencia de la legislación extranjera y es al menos que sorprendente como el proyecto del CP argentino encargado al Dr. Tejedor en 1864 tuvo una semejanza tal al CP Bávaro, tomando en cuenta las diferencias sociales que eran claramente opuestas. Sorpresivo sugiero, cuando todo parecía que la legislación criminal se basaría en el derecho penal español, pero eso no fue lo presupuesto.

Así las cosas la parte general del código de Carlos Tejedor se erigió sobre la legislación penal Bávara. y la respuesta al ¿porque? No fue más que el tecnicismo para la época.

El proyecto fue publicado en el año 1863 y el congreso lo sometió a una revisión. El proyecto fue sancionado en las provincias de: La Rioja 1876, Buenos Aires 1877, Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis, Catamarca 1878, Mendoza 1879, Santa Fe, Salta 1880 y Tucumán 1881. Córdoba fue la única provincia que sanciono el modelo Español. Santiago del Estero y Jujuy continuaron con la legislación colonial.

4. Antecedentes históricos de las Fuerzas de Seguridad en la República Argentina

Al encontrarnos analizando quienes son los sujetos al que el estado les otorga el monopolio de la fuerza y que se encuentran amparados por la inimputabilidad del derecho penal al utilizar un arma reglamentaria en determinadas cumplimiento del deber, creemos conveniente conocer los antecedentes históricos de las Fuerzas de seguridad circunscriptas en nuestro trabajo.

4.1 Gendarmería Nacional Argentina

Durante la presidencia del Dr. Roberto M Ortiz, **Gendarmería Nacional** fue creada el 28 de julio del año 1938 por el Congreso Nacional. Las particularidades del territorio donde debía cumplir la misión y el carácter de ésta, determinaron que la Fuerza naciera como un Cuerpo con organización, formación militar y férrea disciplina, circunstancia que a la fecha se mantiene.

Esa es la génesis de su creación y el espíritu que los legisladores imprimieron en el proyecto que luego fue promulgado como Ley Nº 12.367: “contribuir decididamente a mantener la identidad nacional en áreas limítrofes, a preservar el territorio nacional y la intangibilidad del límite internacional”.

Su personal fue sujeto a un régimen disciplinario castrense, con estructura, capacitación, doctrina militar y formación jurídica que le permitiera cumplir funciones policiales en tiempo de paz, y en tiempo de guerra integrar el componente terrestre militar: Caso concreto, fue su participación en la Guerra de Malvinas en el año 1982.

La institución se encuentra enmarcada dentro de la Ley Orgánica N° 19.349 que regula su organización, misión, funciones, jurisdicción y competencias, como el régimen legal de su personal.

4.2 Policía Seguridad Aeroportuaria

Mediante el Decreto Nacional N° 145 de 2005, la entonces Policía Aeronáutica Nacional (PAN), se constituye en la PSA. En el 2006, con la Ley 26.102 de Seguridad Aeroportuaria, se concibe la misma como un aspecto específico y sensible de la seguridad pública, creando una institución especializada en la materia, e imponiendo al Estado Nacional el deber de resguardarla y garantizarla.

Mediante los Decretos Nros. 836/08 y 1190/09, los cuales aprueban los Regímenes Profesionales del Personal Policial y Civil respectivamente, y la Resolución Ex MJSyDH N° 1617 del 23 de diciembre de 2009, y su actualización mediante la Resolución MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 1015 del 6 de Septiembre de 2012, que aprueba la actual Estructura Orgánica y Funcional de la PSA, se instaura en el país un nuevo modelo de gestión policial cuyo ejercicio se basa en tres pilares:

- Una Estructura de Conducción y Administración a cargo de personal civil técnico-especializado, de modo tal que expertos puedan ocuparse de la dirección de la PSA, y no se utilicen efectivos policiales para labores administrativas.
- Una Estructura Operacional compuesta por funcionarios con estado policial, de dedicación exclusiva a tareas propias de policiales.
- Un Instituto Superior de Seguridad Aeroportuaria, dedicado a la formación y capacitación constante de tanto el personal civil como policial en materia de seguridad aeroportuaria, diseñando y aplicando contenidos específicos que aseguren el desarrollo de las competencias profesionales necesarias para la efectiva implementación del modelo propuesto por la PSA.

Este modelo de gestión policial gira en torno a determinados principios:

- La desmilitarización doctrinal, orgánica y funcional de la PSA, en pos de su conformación como una verdadera policía ciudadana.
- La despolitización de la PSA para crear un organismo políticamente agnóstico, sujeto al ordenamiento legal y normativo democrático, ajeno a cualquier tipo de manipulación.
- El posicionamiento de la problemática delictiva como eje estructurante de la PSA, es decir, la conformación de la Institución y la orientación de sus políticas hacia medidas que garanticen la investigación, prevención y conjuración del delito dentro del ámbito aeroportuario, de modo eficiente y racional en la gestión de sus recursos logísticos, operacionales y humanos.
- La distinción orgánico-funcional entre la seguridad preventiva y la seguridad compleja. La primera abarca la prevención, conjuración e investigación de delitos e infracciones en el ámbito aeroportuario, mientras que la segunda comprende el control y conjuración de actos delictivos cometidos por organizaciones criminales. De este modo, el entendimiento diferenciado, y la identificación de problemáticas puntuales permite contar con estructuras y modos de organización acordes a la naturaleza de cada delito.
- La descentralización regional de la PSA. Mediante la existencia de unidades de mando, ejecución y evaluación distribuidas en el Territorio Argentino se garantiza mayor dinamismo en la investigación, prevención y conjuración del delito.
- Asimismo, la PSA, es la única Fuerza Federal de Seguridad, cuyos funcionarios en actividad con estado policial son auditados por un organismo externo, denominado Dirección de Control Policial, dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación. La Dirección de Control Policial está compuesta por la Auditoría de Asuntos Internos, La Defensoría del Policía de Seguridad Aeroportuaria y el Tribunal de Disciplina.

4.3 Prefectura Naval Argentina

La Primera Junta incorporó a la Prefectura como Institución de la Patria en 1810, hecho que se produjo a través de dos decretos: uno del 25 de junio, por el que oficialmente se disponía que la Capitanía de Puerto debía subordinarse al primer Gobierno Patrio, absteniéndose de obedecer a la Comandancia de Marina española de Montevideo; el otro del 30 de junio que redactó de puño y letra el Dr. Mariano Moreno -secretario de Gobierno y Guerra de la Junta- nombrando a Thompson como primer Capitán de Puertos de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Durante su último mandato como diputado en 1896 Florencio Mantilla, presentó un proyecto de ley por el que se establecía la naturaleza jurídica de la Prefectura, especificando sus deberes y atribuciones y el límite de su jurisdicción. Hasta entonces la Prefectura se regía por disposiciones relativas a la Policía Marítima y Portuaria, que reconocían como antecedente a las Ordenanzas Generales de 1793, adecuadas al nuevo ordenamiento nacional. Este proyecto dio lugar a la ley 3.445 que rige hasta el año 1969, y comienza a regir hasta nuestros días la ley 18398.

La Prefectura es la Autoridad Marítima Argentina por antonomasia, conforme lo consagra la mencionada Ley, juntamente con las potestades que le otorga la Ley de la Navegación 20.094 y la nutrida legislación que en forma coincidente define el amplio y homogéneo perfil de sus competencias.

Asimismo lo es, y en virtud de su tradición histórica y funcional, inalterable a través del tiempo, que la identifica como el órgano a través del cual el Estado ejerce la policía de seguridad de la navegación y de la seguridad y el orden público en las aguas de jurisdicción nacional y en los puertos.

Además es órgano de aplicación de los convenios internacionales relativos a la seguridad de la vida humana en el mar, la prevención y la lucha contra la contaminación y las materias técnicas y jurídicas relacionadas, conforme lo establecen las leyes de aceptación del país.

También cumple funciones en ejercicio de las obligaciones del país como Estado de Abanderamiento y Estado Rector del Puerto, para el registro de los buques y el control de sus condiciones de seguridad, según las leyes y reglamentaciones que le asignan estas competencias y los acuerdos internacionales respectivos.

La Prefectura es, en suma, la Autoridad Marítima Argentina por excelencia, por la multiplicidad de circunstancias generales y específicas que abarcan sus responsabilidades y en mérito a la legislación que reiteradamente lo expresa, definiendo nítidamente su perfil institucional en el concierto de los organismos del Estado.

4.4 Policía Federal Argentina

La Policía Federal Argentina es una institución civil armada que cumple funciones de seguridad y judicial en el territorio de las provincias y la capital de la Nación, dentro de la jurisdicción del Gobierno Nacional, dependiendo del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Seguridad.

A comienzos del año 1821, se nombró a Joaquín De Achával primer jefe de Policía de la Ciudad de Buenos Aires. Por propuesta suya, el ministro Rivadavia aprobó el primer sello institucional en el que aparece el gallo que desde entonces es tradicional y hoy constituye el principal motivo del isologotipo de la Policía Federal Argentina.

El 24 de diciembre de 1821, Bernardino Rivadavia, estadista y periodista, quien luego sería el primer presidente argentino, creó las funciones de la Policía de Estado. La Argentina fue el primer país del mundo en establecer esta Institución, adelantándose incluso a su homónima y luego célebre Scotland Yard, cuyo servicio se inició recién en 1829.

La creación de la Policía de la Capital está estrechamente vinculada a la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Su nacimiento se dio por la necesidad de que el Poder Ejecutivo Nacional contara con una policía propia en el territorio de su residencia y

jurisdicción. La designación concuerda con la existencia de la Policía de Estado en el lugar de asiento del Estado.

El 9 de diciembre de 1880 fue entregada a la Nación la Policía de Buenos Aires y ese mismo día, el presidente Julio Argentino Roca nombró a Marcos Paz primer Jefe de la Policía de la Capital.

La emblemática Comisaría de Pesquisas fue inaugurada el 13 de febrero de 1886 y fue el origen de los detectives policiales. A cargo fue nombrado el escritor y periodista José Sixto Álvarez, más conocido por el seudónimo Fray Mocho.

A partir del 1 de enero de 1945, la Policía de la Capital cambia su denominación a Policía Federal, en virtud de la expansión de la representación de la Policía de Estado en el resto de las provincias, ampliando así su carácter federal de intervención.

Desde la creación de la Policía Federal se modernizaron considerablemente los sistemas de comunicaciones, como el Telegráfico, el Telefónico de Alarma y el Radioeléctrico, cuyo progreso fue continuo.

En 1958, se creó la Sección Interpol. El Servicio Radioeléctrico amplió su proyección y llegó a Francia, Europa, e implementó comunicaciones directas con la ciudad de París, la cual era cabecera de INTERPOL para el mundo y el 22 de enero de 1962, inició sus labores en Argentina la Oficina Central Nacional de INTERPOL (OCN), desarrollando desde aquel entonces sus actividades de colaboración internacional.

La historia fue testigo que la Policía Federal Argentina como todas las policías del mundo, tuvo sus orígenes en las urgencias de la gente, en la búsqueda de amparo contra el vandalismo y el delito, en la protección de la familia, la libertad, la seguridad y el trabajo. Su objetivo, avalado por todos los hombres y mujeres de azul que dieron su vida en defensa de sus semejantes, siempre fue el mismo: proteger la vida y la seguridad de nuestros compatriotas y nuestra Nación.

5. Análisis de las resoluciones de uso de armas para uso del personal de las Fuerzas de Seguridad y el desafío de unificar criterios para lograr el correcto encuadre jurídico dentro del marco de actuación

El 24 de diciembre de 2019 se publica en el boletín oficial de la Nación, la Resolución Ministerial 1231/19 que deroga las Resoluciones 956/2018 (Reglamento para el empleo de las armas de fuego por parte de los miembros de las Fuerzas Federales de Seguridad) y 395/19 (Reglamento general para el empleo de armas electrónicas no letales por parte de los miembros de las Fuerzas de Seguridad).

Si bien el espíritu de las normas en análisis era, dotar al personal policial de pautas claras a observar en operaciones de diversa índole en los cuales debe hacer uso de las armas de fuego y regular los momentos racionales del uso de la fuerza en protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas, en todas ellas pudimos verificar la ausencia de unificación jurídica para identificar el instituto correcto donde se desempeña el funcionario policial, que para nosotros, no es otro que el del cumplimiento del deber.

En varios párrafos de la resolución 956/18 queda claro que el personal policial debe hacer uso del armamento reglamentario actuando dentro de los actos del servicio que debe cumplir según la ley que lo rige:

“ARTÍCULO 1°.- Los funcionarios de las FUERZAS FEDERALES DE SEGURIDAD cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, en cumplimiento y en protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas. Sólo podrán usar las armas en cumplimiento de sus deberes cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

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

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

Como vemos el uso del armamento provisto por un funcionario público encargado de hacer cumplir la ley, debe ser realizado dentro del ámbito legal del Cumplimiento del deber.

En cambio en la Resolución Ministerial 1231/19 se pierde de vista el ámbito de actuación donde debe desempeñarse el funcionario de seguridad con el armamento reglamentario:

“Que el artículo 5° del Reglamento General aprobado por la Resolución N° RESOL-2018-956-APN#MSG -que detalla los supuestos que se consideran situaciones de peligro inminente a los fines del uso de la fuerza letal- configura una ampliación que excede los criterios impuestos por la normativa hasta aquí detallada y se aleja del límite claro al uso de la fuerza letal por parte del personal de las fuerzas policiales y de seguridad. Es que en la base conceptual de este reglamento subyace una inadmisible desconsideración del estándar de la legítima defensa, vulnerando sus exigencias y alcances al amparo de una justificación que pretende fundarse en el deber policial de hacer cumplir la ley”.

Como vemos en la parte pertinente de la Resolución 1231/19, se confunde el deber que se le impone a todo personal policial dentro de sus funciones, con el derecho que poseen todas las personas de defenderse ante una agresión ilegítima (legítima defensa).

El 26 de abril del año 2019 se publica en el Boletín Oficial de la Nación, la Resolución Ministerial 395/19 Reglamento general para el uso de armas electrónicas no letales por parte de los miembros de las fuerzas de Seguridad, más conocidas como armas Tasser.

El cuestionamiento está puesto en el Art. 2 inc. b, que a continuación transcribimos:

“ARTÍCULO 2°.- Se hará uso de las armas electrónicas no letales cuando resulten ineficaces otros medios no violentos, en los siguientes casos:

b) Cuando deba ejercerse la legítima defensa propia o de terceras personas”.

Objetamos el mismo por 2 razones:

a) Ese tipo de armas una vez terminado el servicio de un agente policial se debe devolver para su guarda a la armería de la Fuerza.

b) En caso de tener una hipotética utilización con este tipo de armamento será dentro de los actos del servicio, por ende la calificación jurídica debería corresponderse con el art. 34 inc. 4 del CP. Instituto Jurídico del cumplimiento del deber.

Pero supongamos por un momento el caso hipotético en donde los agentes policiales se llevaran a su domicilio un armamento como el del tipo taser, y durante su tiempo de descanso o franco se pudiera materializar su uso para defenderse o defender a terceros, podríamos calificar el caso como una legítima defensa, si se cumplen con los elementos que impone el instituto jurídico. Pero ese no es el objetivo de la adquisición del arma no letal y no es otro que el armamento de mención este portado por un efectivo policial que se encuentre cumpliendo con un servicio activo y en funciones policiales.

La Resolución 395/19 padecía la ausencia del instituto del cumplimiento del deber, ámbito natural en que el policía ejerce su función diaria.

Las normas siguen confundiendo a los operadores jurídicos con ejercer el cumplimiento del deber de los miembros de las Fuerzas de Seguridad, con el derecho que le asiste a cualquier persona a defenderse legítimamente ante una agresión ilegítima.

6.1 Epistemología:

Metodología Utilizada

6.2 En el presente Trabajo Final pretendemos desarrollar el tema La actuación de los miembros de las Fuerzas de Seguridad en el marco del cumplimiento del deber.

Procuraremos focalizar nuestra investigación en el ¿por qué? los operadores jurídicos son reacios a utilizar el Instituto jurídico del Cumplimiento del Deber para calificar un hecho en el que interviene un agente policial que se encuentra en el ejercicio de su función y dentro de los actos del servicio

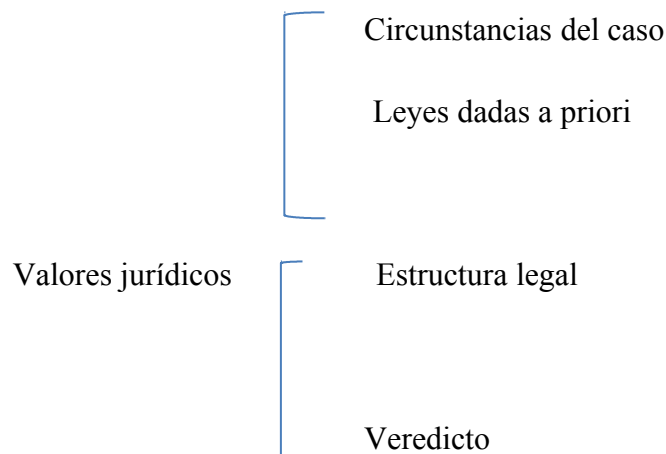
El modelo de explicación científica elegido es el Método Nomológico Deductivo, su creador es Carl Hempel (1976) dice que:

“la explicación científica debe cumplir 2 requisitos: La explicación y la contrastabilidad.

La estructura de este modelo se compone de premisas y de una conclusión, las premisas se denominan Explanans, mientras que la conclusión se llama Explanandum.

Dice Juan Samaja:

El procedimiento de la ciencia es semejante a la estructura del procedimiento judicial”⁸



Al tomar una decisión Judicial los tribunales aceptan un enunciado acerca de un acontecimiento verdadero.

Creemos que en el trabajo que estamos presentando fue necesario apoyarnos en el método Hipotético Deductivo creado por Karl Popper, quien sostuvo que: “dado que no es posible verificar la verdad de las premisas del explanans, es preferible ver a tales premisas como hipótesis”.⁹

Una hipótesis es una proposición cuya falsedad o verdad ignoramos, pero que al formularla la suponemos verdadera.

Nuestro explanans está compuesto de:

1. Jurisprudencia.
2. Derecho comparado.
3. Doctrinas nacionales y extranjeras.

⁸ Ana Kunz Nancy Cardinaux: *Investigar en Derecho: Editorial Universidad de Buenos Aires:2003:p.38*

⁹ *Ibidem: p.41*

Mientras que nuestro explanandum está reflejado en el Capítulo 3 bajo el título Conclusiones.

7. La inconstitucionalidad de las normas procesales penales dictadas por el poder Ejecutivo Nacional

En los últimos tiempos la sociedad se vió inmersa en delitos cada vez más violentos y es el estado el que posee el monopolio de la fuerza y quien tiene que salir a defender a las personas. “Tal postura surgió a partir del momento en que el estado se apropió de los conflictos de los particulares (víctima y victimario) y puso como premisa de orden público que la acción delictuosa afecta a toda la sociedad”. (Herbetta, Orzo, Franceschetti, Chiara Díaz: 2002: 92)

La premura y la falta de mayoría en el congreso del último gobierno oficialista derivó en el dictado de resoluciones procesales como la 956/18 y la 395/19, que aunque necesarias para el manejo de resolución de conflictos e ilícitos delictivos, por parte de los efectivos policiales, no hacen más que poner en evidencia el avasallamiento del principio de legalidad.

El principio de legalidad no es el esgrimido por el derecho romano: *nullum crimen nullan poena sine proevia lege penale*, sino que fue obra del filósofo y criminalista de origen Alemán Johan Paul Anselm Feuerbach (1775-1833), quien redactara el código penal de Baviera.

El Poder Ejecutivo tiene vedado legislar en materia penal, como bien lo prescribe nuestra carta magna en el art.99 inc.3. y los únicos organismos habilitados por la constitución son el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo pero como órgano colegislador

Las citadas resoluciones Ministeriales prescriben actos procesales penales de policías, por ello debemos tener en cuenta que como dice el Dr. Zaffaroni: “El poder Ejecutivo no puede legislar en materia penal, fuera de la función que le incumbe como colegislador... En ningún caso puede legislarse penalmente por Decreto ni por esta vía reglamentarse una ley penal... la materia penal está excluida de estos decretos. Debe

entenderse que esta garantía como toda la de legalidad, rige también para toda la ley procesal penal” (Zaffaroni: 2006: 100).

Consideramos como positiva la iniciativa de las resoluciones mencionadas ut supra, a los efectos de darles herramientas a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, pero el principio de legalidad es un límite al estado de policía, que determina el estado de derecho, “la única ley penal es la formal emitida por los órganos políticos habilitados por la constitución” (Zaffaroni: 2006: 98).

En palabras de Zaffaroni “...Si la ley penal nacional remite a un decreto del poder Ejecutivo, a una ley provincial, a una ordenanza municipal, a una resolución ministerial, resulta configurando ley penal un órgano que no tiene competencia para hacerlo o, lo que es lo mismo el órgano competente está delegando su competencia legislativa, lo que es inadmisibles porque esta es indelegable” (Zaffaroni: 2006: 102).

El principio de legalidad lo encontramos plasmado en los Artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en el Artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que transcribimos en el Anexo 3 del presente trabajo.

8.1 Derecho comparado

Dentro de la investigación que llevamos adelante presentaremos los códigos penales de las Repúblicas de Colombia, Honduras y Uruguay respectivamente

Historia cronológica de la Constitución de la República de Colombia

La Constitución de 1886 rigió durante 105 años la vida institucional de Colombia (con reformas de poca trascendencia algunas, pero otras de gran significación como las de 1910, 1936, 1945 y 1998), hasta cuando fue derogada íntegramente por la Asamblea Constituyente de 1991.

Si bien la nueva carta se presentó en su momento como una reacción contra el desorden de la federación, hay que aceptar que sus inicios fueron dolorosos y, en cierta manera, contradictorios con los propósitos de reafirmar el orden y la autoridad que la habían justificado.

Esta carta perduró hasta el 4 de Julio de 1991, cuando la Asamblea Constituyente, representados por Álvaro Gómez, Horacio Serpa y Antonio Navarro Wolf. El más destacado concepto institucional de la nueva Carta es el llamado Estado social de derecho. Desde el preámbulo se define con claridad y se enuncia expresamente en la primera frase del artículo primero. La Carta del 91 va mucho más allá de la definición clásica de la democracia como un Estado de derecho y define expresamente a las instituciones públicas como instrumentos al servicio de la sociedad, especialmente de sus miembros más débiles. Las herramientas fundamentales de ese Estado social de derecho son la carta de derechos descritos con precisión en 71 artículos y las garantías para su aplicación definidas en otros 12.

No cabe duda de que el cambio constitucional de 1991 es uno de los más importantes eventos de la historia del siglo XX y seguramente de buena parte del siglo que comienza para el pueblo de Colombia.

Código Penal Colombiano

LEY 599 DE 2000 (julio 24) por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia DECRETA: LIBRO PRIMERO PARTE GENERAL
TITULO I DE LAS NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL COLOMBIANA
CAPITULO UNICO

Parte pertinente

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

Historia cronológica de la Constitución de la república de Honduras

Honduras es un país ubicado en Centroamérica que ha sufrido una serie de reformas constitucionales desde el año 1825 hasta la constitución de 1982. Para indagar en la Constitución de Honduras, es importante conocer que este país ha tenido 14 constituciones cada una con algunas características relevantes y con actores distintos, Honduras ha pasado por una transformación de reformas constitucionales en más de una docena de oportunidades la primera se remonta por el año 1825 cuando Honduras en manos del abogado Osé Dionisio de la Trinidad de Herrera y Díaz del Valle, el cual fue el primer presidente de Honduras.

Constitución de 1825

Se determina en Comayagua, para la fecha de 11 de diciembre de 1825, es la primera constitución de la República de Honduras, en la que se evidenciaba los estatutos del Poder Ejecutivo y su desempeño gubernamental, así como también los períodos presidenciales.

A continuación transcribimos algunos de los actuales artículos de la constitución Hondureña, sin dejar de mencionar que desde 1982 se han realizado sobre la misma 22 reformas constitucionales

ARTÍCULO 4.- La forma de gobierno es republicana, democrática y representativa. Se ejerce por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación.

ARTÍCULO 5.- El gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la conciliación nacional.

Código Penal de Honduras

Decreto número 144-83

El congreso Nacional Decreta:

El siguiente:

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

CAUSAS DE JUSTIFICACION

(Parte pertinente)

ARTICULO 24. Se halla exento de responsabilidad penal:

5) Quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Se entenderá que existe esta última circunstancia respecto de la autoridad o de sus agentes y de las personas que concurran en su auxilio, que en caso de desobediencia o resistencia o para evitar la fuga de un delincuente empleen medios proporcionados de represión, siempre que preceda intimación formal;

Historia cronológica de la Constitución de la república de URUGUAY

La preconstitución 1825-1830 Cuando Brasil se independiza de Portugal e incorpora al territorio de la Provincia Oriental que queda sometido a la Constitución del imperio brasileño de 1824.

Los “Treinta y Tres Orientales” organizan en Buenos Aires una Cruzada para liberar esta Provincia Oriental del dominio brasileño.

El 14 de junio de 1825 se forma un Gobierno Provisorio de seis miembros, que luego convoca a elección de una Asamblea que se integraría con un representante por “cada pueblo” de la Provincia Oriental. El 25 de agosto de 1825, esta Asamblea declara en la Florida: la independencia de esta Provincia respecto de todos quienes la habían dominado (España, luego Portugal, después Brasil); la incorporación a las “Provincias Unidas del Río de la Plata”.

La Constitución de Uruguay de 1830 estableció ideas liberales, afirmó los derechos personales y la distribución de los poderes. Fue vista como una garantía de vida civilizada, como un símbolo de orden al que todos se remitían o decían aspirar. Estuvo por encima de los caudillos y de los partidos políticos. Tuvo también aspectos negativos, que promovieron inestabilidad política e hicieron que existiera un divorcio entre el país legal y el país real. No previó la coparticipación de los partidos políticos en el poder, lo que obligó a las minorías a recurrir a la revolución. Privó de la ciudadanía a analfabetos, mujeres, esclavos, peones jornaleros, soldados de línea, deudores del Estado, ebrios, procesados con causa penal y sirvientes a sueldo, dejándolos al margen de la vida política. Excluyó a los militares del Parlamento, apartándolos de una escuela de civismo e incitándolos a la conspiración o la revuelta para llegar al poder.

Su constitución tuvo 7 reformas en el año 1918, 1934, 1942, 1952, 1967, 1973 y la última en 1997.

Código Penal de Uruguay (Ley 9.155)

Índice

Libro 1 parte general

Título II de las circunstancias que eximen de pena

CAPÍTULO I De las causas de justificación

Art. 28. Cumplimiento de la ley. Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en vista de las funciones públicas que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que le preste a la justicia. (Cf. art. 77 de la la ley 17.243 de 29.6.2000.

Art. 77 de la ley N° 17.243: “Se presumirá la existencia de la causal de justificación prevista en el artículo 28 del Código Penal ‘cumplimiento de la ley’, respecto de los actos cumplidos por personal militar asignado a tareas determinadas por el Poder Ejecutivo, de seguridad externa de establecimientos de detención, recintos militares y lugares sede de organismos del Estado, y cuyo cometimiento se hubiera realizado formalmente. Esta presunción regirá siempre que dichos actos se hubieran ejecutado en ocasión del cumplimiento de las funciones y conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares”.

De lo prescripto destacamos lo siguiente:

El artículo 24 inc. 5 del Código penal de la República de Honduras, le da al instituto jurídico del cumplimiento del deber no solo una circunscripción si no que orienta al lector a determinar quiénes son los actores que deben cumplir con sus deberes y como deben hacerlo.

En cuanto al Derecho Penal de la República Oriental del Uruguay, denomina cumplimiento de la ley a la causa de justificación de un injusto penal, el mencionado código además en su texto remite al art.77 de la ley 17243. Entonces para poder descartar la acción penal y practicarse la antijuricidad a un funcionario público encargado de hacer cumplir la ley en un caso, debe existir una ley, no se podrá entonces eximir de responsabilidad penal al agente valiéndose de cualquier norma si no de una ley sancionada y promulgada por el congreso de la nación.

9.1 Diferencias entre Derecho y Deberes Jurídicos

Deber Jurídico

Existen filósofos que vinculan el concepto de deber jurídico con aspectos psicológicos, y el ejemplo típico es la obligación en que se ve involucrada una persona cuando es coaccionada por un asaltante.

En cambio otros Iusfilósofos están en la orilla opuesta y creen en cambio que nada tienen que ver los hechos psicológicos ni esa idea de sufrir un daño, pero si con la idea de sufrir una sanción.

Cuando se dice que un sujeto está obligado, se aplica al caso una norma general a ese individuo particular, destacándose entonces que su caso está comprendido en esa norma (Nino: Editorial Astrea: 2007: 192).

“Kelsen, en su obra La teoría Pura del derecho, describe que en una norma valida, está prevista una sanción para la acción opuesta a la obligatoria” (Nino: 2007: 193).

Aunque el concepto de deber jurídico de Kelsen ha sido objetado por gran parte de la doctrina moderna ya que no cumple con las complejidades del ámbito total del derecho si lo seria al ámbito del Derecho Penal y por ende aplicable a nuestro trabajo.

Derecho

A partir del siglo IV después de Cristo se empezó a utilizar la palabra *directum*, que define un conjunto de normas religiosas que orientan el camino de la Humanidad esa palabra dio lugar al actual significado de la palabra Derecho.

Luego nacen DOS (2) puntos de vista, uno que se orienta al perfeccionamiento y aplicación del derecho, como un sistema que pretende lograr la justicia en la sociedad, que se denominó derecho objetivo, el otro más personal, una serie de facultades que se puedan imponer frente a los demás y se denominó derecho subjetivo (en el que centraremos nuestra atención), y cuando hablamos de estos poderes que ejercitan los hombres, hablamos por ejemplo de los derechos de los trabajadores, del derecho de propiedad así como también el de ejercer la legitima defensa.

A este derecho subjetivo se lo definió como: “un conjunto de facultades porque contempla al sujeto en función del objeto, que lo posee o lo pone en movimiento” (Mouchet, Zorraquin Becú: 2000: 24.)

Dice al respecto el Dr. Jorge Vannossi:

“Son Derechos Subjetivos los que tienen acción, los que están garantizados Jurisdiccionalmente, es decir los que se encuentran tutelados o protegidos por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se supone hay jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin, por ello los Derechos Subjetivos coinciden con una situación jurídica del órgano sancionatorio de la violación. Si no existe ello no hay declaración de derechos sino una declamación de derechos y no hay fuerza operativa para ejecutarlos” (UAI: Clase Magistral Ciclo Maestros del Derecho: 11/06/13: CABA)

El deber de protección Estatal que se ejerce a través de los Funcionarios Públicos Encargados de Hacer Cumplir la Ley

El estado está comprometido a no entrometerse en la esfera de libertad de cada ciudadano y además asume el deber de defenderlos cuando estos son agredidos, debido a que las personas que integran el estado han renunciado al monopolio de la violencia.

En palabras de Hobbes: “El motivo y el fin del que renuncia a su derecho lo transfiere, no es otro que la seguridad de su propia persona en su vida y en los medios de preservarla. El estado es la suma de los intereses particulares. Debe defenderse al ciudadano, este solo abandona sus derechos al estado para ser protegido. El estado perdería su razón de ser si la seguridad no fuese garantizada”¹⁰

Dice Michael Pawlik, “Que la evitación y prevención del delito no constituye una tarea más del estado, sino su cometido fundamentalísimo”¹¹

Es por lo expuesto es que los agentes del orden público están obligados a conjurar delitos en el marco del ejercicio de sus funciones policiales.

No es la inquietud aquí de clasificar que grado de responsabilidad le cabe a cada Funcionario Público en su actuar, pero de ese actuar dependerá el grado de responsabilidad, oscilando cumplir el deber de garante cuando custodie a un detenido o demorado, o en el caso que un tirador policial de una fuerza especial que deba abatir a

¹⁰ Cito de Jean Touchard: 2001: *Historia de las Ideas Políticas*: Editorial: Tecnos: p.261

¹¹ Cito de Ivo Coca Vila: 2017: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*: Tirar a matar: p. 26.

un terrorista armado a punto de disparar sobre inocentes hasta cumplir un deber de menor intensidad de su actividad laboral diaria.

En el presente título se pretendió realizar una introducción y diferenciar entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber jurídico.

“Es errónea la equiparación que suele hacer la doctrina entre el cumplimiento del deber jurídico y el ejercicio de un derecho, este último es la fórmula general de la justificación, o sea, los preceptos permisivos que pueden emerger de cualquier parte del orden jurídico. Quien tiene un permiso, puede o no hacer uso del mismo, puedo defenderme legítimamente o no hacerlo y soportar la agresión. Pero quien tiene un deber jurídico, debe cumplirlo porque de lo contrario es penado” (Zaffaroni: 2006: 379.)

Capítulo 3

Conclusión

Para poner término a esta Tesis extraeré algunas conclusiones que se desprenden de sus planteamientos y desarrollos.

En primer lugar, del producto de la investigación se desprende que las resoluciones Ministeriales dictadas para uso de armas son inconstitucionales, ya que los únicos organismos habilitados por la Constitución Nacional para dictar normas penales o procesales penales son el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo como órgano colegislador.

Sostenemos que en la actualidad los operadores jurídicos poseen grandes dificultades para calificar la actuación de un agente policial dentro del Instituto del Cumplimiento del deber, aunque el mismo haya cumplimentado una orden del servicio, legítima y haciendo uso del armamento reglamentario, aun así, deben recurrir al instituto jurídico de la legítima defensa, a las Resoluciones del Ministerio de Seguridad y a los principios generales del derecho penal para auxiliarse, pues hay en la actualidad, un vacío legal identificable a simple vista en el Art 34 inc. 4. del Código Penal de la Nación.

Por lo expuesto proponemos que en el texto del futuro Código Penal, dentro del título inimputabilidad y subtítulo Cumplimiento del Deber debería contener un marco de actuación para los Funcionarios Públicos que actúen en la defensa tanto sea del Estado Nacional, Institucional, social o personal siendo los elementos jurídicos propuestos los siguientes:

El funcionario público encargado de hacer cumplir la ley debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Utilizar armamento reglamentario o provisto por la Fuerza de Seguridad a la que pertenece.
- Munición provista por la institución a la que pertenece.
- Racionalidad del medio empleado para defenderse o defender a un tercero de una agresión ilegítima.
- Encontrarse en ejercicio del cargo ya sea cumpliendo una función, tarea o consigna.
- Cumplir una orden legítima del servicio emanada de autoridad competente.

Además proponemos que Art 34 inc. 4. del Código de rito, sea una norma de reenvío hacia un decreto reglamentario acorde el art. 99 inc. 2 de la CN, que prevea

detalladamente circunstancias y razones en las que el personal con estado policial, deba recurrir a la coacción legítima para prevenir la comisión de hechos antijurídicos.

ANEXO 1

Jurisprudencia 1

Voces: Agresión ilegítima ~ Homicidio ~ Legítima defensa ~ Policía ~ Requisitos de la legítima defensa

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I(CNCrimyCorrec)(SalaI)

Fecha: 14/10/2014

Partes: H., M. A.

Cita Online: AR/JUR/56848/2014

Hechos:

Un policía fue imputado por homicidio, pues dio muerte a una persona que había cometido un hecho ilícito y luego mantuvo con él un intercambio de disparos a corta distancia del móvil policial. El agente resultó herido. Su defensa sostuvo que existió una actuación bajo legítima defensa. El juez de primera instancia sobreseyó al agente y la Cámara confirmó esa decisión.

Sumarios:

1. El supuesto previsto en el art.34, inc.6, del Código Penal debe considerarse configurado al estar acreditado que el fallecido, luego de haber cometido un hecho ilícito, fue quien disparó primero al agente de policía que se encontraba sentado el volante de un móvil y se acercó a éste empuñando un arma de fuego, iniciando de ese modo una agresión ilegítima hacia el bien jurídico vida, sin provocación por parte del funcionario policial, a quien hirió en su cuerpo.
2. La conducta seguida por el fallecido, quien empuñó un arma de fuego y efectuó un disparo a corta distancia y en dirección a un agente de policía que se encontraba sentado al volante de un móvil policial, configura una agresión actual e ilegítima que motivó la necesidad del agente de utilizar un medio racional para repeler el ataque de acuerdo al art.34, inc.6, del Código Penal, actuando en el marco de su deber jurídico porque aún no había cesado el peligro al que había sido expuesto.

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 14 de 2014.

Considerando: I. Hecho imputado:

Conforme surge del resolutorio impugnado se reprocha a M. A. H.: “(°) haber dado muerte a M. A. G. el 16 de junio de 2013, a consecuencia del enfrentamiento armado que sostuviera con éste, en ocasión de la persecución y fuga que respectivamente protagonizaran los nombrados, a raíz del robo que habría perpetrado el fallecido instantes antes.

El episodio sucedió en las circunstancias de tiempo modo y lugar que a continuación se detallan: el domingo 16 de junio de 2013 aproximadamente a las 00:50 horas, L. A. M. C. se encontraba en el interior de su rodado marca ... dominio ..., estacionado frente al 2160 de la calle ... de esta ciudad, junto con sus amigos M. S. y E. A. G. N., cuando M. A. G. se acercó al vehículo por el lado del conductor junto a otra persona que no fue individualizada, y esgrimiendo la pistola Bersa ..., color negra con inscripción “Policía Federal Argentina” N° ... le dijo “dame toda la plata que tenés”, golpeando con la pistola la cabeza de M. C., provocándole una lesión cortante a la altura de la sien derecha.

El otro hombre tenía en su mano un arma de fuego plateada.

L. M. C. entregó un juego de llaves, su teléfono celular marca ..., abonado ..., luego de lo cual G. le exigió a E. A. G. N. que entregara sus pertenencias, y ante la negativa de éste, efectuó un disparo al piso de la parte trasera del rodado.

Entre tanto, en la calle San Pedro entre Fonrouge y Pola, un ocasional conductor le avisó a H., que recorría el sector delimitado como 1B en el móvil marca ..., dominio ..., interno ... de la Policía Federal, lo que estaba sucediendo en la calle Larraya.

En razón de ello el encartado tomó por la calle Pola, luego por Garzón y finalmente por Larraya. En esos momentos G. y el otro sujeto no identificado, salieron corriendo.

Así, al llegar el imputado junto a los damnificados, éstos le indicaron: “aquellos dos nos robaron”, por lo que comenzó la persecución, siempre a bordo del móvil policial, y encendiendo las balizas. Momentos después impartió la voz de alto, pese a lo cual los asaltantes siguieron su huida doblando a la izquierda por la calle San Pedro, para luego de una cuadra doblar nuevamente por Fonrouge. Que el sujeto no individualizado cambió repentinamente de dirección en su escape y fue perdido de vista por H., quien continuó con la persecución de G., el que dobló por la calle Garzón a la izquierda y luego cambió de dirección hacia Fonrouge.

Luego G. se parapetó detrás de un árbol a la altura de la calle ..., a la vez que H. detuvo la marcha del patrullero a una distancia aproximada de 2 metros de G., e

impartió la orden de que levante las manos y cese su accionar, a lo que éste respondió ‘no tengo nada’, efectuando seguidamente un disparo hacia el encartado con la pistola marca Bersa ... n° ..., hiriéndolo.

Frente a ello H. realizó al menos tres (3) disparos con su arma reglamentaria, la pistola marca Bersa ... n°... El disparo realizado por G., ingresó por la ventanilla del lado del conductor, atravesando la campera del uniforme del enjuiciado que era el único tripulante, provocándole la lesión de la que da cuenta el informe de fs. 23, la constancia de fs. 262 último párrafo y la fotografía de fs. 274, quedando alojado el proyectil en el asiento del acompañante del rodado.

Por su parte, dos de los tres disparos efectuados por H. hicieron blanco en la espalda G. provocando su deceso.

Según el informe del cuerpo médico forense, uno de los proyectiles disparados por H. ingresó por la región lumbar paramedial derecha a 3 cm. de la columna vertebral, a la altura de la vértebra lumbar 4°, ingresando al abdomen lesionando el riñón derecho, lóbulo derecho del hígado, perforando el hemidiafragma derecho, generando un hemoperitoneo, fractura de la 9° costilla derecha en su arco lateral, para salir al exterior por una lesión de labios avertidos, sobre la línea medio axilar derecha a 9 cm por arriba del reborde costal derecho y a 17 cm de la línea media.

Su trayectoria fue de atrás hacia delante, de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha.

El segundo proyectil ingresó por la cara posterior del hemitórax izquierdo, a 11 cm. de la columna dorsal y a 11 cm por debajo de la punta de la escápula, ingreso al tórax por el 9° espacio intercostal izquierdo, lesionando pleura parietal y visceral, el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, región para-hiliar de ambos pulmones, lóbulo superior del pulmón derecho, con lesión en la cara posterior del hemotórax izquierdo, a 11 cm de la columna dorsal, saliendo del tórax por el 1er. espacio intercostal derecho para salir al exterior por la cara anterior del hombro derecho, a 14 cm. de la línea media y a 1 cm. por debajo del reborde inferior de la clavícula derecha, por una lesión contusa a labios evertidos.

La trayectoria de este disparo fue de atrás hacia delante, de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba.”.

II. Sobre el debate:

a) Ambos acusadores coincidieron en sostener que no ha existido la actualidad de la agresión y riesgo alguno para M. A. H. en momentos en que M. A. G. huía del lugar,

pese a lo cual el imputado le efectuó dos disparos con su arma reglamentaria por la espalda. Ello, según sostuvieron, encuentra explicación en las conclusiones de las experticias realizadas por la Dirección de la Policía Científica de Gendarmería Nacional (nros. 63859 y 64356, respectivamente), que dan cuenta que los proyectiles ingresaron por esa zona del cuerpo.

Destacó la querella en torno a la ausencia de la agresión antijurídica -actual e inminente-, que los dichos de los testigos L. A. M. C. y E. A. G. N., sumado al descargo del funcionario policial así lo prueban, pues éstos expresaron que G. luego de haber cometido el desapoderamiento del que resultaron víctimas los primeros de los nombrados en la vía pública, huyó, se ocultó detrás de un árbol ubicado allí, circunstancia en la cual el policía había detenido la marcha del móvil a una distancia aproximada de dos metros suya, ocasión en la que se produjo un “intercambio de disparos” entre los dos, tras lo cual al haber huido G. del sitio H. le disparó por su espalda.

Asimismo, los acusadores hicieron hincapié en el contexto en que se desarrolló el episodio, pues a entender de éstos el Agente H. se encontraba en superioridad de condiciones respecto a G., por lo que pudo haber neutralizado la existencia de la agresión ilegítima que creyó sufrir a través de diferentes medios que tenía a su alcance. En ese sentido, alegó que se encontraba protegido en un vehículo blindado, con lo cual pudo haberlo perseguido, y/o en esas mismas circunstancias haber requerido colaboración a otros móviles de la dependencia para su aprehensión.

El fiscal general, a su vez, alegó que el preventor con su accionar habría excedido la “vigencia del límite temporal que él tenía para defenderse?” (exceso-extensivo), pues a su criterio ya no estaba inmerso en alguno de los “dos momentos” previsto en el inc. 6 punto b) del art. 34 del Código Penal, esto es, en la situación de impedir o repeler la agresión ilegítima cuando G. se fugaba del lugar, extremo que quedaba demostrado a través de las pericias de gendarmería citadas, y por el resultado de la autopsia practicada al cuerpo del fallecido (fs. 57/66).

En síntesis, la querella y la fiscalía concluyeron que la vida de M. A. H. no corría peligro cierto en el momento en que había efectuado los disparos a M. A. G. cuando huía; máxime teniendo en cuenta lo certeros de éstos y el lugar donde se produjeron -la zona de la espalda-, por lo que sostienen que no ha habido una causa de justificación que ampare el proceder del encausado.

En consecuencia, ambos solicitaron que se revoque el pronunciamiento recurrido, y se dicte el procesamiento de M. A. H. por homicidio calificado (arts. 80, inc. 9º del CP y 306 del CPPN).

b) La defensa, a su turno, señaló que la hipótesis delictiva planteada por los recurrentes en torno a que G. habría sido “rematado por la espalda” por el Agente H. ha quedado descartada por los estudios periciales a que han hecho referencia ellos, cuyas conclusiones establecieron que los dos proyectiles disparados ingresaron en el cuerpo del fallecido G. en dirección oblicua; sumado a que a su juicio la agresión ilegítima aún no había cesado para su asistido cuando se produjo el ataque de G., pues éste continuaba apuntándolo con su arma de fuego mientras huía del sitio.

En consecuencia, estimó que el actuar de M. A. H. fue conforme a derecho (art. 34, inc. 6º del CP), toda vez que G. fue el primero que efectuó un disparo en contra de suyo, provocando que el proyectil rozara la parte interna del brazo derecho, a centímetros de su codo (ver fs. 23/23vta., y último párrafo de fs. 262), tal como lo afirmó el testigo E. G. N. (fs. 84/86). Dicha agresión fue repelida por H. que disparó su arma reglamentaria contra el sindicado produciendo el desenlace fatal.

Por tales motivos, peticionó que se homologue el temperamento desvinculatorio del nombrado por haber obrado justificadamente (arts. 34, inc. 6º del código sustantivo y 336, inc. 5º del ordenamiento procesal).

III. Análisis del caso:

Oídos los agravios expuestos por los acusadores en la audiencia, debidamente confrontados por la defensa en ese marco, y vistas las actas escritas que tenemos a la vista, consideramos a la luz de la sana crítica racional (art. 241 del CPPN) que la decisión apelada debe ser homologada.

En este sentido, y para un adecuado análisis de la cuestión que viene a conocimiento del tribunal, acerca de la inexistencia de la actualidad e inminencia de la agresión antijurídica reclamada, debemos analizar los tres elementos para la configuración del permiso legal previsto en el art. 34, inc. 6º del CP, y establecer si han concurrido en el caso concreto.

La estructura de la legítima defensa requiere: a) una agresión ilegítima, actual o inminente; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del defensor.

a) Agresión ilegítima

Por agresión se entiende la amenaza de lesión o puesta en peligro de derechos jurídicamente protegidos; ataque que debe provenir de una acción humana tanto imprudente como dolosa.

Asimismo se exige que la agresión sea antijurídica, es decir que se trate de un ilícito de conducta que haga temer la realización de un ilícito de resultado. Desde esta perspectiva, es suficiente con que la agresión realice o al menos amenace realizar el ilícito de resultado. Debe existir un ilícito de acción y de resultado (DONNA, Edgardo A. Teoría del Delito y de la Pena, Astrea, Bs. As., 2003, t. II, p. 146 y ssgtes).

Por último, se requiere que la agresión sea actual, debe estar en curso o ser al menos inminente, esto es, cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agente se vea obligado a actuar para neutralizarla.

b) Racionalidad del medio empleado

Supone en primer lugar que se actúe en contra del agresor o, lo que es lo mismo, reconociendo la acción de defensa.

La necesidad constituye una exigencia tan básica como lo es el ataque; sin el requisito de ser necesaria no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva. Jiménez de Asua señala que la necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos; pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico amenazado y a la figura típica que surge de la reacción.

La ley, sin embargo, requiere algo más: que el medio con que se repele la agresión sea racionalmente necesario, para lo cual han de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

Al calificarse la necesidad de racional, se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una cierta proporción en los medios, y por la otra, que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa tampoco sea absoluta. Aquí también surge la proporcionalidad no ya referida al binomio agresión-medio, sino la que se establece, admitida la agresión, en la relación entre medio-bien defendido.

Para evaluar los contornos de este requisito deben tomarse en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, con el criterio común a la personas en condición semejante a la del atacado, o bien desde el punto de vista de un “agredido razonable” (como dice Soler) en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede

consentir la reflexión ulterior (D’ALESSIO, Andrés J., Código penal, comentado y anotado, LA LEY, Bs. As., 2007, p. 390 y ssgtes.).

c) Falta de provocación suficiente

La ley niega el permiso para defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión. La provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa. Nadie está obligado a soportar lo injusto, pero siempre que no haya dado lugar a lo injusto con una conducta inadecuada para la coexistencia (ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal, Ediar, Bs. As., 1997, p. 492/493).

Traídos los lineamientos generales al caso concreto, consideramos tal como lo afirmó el Sr. juez de la primera instancia, que se han dado los presupuestos para considerar que M. A. H. actuó amparado en el permiso legal previsto por el art. 34, inc. 6° del código sustantivo.

En efecto, no se encuentra controvertido que M. A. G. disparó primero a M. A. H. que se encontraba dentro del móvil policial, sentado al volante, tras haber egresado de atrás del árbol -ubicado en la vereda de la calle ... a la altura n° ..., de esta ciudad- en el que se ocultaba, y se acercó a éste empuñando el arma de fuego, iniciando así una agresión ilegítima hacia el bien jurídico vida, sin provocación por parte del funcionario policial, a quien hirió en su cuerpo (cfr. el informe médico de fs. 23/23vta., la constancia de fs. 262, último párrafo y las vistas fotográficas de fs. 273/274).

En este punto, es relevante destacar el testimonio de L. A. M. C. y el de E. A. G. N. (damnificados del robo que precedió el evento aquí investigado, y que tuvo como protagonista a M. G. y a un tercer sujeto aún no identificado, tal como fue reconocida la existencia del hecho de sustracción por parte de la querella en el marco de la audiencia), quienes refirieron que G. disparó primero, a “quemarropa”, y a una corta distancia del encausado -aproximadamente entre dos o tres metros suyo-, tras lo cual se sucedió un intercambio de disparos entre los dos (ver fs. 82/83, 84/86, 564/565 y 566/567, respectivamente).

En este sentido, cabe destacar que si bien M. C. en ocasión de prestar declaración testimonial en la sede jurisdicción, dijo no recordar la cantidad de disparos que cada uno de los intervinientes habría efectuado, así como tampoco que haya sido el fallecido quien disparó en primer término, lo cierto es que fue contundente al señalar que G. estaba en la vereda, junto al cordón y de frente a la puerta del patrullero detenido

cuando se produjo el enfrentamiento armado entre ambos, y luego se dirigió hacia la parte trasera del vehículo donde cayó al suelo.

Al respecto, no se puede soslayar que tras ser interrogado el testigo para que diga si había visto al policía disparar a G. por la espalda cuando se retiraba del árbol en el que se había ocultado, expresó: “Que no vio ni escuchó disparos fuera de los que mencionara, aclarando que desde el lugar donde estaba pudo ver que los disparos se sucedieron casi simultáneamente cuando el policía estaba sentado en la patrulla, con la puerta cerrada, y el asaltante de frente a la puerta del patrullero.”.

A la pregunta efectuada en cuanto a si en algún momento el asaltante se había colocado con su cuerpo de costado al patrullero para ofrecer menor superficie de blanco al policía, refirió: “Que no. Que según recuerda vio que el delincuente siempre estuvo de frente al costado del patrullero, y sólo se movió luego del intercambio de disparos cuando fue hacia la parte trasera del móvil donde cayó”.

En similares términos se expidió E. G. N. al declarar testimonialmente en la sede judicial, no obstante aseveró que G. habría sido quien disparó primero en contra del preventor, señalando que: “(°) el asaltante sale detrás del árbol, moviéndose hacia la parte trasera del móvil policial cuando le dispara su arma hacia el interior del patrullero, notando que continúa desplazándose hacia la parte trasera del patrullero mientras el policía dispara también su arma.”, agregando que: “(°) todo ocurrió en menos de un segundo, es decir dispara el asaltante al policía e inmediatamente el policía dispara al asaltante, en ese orden y secuencia, mientras el asaltante se desplazaba hacia la parte trasera del patrullero.”.

De este modo, se comparte lo sostenido por la defensa en cuanto a que el accionar de G. de acercarse, arma en mano, a la ventanilla del Agente H. debe considerarse una agresión ilegítima, actual, en tanto el funcionario policial actuó en el marco de su deber jurídico pues aún no había cesado el riesgo al que había sido expuesto, continuando en peligro su integridad personal.

Por otro lado, las manifestaciones de M. C. y las de G. N., a nuestro juicio, se encuentran corroboradas por las conclusiones de las experticias n° ... y ... practicadas por la Dirección de Policía Científica de la Gendarmería Nacional, que este Tribunal tuvo a la vista, las que establecieron una trayectoria y dirección diferente de los dos disparos que impactaron en el cuerpo de M. G. y que culminaron con su vida, a la mencionada por los recurrentes.

Veamos, en el apartado denominado “Consideraciones médicas” se verificó que: “a) En relación a la lesión contuso penetrante denominada

“OE 1” (Ver Gráficos Nro. 42 y 43) su forma oval acompañada de halo contuso excoriativo más marcado en su reborde inferior (forma medialuna), sugieren impactos de proyectil con ángulos de arribada respecto al plano de la piel, menor a 90” (Ver grafico nro. 43). b) Respecto al orificio denominado “OE 2”, su morfología tiende a la forma redondeada, pero vista en detalle, impresiona discreto reforzamiento en forma de semiluna inferior en su halo contuso excoriativo (Ver Gráfico Nro. 44), estableciéndose durante la autopsia, que su trayectoria intracorporal, fue ascendente al igual que “OE 1”.”.

Además, se exhibe relevante destacar de citadas pericias que: “Ambas trayectorias intracorporales descriptas en el Protocolo de la Autopsia Nro. 1432/13, son semejantes en lo que respecta a su dirección y sentido: “de atrás adelante, de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha”, lo cual ubicaría al tirador -en alusión al Agente H.- a la izquierda del occiso al momento de disparar. Considerando las características morfológicas observadas en “OE 1 y OE 2”, M. A. G., podría haber presentado una postura en la que el tronco estaría inclinado hacia adelante (por ejemplo agachado) al recibir los impactos, permitiendo en esa posición, el arribo de los proyectiles, con un ángulo menor a 90” respecto al plano de la piel (forma ovoide de OE 1 y el reforzamiento inferior del halo contuso excoriativo OE 2), constituyendo su trayectoria ascendente dentro del cuerpo”.

Ello, conduce a establecer que los proyectiles disparados por el Agente H. ingresaron en forma oblicua -y no perpendicularmente- en la espalda de M. G. cuando el primero se defendía y repelía la agresión armada por parte del segundo, lo cual impide descartar que el preventor haya disparado por la espalda, conforme lo sostuvieron el fiscal y la querella en el marco de la audiencia. Es más, las vistas fotográficas que ilustran el estudio técnico que mencionamos, demuestran que las conclusiones periciales corroboran la versión aportada por el testigo N., en cuanto a que G. siempre estuvo de frente al lateral del patrullero; dicha posición, en su avance hacia la cola de la unidad, colocó su espalda en modo oblicuo a la posición del policía que, como se dijo, siempre estuvo sentado en el lugar del conductor.

Así las cosas, se determinó que G. efectuó un disparo generador de la agresión que ingresó por el habitáculo de la ventanilla del lado del conductor, atravesó la campera del uniforme policial que tenía colocada H., provocándole una lesión en su brazo derecho, para quedar alojado el proyectil en el asiento del acompañante del patrullero (ver el acta

de inspección ocular obrante a fs. 20/22), con lo cual se advierte que continuaba siendo necesario para el imputado repeler la agresión de la que era víctima, situación que debilita el argumento de ambos acusadores en cuanto se refirieron a la superioridad de condiciones en que la se encontraría H. en relación a su agresor.

Aunque se desprende del análisis efectuado hasta aquí, resulta oportuno reiterar que no ha habido provocación suficiente por parte del funcionario H..

En virtud de lo expuesto, entendemos que ha habido una agresión por parte de M. A. G. que era actual e ilegítima, que consistió en empuñar el arma de fuego y efectuar un disparo a corta distancia y en dirección a M. A. H. (cfr. el punto H “Distancia de Disparo” de las experticias citadas), lo que motivó la necesidad de utilizar un medio racional para repeler el ataque. Los acusadores han cuestionado, en cierto modo, la racionalidad del medio, aludiendo a que H. se encontraba dentro de un vehículo blindado y que resultó lesionado porque tenía el vidrio bajo de su ventana, crítica que no podemos convalidar. Más allá de que no existen blindajes absolutos, como es de público y notorio, sino que dependen del calibre del arma y del tipo de munición que se dispara, pretender que la reacción “racional” hubiese sido permanecer encerrado en el patrullero, con las ventanas cerradas, mientras una persona dispara un arma de fuego en plena ciudad, consideramos que atenta directamente con la función pública que debe desempeñar un policía. En efecto, su principal misión, más allá del cuidado de su propia persona, es la defensa de terceros, en virtud del monopolio estatal de la fuerza, por lo que la actitud sugerida, a título de hipótesis, en la audiencia habría implicado una violación a su deber primordial, la defensa de terceros, presentes en la escena, como es el caso de los testigos reiteradamente mencionados.

Descartada la falta de racionalidad en el medio, igual suerte debe correr el supuesto exceso extensivo en la respuesta que reclamó el representante de la vindicta pública. Dicha conclusión parte de una segmentación del continuo de hecho sucedido, lo que consideramos no es razonable. La fiscalía considera que en un momento (sin fijar cuándo) la agresión cesó y comenzó la fuga, y que los disparos que impactaron en G. fueron posteriores a ese momento, por lo que quedan fuera de la defensa necesaria. Por el contrario, las evidencias que ya reseñamos nos indican que G. en todo momento empuñó el arma de fuego con la que hirió a H. y que siempre estuvo de frente al lateral del patrullero y a muy corta distancia, circunstancias que nos llevan a concluir que su agresión ilegítima nunca cesó.

En síntesis, por las consideraciones expuestas, se entiende que acusadores cuestionan la valoración que hiciera el juez de grado de las evidencias probatorias colectadas, lo que no alcanza a confutar el grado de certeza sobre la existencia de la causa de justificación cuestionada, siendo así que los planteos de los quejosos no encuentran asidero ni probatorio, ni legal (arts. 45, 34 inc. 6 del CP; 336, inc. 5 e in fine, del CPPN;).

En consecuencia, el Tribunal resuelve: Confirmar el punto dispositivo I de la resolución de fs. 623/637, en cuanto ha sido materia de recurso (arts. 45, 34 inc. 6 del CP; 336, inc. 5 e in fine, 455 del CPPN).

Se deja constancia que el doctor Filozof no estuvo presente al momento de la celebración de la audiencia. Notifíquese a las partes mediante el sistema de notificación electrónica, conforme lo dispuesto en la Acordada 38/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y devuélvase, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. — Jorge L. Rimondi. — Luis M. Bunge Campos.

Jurisprudencia 2

Voces: Abuso de armas ~ Agravantes ~ Exceso en legítima defensa ~ Falta de mérito ~ Homicidio ~ Legítima defensa ~ Prueba pericial ~ Requisitos legítima defensa ~ Sobreseimiento

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Fecha: 15/05/2019

Partes: Legajo de apelación de P., F. J. y otros s/ homicidio simple - usurpación (art. 181, inc. 1) en concurso real con atentado agravado a mano armada

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/10668/2019

Hechos:

A varios integrantes de la Prefectura Naval Argentina se les endilgó que mientras estaban realizando patrullas, con el propósito de resguardar un predio que esa fuerza había desalojado dos días antes, habrían disparado un arma que hirió de muerte a un integrante de una comunidad aborígen. Fueron procesados en orden al delito de homicidio agravado por el uso de armas, cometido mediando exceso de legítima

defensa. Todas las partes apelaron la decisión. La Cámara mantuvo el procesamiento solo con respecto a uno de los encartados, aunque descartó el exceso de la legítima defensa. Con respecto a los otros imputados, se decretó la falta de mérito.

Sumarios:

- 1 . El prefecto imputado debe ser procesado en orden al delito de homicidio agravado por el uso de armas y sin haber mediado un exceso en la legítima defensa, ya que no pudo acreditar la magnitud del ataque del que habría sido víctima, indispensable para, en base a ello, sacar conclusiones sobre la necesidad racional del medio empleado a fin de ejercer la hipotética defensa armada que provocó nada menos que la muerte de una persona.
- 2 . El hecho de haber cumplido una orden emanada de la judicatura no puede tenerse como causal eximente de la responsabilidad de la muerte de la víctima producida a raíz del disparo de un prefecto, ya que la patrulla llevó a cabo una batida fuera del territorio que debía resguardar y llegando bastante más allá de esos confines.
- 3 . La segunda prueba pericial balística efectuada por Gendarmería Nacional carece de todo valor de convicción, al haber sido elaborada por los subordinados de quien, antes de esa labor pericial —e incluso previo a ser ordenada esa nueva experticia— ya se había manifestado en favor de la inocencia de sus subalternos involucrados en los hechos (del voto del Dr. Barreiro).
- 4 . El procesamiento de los imputados en orden al delito de homicidio agravado por el uso de armas debe revocarse y corresponde dictar la falta de mérito, toda vez que si bien se comprobó que estaban en el lugar del hecho y que dispararon sus armas reglamentarias, lo cierto es que no se pudo probar que el proyectil que acabó con la vida de la víctima haya provenido de sus fusiles.
- 5 . Los prefectos imputados deben ser sobreseídos en orden al homicidio de la víctima, pues corresponde excluir de esa autoría, a quienes -de acuerdo a la prueba pericial- no efectuaron el disparo letal (del voto en disidencia del Dr. Barreiro).
- 6 . Los imputados por el delito de usurpación deben ser sobreseídos, ya que estos jamás se acercaron, siquiera, a los confines del lote recuperado dos días antes ni, tampoco, a los contiguos de propiedad privada del Estado (del voto en disidencia del Dr. Barreriro).

El doctor Lozano dijo:

1. Contra el auto agregado en copia a fs. 247/301 vta. que dispuso, en lo que aquí interesa, el procesamiento de F. J. P., J. R. O., S. D. G., S. G. C. y C. V. S. como coautores del delito de homicidio agravado por su comisión con violencia contra las personas, mediante la utilización de armas de fuego, cometido con exceso en la legítima defensa (arts. 34, inc. 6, 35, 41 bis, 45 y 79 del CP), dedujeron las defensas particulares que los asisten los recursos de fs. 168/173, 174/189 vta. y 180/185 vta., así como la querrela el de fs. 197/199 vta.

2. Debido a la multiplicidad de actores del proceso y a las características del hecho investigado, razones de buen orden procesal aconsejan realizar una breve reseña de las conductas imputadas así como de los agravios expuestos por cada una de las partes en tanto, en el caso de las defensas, los recursos guardan cierta similitud lo que, anticipo, permitirá un tratamiento conjunto. También estimo necesario consignar lo dicho en el auto apelado respecto de F. H. J. H. y L. A. G., aun cuando sus recursos han quedado fuera de lo que debe aquí ser decidido, pues los hechos a ellos intimados guardan vinculación con el contexto que rodea los atribuidos a los prefectos.

En suma, y por lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo:

- a) Admitir sin costas (art. 531 del CPP) la apelación de C. V. S., S. G. C., S. D. G. y J. R. O., revocar sus procesamientos y disponer la falta de mérito de todos ellos.
- b) Rechazar, con costas (art. 531 del CPP) el recurso de apelación de F. J. P.
- c) Admitir parcialmente, sin costas (art. 531 del CPP), el recurso de la querrela revocando, a) la porción del fallo que entendió aplicable la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 6° del CP, con los alcances del art. 35 del mismo código, por lo que el hecho debería subsumirse en la figura del art. 79 con la agravante del art. 41 bis, ambos del CP, disponiendo la prisión preventiva del imputado P., sin perjuicio de lo que se resuelva en la instancia anterior sobre la libertad del nombrado; b) el tramo de la misma decisión que declaró el cierre de la instrucción.
- d) Confirmar el auto apelado en lo demás que decidió.

El doctor Barreiro dijo:

1. A lo ya señalado en el voto inicial, algunos de cuyos lineamientos y conclusiones comparto, agregaré las consideraciones que volcaré a continuación para fundar mi parcial divergencia.

I. Recursos de las defensas

2. Anticipo que, en virtud de los cuestionamientos introducidos por estos recurrentes, sobre todo en la audiencia del art. 454 del CPP, debo referirme en primer lugar a las graves acusaciones dirigidas contra el juez Moldes y contra la pesquisa realizada, para pasar luego a un examen minucioso sobre dos aspectos que resultan esenciales, como lo son la afirmada doble incertidumbre sobre el lugar de los hechos y sobre la identificación del arma homicida. Por último referiré lo relacionado con la insinceridad de esas descalificaciones.

Cuestión Preliminar. Las acusaciones contra el magistrado

3. Se trata aquí sobre las virulentas imputaciones que, con variadas descalificaciones tanto subjetivas como de corte objetivo, los señores defensores de los procesados dedicaron, una y otra vez durante la audiencia, al juez Moldes y a esta investigación. Desde rotular al magistrado como miedoso hasta decir que en lugar de investigar se habían “juntado papelitos”, pasando por adjetivarlo como parcial, arbitrario, ensañado con la Prefectura y otra serie de denuestos por el estilo, todo ello para abonar, de una manera inusual por lo insistente y exagerada, la tesis de que el magistrado actuó con animosidad hacia los funcionarios públicos y hacia las instituciones de seguridad, perjudicándolos indebidamente con razonamientos y conclusiones parciales que vulneraron los derechos y garantías de los imputados.

Remito, para no agobiar aquí con extensas transcripciones, al audio del referido acto procesal según los dichos del abogado Rocchetti: minutos 2:15 y 2:40 (el juez es parcial, no obra con libertad de conciencia influenciado por el miedo), 10:59 (no tiene la intención de esclarecer la verdad sino la de encontrar un culpable para sacarse la investigación de encima), 20:00 (este hecho no se investigó, se juntaron papelitos), 21:25 (el juez no hizo nada, se sacó el problema de encima, hizo una resolución desastrosa, deficiente, parcial y tuerta). La abogada Schmidt, quien expuso durante menos tiempo: minutos 23:47 y 29:35 (pronunciamiento tendencioso, arbitrario y absolutamente parcial debido a un gran temor), 24:46 (paupérrima junta de papeles y no una investigación en serio), 29:39 (animosidad del juez contra funcionarios de la Prefectura). La abogada Bussetti, finalmente: minutos 30:59 (el fin de mi intervención es remarcar, recalcar, la animosidad contra el personal de Prefectura), 32:50 (no le interesa la verdad sobre quién mató a N. S.), 31:45 (tiene ensañamiento), 36:18 (es gravísimo el modo en que se maneja el juez Moldes y esto se debe a que quiere quitarse la causa de encima por la presión social en Bariloche que parece no poder soportar).

Esa reprobación al juez no solamente es inadecuada profesionalmente, según creo — pues a las instancias revisoras se las convence de los yerros en base a argumentos de derecho, sin que aporte a ello otro tipo de alusiones como las que se consignaron en el párrafo previo—, sino que además no refleja lo que sucedió.

Así lo veo porque si se hace una lectura desapasionada del expediente que abandone la zona de confort que proporcionan los tecnicismos y formalidades en las que solemos refugiarnos, hay una segunda comprensión de lo que ocurrió en el caso y ello surge de esta investigación y su fruto, que es el auto de procesamiento que viene apelado.

Esta lectura, diríase más esforzada, debe realizarse porque se convendrá al menos, aunque se disienta en todo lo que consideraré luego, que no es ésta una causa más de las que engrosan la agenda de los tribunales y que lo que subyace en ella, o mejor dicho lo que hace que eclosione un resultado tan ominoso para el estado de derecho como cruel y doloroso para la familia del fallecido, es la discutible concepción de la seguridad nacional que alienta episodios que se reiteran en el tiempo con frecuencia cada vez mayor, en espiral de violencia estatal que no puede ser obviada en esta sentencia, cadena fatídica en la que la muerte evitable de N. S. es un eslabón más, acaso no el último.

Me apresuro a agregar a lo anterior que no cobijo la actuación de personas que para sus reivindicaciones históricas, sean políticas, de clase, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza, se valen de métodos más o menos violentos. Pero la función del estado en estos casos no es responder incrementando la dosis. Es claro que el poder estatal para la violencia es infinitamente mayor que el de los particulares, de manera que representa un verdadero abuso de esa capacidad de respuesta desenfundar las armas cuando no se está ante la irremediable imposibilidad de apelar a los métodos no letales. Y es que antes de sobrepasar ese umbral fatal el estado tiene el irrenunciable deber de agotar la enorme batería de mecanismos institucionales que dan sentido a la organización social democrática y republicana. Sencillamente porque el far west es antecesor de ella y no su consecuencia.

En ese marco referencial es que deben apreciarse las declaraciones de los abogados en la audiencia criticando afectadamente al juez y a la investigación, a las que no veo sino como un aporte más —de escaso mérito jurídico, además de impertinente— para fundar sus defensas de la manera que entendieron más adecuada, pero que tributan y responden a aquella estrategia oficial.

4. Cuando afirmo que el juez Moldes no merece las desdorosas calificaciones de las que fue objeto estoy afirmando, básicamente, dos cosas. La primera, que los tres defensores pusieron un coordinado y particular empeño para exponer ese declamado enojo, y cada uno a su turno insistió en tal aspecto. Lo segundo, que tal manera de emprenderla contra el magistrado se me presenta más como un método destinado a opacar lo favorable que, objetivamente apreciado, les resultó la resolución apelada a los intereses de la defensa, que una crítica sincera contra la decisión.

5. Si bien en la parte final de este voto me voy a extender en ello, puedo anticipar ahora que una primera nota que evidencia dicho fenómeno es, en mi modo de ver, que el acto de usurpación se tuvo por ocurrido sin siquiera haberse precisado en la resolución el lugar en el que tuvo lugar, ingrediente de capital importancia puesto que sólo podría haber sido materia de despojo, eventualmente, uno o más lotes de propiedad privada — estatal o particular— pero no de tierras del dominio público que carecen de poseedor o tenedor.

El juez se desinteresó —inexplicablemente— de esta cuestión esencial y, como quedó señalado, cauteló a los nombrados J. H. y G. por un delito contra la propiedad (“mediante violencia despojaron de la posesión del predio identificado catastralmente como ... [que había sido desalojado el 23 de noviembre de 2017 por orden de este Tribunal] invadiendo el inmueble que se encontraba custodiado por funcionarios de Prefectura Naval Argentina”) que, anticipo y ya explicaré las razones, nunca se cometió.

A ese primer aspecto se agrega otro, entroncado directamente con el anterior, y es el hecho de que la decisión de haber incorporado al auto apelado el procesamiento de J. H. y de G. por usurpación se da de bruces con el objeto mismo de esta causa, pues ésta fue abierta el 26 de noviembre de 2017, tal como el juez indicó en la primera parte de su decisión, para investigar las causas de la muerte de R. D. N. S., producida el día previo. Si ése fue el propósito de esta pesquisa es patente que carece de sentido que se haya procesado aquí por usurpación a J. H. y a G., ya que el endilgado delito contra la propiedad nada define ni aporta en torno a lo sustancial de la investigación del homicidio. Es evidente que si los uniformados fueron agredidos de un modo tal que justificó la respuesta que dieron con sus disparos de armas de fuego, ¿qué importancia tiene que los atacantes puedan ser jurídicamente calificados como “usurpadores”? Ninguna en verdad. Sin embargo, esta “adición” del procesamiento por usurpación no es anodina y tiene su importancia por el hecho de que, siendo extraña al objeto procesal que el propio magistrado delineó al iniciarla, su efecto directo fue agregar disvalor a lo

obrado por los integrantes de la comunidad mapuche con lo que, de modo indirecto pero groseramente visible, se acrecentó el valor justificante del mayor poder represivo empleado. Veo en ello un aporte indisimulado a la creación del enemigo interno.

Es que afirmar, como se hizo, que el día 25, jornada de la muerte que se investiga, hubo un acto delictual de despojo —usurpación— del mismo terreno que dos días antes había sido recobrado por el estado federal y que los autores de ese delito contra la propiedad —se dijo de ellos que “invadieron”— atacaron a mano armada a los miembros del grupo Albatros que estaba de recorrida para custodiar ese terreno implicó presentar como un hecho relevante que la patrulla, cuyas funciones estaban circunscriptas a custodiar el referido lote, fue agredida con armas por un grupo organizado —y con preparación en el despliegue de maniobras militares— integrado entre otros J. H. y G. y ello, a su vez, importó presentar a los prefectos como destinatarios de un artero ataque por parte de usurpadores —delincuentes— de un lote de terreno del dominio privado del estado. De allí a la justificación del ejercicio de la defensa que produjo una muerte hubo un solo paso.

Pero las cosas no fueron exactamente así y a ello dedicaré los considerandos siguientes.

6. Analizaré a partir de aquí dos cuestiones que juzgo esenciales para examinar estas apelaciones: la ubicación del lugar de los hechos y la individualización del arma de la que partió el disparo que quitó la vida a N. S. Luego dedicaré un tramo al estudio de ciertos puntos conexos con los anteriores y finalizaré con la exposición de algunos interrogantes que son ineludibles para encontrar sentido al sesgo de la decisión que viene en revisión.

La determinación del lugar de los hechos

7. Como quedó dicho, en la decisión cuestionada no se prestó atención al lugar geográfico en donde se produjo la balacera, aspecto que resulta crucial. El juez omitió hacerlo —en mi modo de ver inexplicablemente, pues los datos estaban disponibles en el expediente— y gracias a ello pudo construir y sostener su hipótesis —transcripta en el punto precedente— que, luego, facilitó a la defensa de los imputados agregar, a sus argumentos, aquellos referidos a esa indeterminación de “la escena del crimen” que reiteradamente blandieron en esta instancia para explotar ésta y la otra incertidumbre —la del arma autora del disparo— que tan claramente vino a favorecer la postulación que enarbolaron para, en base a la duda —in dubio pro reo—, requerir sus sobreseimientos.

En resumen, voto por:

a) Admitir parcialmente el recurso de la defensa de los imputados C. V. S., S. G. C., S. D. G. y J. R. O. y revocar los procesamientos dictados a su respecto, sin costas;

b) Admitir parcialmente el recurso de la parte querellante y modificar la calificación legal del hecho por el que se procesó a F. J. P. en el sentido postulado por el juez Lozano en el voto inicial;

d) Instar la remisión de los antecedentes a la Fiscalía Federal para examinar si quien recibió, el día de la muerte de R. N. S., la orden judicial de custodiar el predio desalojado previamente incurrió, al momento de ejecutarla, en una conducta reñida con la ley penal;

e) Revocar el procesamiento de F. H. J. H. y de L. A. G., disponiendo sus sobreseimientos en los términos fijados en el considerando 27 del presente sufragio.

El doctor Gallego dijo:

Que debo formular tres consideraciones puntuales; a saber:

a) La primera, vinculada al resultado de los recursos interpuestos por quienes fueron procesados en la instancia anterior y por la parte querellante.

Los votos que me han precedido en el acuerdo lo hacen con fundamentos propios. Difieren en el resultado del recurso interpuesto por la defensa de los imputados C. V. S., S. G. C., S. D. G. y J. R. O., por cuanto el primer votante propone en relación a ellos la falta de mérito y el segundo la revocación de los procesamientos dictados a su respecto.

En lo restante, recurso de la parte querellante y de F. J. P. arriba, con fundamentos propios, arriban al mismo resultado.

Tal particular circunstancia me conduce a formular una expresa adhesión a los argumentos, consideraciones de hecho y derecho, como también propuestas, que fueron expuestos y formuladas por el juez Lozano, compartiendo sus conclusiones.

b) La segunda, está referida al pto. IV. del voto del juez Barreiro, el que es desarrollado bajo el título “La incidencia que lo acreditado en la causa tiene sobre el procesamiento por usurpación”.

Lo allí explicitado se vincula a lo que el mismo magistrado desarrolla en sus argumentos en el capítulo “La determinación del lugar de los hechos” (ptos. 7 a 10 inclusive). Ello lo conduce a proponer al acuerdo la revocación oficiosa de la parte del pronunciamiento en el cual se procesó a J. H. y G. por el delito de usurpación, en el contexto de lugar y tiempo allí descripto, con fundamento legal en el art. 311 del CPP.

Sin perjuicio del respeto que merece tal propuesta, que se introduce al acuerdo, debo señalar que no comparto su aplicación en esta instancia por cuanto dicho parcial del resolutorio no fue objeto de un recurso de apelación, como bien lo indicó el juez Lozano al inicio de su voto y al delimitar el marco de conocimiento de esta alzada y resolución.

Ante la inexistencia de un recurso en concreto, este tribunal carece de competencia para ingresar en forma oficiosa al análisis del procesamiento que se postula revocar (*tantum devolutum quantum appellatum*); ello, conforme las reglas establecidas en los arts. 445; 449; 450 y cctes. del CPP. En dichas normas se limita el conocimiento en el recurso de apelación no solo a su necesario ejercicio —con los requisitos formales previstos para ello— sino también en cuanto a los puntos a que se refieren los motivos del agravio. No configurándose excepción alguna que permita apartarse de tal regla, como podría ser el supuesto previsto en el art. 441 del mencionado cuerpo legal.

En relación concreta a la aplicación de lo previsto en la primera parte del art. 311 ya citado, al establecer que “los autos de procesamiento y de falta de mérito podrán ser revocados y reformados de oficio durante la instrucción”, ello está previsto como una facultad del juez instructor. Señalan Guillermo Navarro y Roberto Daray en Código Procesal Penal de la Nación - Análisis doctrinal y jurisprudencial (T. 2, p. 550, ed. Hammurabi), que las decisiones con fundamento en la norma procesal referida “no pueden marginar el valor de cosa juzgada formal de la resolución dictada previamente, por lo que revocación o reforma deberán responder a elementos de convicción incorporados al proceso con posterioridad a la emisión de aquella”.

En efecto, si bien no desconozco la facultad que otorga dicha disposición procesal al juez instructor, el auto revocatorio o reformatorio deberá fundarse en nuevos elementos de juicio allegados a la causa. En ese mismo sentido ver Código Procesal Penal de la Nación - Comentado y Anotado, dirección de Miguel Ángel Almeyra (T. II, p. 572, ed. LA LEY).

Tal facultad no habilita que sea la alzada oficiosamente quien revoque el procesamiento cuando no existió recurso que motive su actuación, pues no se trata de un pronunciamiento cuya competencia haya sido conferida en el marco de recurso alguno y, en consecuencia, limitado por los agravios de alguna de las partes. Será en todo caso el juez instructor quien pueda dejar sin efecto su resolución anterior, si quedan excluidas las condiciones que la determinaron, o reformarla.

Por lo expuesto no adhiero a ésta propuesta oficiosa formulada.

c) La tercera, está vinculada a la propuesta de remitir los antecedentes a la Fiscalía Federal para examinar si quien recibió, el día de la muerte de R. N. S., la orden judicial de custodiar el predio desalojado previamente incurrió al momento de ejecutarla, en una conducta reñida con la ley penal. Ello vinculado a lo desarrollado por el juez Barreiro en el pto. 8 del capítulo “Determinación del lugar de los hechos”.

No puedo más de adherir a la misma haciendo propios los motivos o razones que llevan a tal propuesta.

Por ello, el Tribunal resuelve: I. Admitir, sin costas, el recurso deducido por C. V. S., S. G. C., S. D. G. y J. R. O., revocar sus procesamientos y disponer la falta de mérito de cada uno de ellos; II. Rechazar, con costas, el recurso de apelación de F. J. P.; III. Admitir parcialmente, sin costas, el recurso de la parte querellante, modificando la calificación del hecho por el que viene procesado F. J. P., la que se corresponde con la del art. 79 y su agravante del art. 41 bis, ambos del CP, disponiendo su prisión preventiva, con los alcances fijados en el punto 5 del primer voto; IV. Admitir también la parte del recurso de la querella y revocar la clausura de la instrucción; V. Confirmar el pronunciamiento apelado en lo demás que decidió; VI. Ordenar al juzgado de origen la remisión de las actuaciones a la Fiscalía de grado a los fines indicados en el considerando 8 del segundo voto; VII. Registrar, notificar, publicar y devolver. — Mariano R. Lozano. — Richar F. Gallego. — Ricardo G. Barreiro.

Jurisprudencia 3

Voces: Arma de fuego ~ Cumplimiento del deber ~ Disparo de arma de fuego ~ Facultades de policía ~ Homicidio ~ Policía ~ Procesamiento

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI (CNCrimyCorrec)(SalaVI)

Fecha: 16/02/2018

Partes: C., L. O. s/ procesamiento y embargo

Publicado en: LA LEY 12/03/2018, 12/03/2018, 9 - LA LEY2018-B, 5

Cita Online: AR/JUR/15/2018

Hechos:

Dos personas interceptaron a un transeúnte para sustraerle una cámara fotográfica y, ante su resistencia, lo apuñalaron en zonas vitales. Cuando una de ellas intentó escapar,

tres vecinos intervinieron en la persecución y un policía que arribó a la zona, identificándose como tal, efectuó disparos intimidatorios al aire. Al continuar la huida, realizó otros, dos de los cuales impactaron en el cuerpo de quien huía, provocando su muerte. Por el hecho, el agente fue procesado por el delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego en exceso de legítima defensa. La Cámara confirmó el procesamiento, modificando la calificación legal a homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso en el cumplimiento de un deber. Asimismo, anuló el embargo dispuesto por la sentencia de grado.

Sumarios:

1. Un policía que, luego de identificarse como tal y de realizar disparos intimidatorios al aire ante la huida de una persona que sustrajo una cámara fotográfica a un transeúnte, efectuó disparos que impactaron en aquella y provocaron su muerte, debe ser procesado por el delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso en el cumplimiento del deber, pues los disparos realizados cuando ya había cesado la agresión concreta y sin un arma visible que los justificara de manera completa, configuran un exceso, aun cuando el propósito inicial responda a un interés profesional legítimo.
2. Un policía no puede destinarse a la detención del autor de un hecho –en el caso, una persona que sustrajo una cámara fotográfica y apuñaló a la víctima– a costa de inobservar lo que se ha impuesto como límite razonable de la intervención policial armada.
3. El sistema jurídico no coloca en pie de igualdad en el castigo al sujeto que pretende quitar la vida a una persona con aquel que provoca ese resultado sin intención y en el marco de una actuación funcional –en el caso, respecto de un policía que disparó y mató a una persona que sustrajo una cámara fotográfica y apuñaló a la víctima–, porque el grado de injusto es menor, pero obtenerlo en un exceso de su ejercicio no necesariamente lo exime de sanción.
4. El art. 98 de la ley 5688 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que el uso de arma de fuego contra personas está autorizado únicamente con el fin de incapacitarlas para el ataque.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 16 de 2018.

Considerando:

I. Convoca la atención del Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de L. O. C. (ver fs. 753/754), contra el auto de fs. 726/745 que lo procesó en orden al delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso de legítima defensa y trabó embargo sobre sus bienes por \$ 400.000.

II. Las circunstancias fácticas en examen ocurrieron el 8 de diciembre pasado alrededor de las 8:00 en el barrio de La Boca y se desarrollaron en dos escenarios marcadamente diferenciados que, atendiendo las distintas acciones que sus respectivos protagonistas ejecutaron, se expondrán de la siguiente manera:

a) En la calle Garibaldi entre Olavarría y Suárez, J. M. P. R. y P. K. habrían interceptado a F. J. W. para sustraerle su cámara fotográfica y, ante su resistencia, lo apuñalaron en zonas vitales, particularmente en el ventrículo izquierdo y aurícula derecha de su corazón y en ambos pulmones. Seguidamente escaparon por Suárez hasta tomar Olavarría en dirección a Irala.

Á. A. M. C., D. C. y E. E. E. en la puerta del local “C.” ubicado sobre (...) escucharon un grito de auxilio, viendo cómo aquéllos corrían llevando una cámara de fotos. Inmediatamente repararon en que la aparente víctima intentaba correrlos y solicitaba ayuda. Dos notaron que de su pecho emanaba abundante sangre y el restante sólo un corte en el rostro. Decidieron perseguirlos, dos en moto y el tercero a pie.

b) Alcanzaron a K. en Irala, casi llegando a su intersección con Suárez, en tanto P. R. logró huir por la calle Carlos Melo.

Se originó un forcejeo cuando intentaron recuperar el objeto sustraído y el imputado, reiteradamente, habría pretendido extraer un elemento con capacidad ofensiva. En ese instante llegó el oficial C. —que habría visto a W. resistiéndose a esos dos individuos y luego pidiendo auxilio mientras presionaba su pecho para controlar una herida sangrante — que se identificó como policía y dio la voz de alto, pese a lo cual K. reinició la huida. Ante esa actitud efectuó tres disparos intimidatorios hacia arriba, pero cuando vio que no acató la orden y continuó la carrera por la calle Suárez realizó otros cuatro; dos impactaron en el cuerpo de K., provocando que cayera al suelo. Cuatro días después murió cuando estaba internado en el Hospital Argerich.

Estos episodios transcurrieron, según las cámaras del Centro de Monitoreo Urbano, en un lapso que no supera los tres minutos. A las 08:18:02 se advierte que M. C. y C. suben a la moto dando inicio a la persecución y, segundos después, otra secuencia del domo muestra a W. sentado ya en la esquina de Garibaldi y Olavarría. A las 8:19:42 la cámara Suárez 1001 e Irala capta a K. que enseguida de aparecer en escena cae al suelo.

Nueve segundos después se ve a C. corriendo con el arma reglamentaria en su mano derecha.

III. La rapidez del suceso y la inusitada violencia que habría desplegado K. junto a un tercero, al atacar primero con un arma blanca contra la vida de una persona que carecía de toda posibilidad de defensa y, luego, cuando se opuso a los aprehensores particulares procurando utilizar el mismo objeto, impone evaluar la conducta del funcionario en ese contexto. Es que no puede juzgarse aisladamente lo sucedido en última instancia sin considerar que tenía conocimiento de su capacidad ofensiva.

No es un detalle menor su condición de policía porque lo coloca, necesariamente, en un plano normativo distinto al de un particular en tanto el Estado, para el correcto uso de la fuerza pública, reglamenta su actuación.

Por tal razón su conducta debe ser analizada desde una óptica distinta a la postulada por el juez instructor pues, de estar justificada como pretende, derivó del cumplimiento de un deber que encuentra su génesis en la ley.

Y si bien distintos autores reconducen este supuesto al ponderar la tipicidad de la acción, tomando como parámetro los elementos que integran su faz objetiva, lo cierto es que su ubicación sistemática en nuestro ordenamiento inexorablemente responde a una causal de exclusión a evaluar en principio en el campo de la antijuridicidad.

Aquella está contemplada en el artículo 34 del Código Penal junto con las restantes causas de justificación, reconoce su origen en la legislación española (art. 8º, inciso 11 de los Códigos de 1848 y 1870, actualmente previsto en su art. 20, inciso 7º). Y la doctrina de ese país lo interpreta de igual modo (Enrique Bacigalupo, “Derecho Penal parte general, p. 381, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014; José Cerezo Mir, “Derecho penal, parte general”, p. 623, ed. BdeF, Buenos Aires, 2008; Santiago Mir Puig, “Derecho penal, parte general, ps. 484/485, 5ª edición, Barcelona, 1198; Fernando Molina Fernández, “Memento Penal 2017”, apartado 1850 y ss, ed. Lefebvre, obtenido de la base de datos de la Universidad Autónoma de Madrid).

Así también lo enmarca la corriente clásica nacional en la teoría del delito (ver en este sentido: Sebastián Soler, “Derecho penal argentino”, t. I, p. 413, ed. “Tea”, Buenos Aires, 1999; Ricardo C. Núñez, “Derecho penal argentino, parte general - 1, p. 399, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959; Rodolfo Moreno (h.), “El Código Penal y sus antecedentes”, t. II, p. 265/266, ed. H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1922; Carlos Fontán Ballestra, “Derecho penal, introducción y parte general”, p. 297, ed. Abeledo-

Perrot, Buenos Aires, 1995; Carlos Creus, “Derecho penal, parte general”, p. 310, ed. Astrea, Buenos Aires, 2017).

IV. Establecido el ámbito dogmático en el cual se debe examinar el caso, determinaremos el marco legal que regula la actuación de las fuerzas de seguridad, pues de acuerdo a lo dispuesto en el decreto 1050/2009, reglamentario de la ley 13.982, tienen estado policial permanente y no se limita al tiempo de servicio diario ni a la sección u oficina a la que se hallan destinados.

No existe discordancia entre las disposiciones del orden nacional, provincial y local, respecto a que deben desplegar todo su esfuerzo con el fin principal de impedir, evitar, obstaculizar o limitar aquellos hechos que, dadas las circunstancias, pudieran resultar delictivos y proteger a la comunidad actuando responsable y éticamente para preservar la seguridad pública. Tampoco, en adoptar las medidas necesarias para neutralizar, hacer cesar o contrarrestar en forma inmediata los delitos, utilizando cuando sea necesario el poder coercitivo que la ley autorice (ley 5688, art. 89, inciso 1 y 2; ley 13.482, art. 13, inciso “a”, “f”; ley 13.982, art. 11, inciso “e”; ley 21.965, art. 8).

Coinciden también en la restricción que establecen respecto al uso del arma, permitiéndolo sólo ante un supuesto de legítima defensa propia o de terceros, o la comisión de un delito que entrañe un peligro para la vida (ley 13.482, art. 13, inciso “i”; ley 5688, art. 98 y, a nivel internacional, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de la ONU en la resolución 34/169 del 17 de septiembre de 1979, en el inciso “c” de su artículo 3º, donde también se considera su uso como una medida extrema).

Por último, el art. 98 de la ley 5688 dispone que el uso de arma de fuego contra personas esté autorizado únicamente con el fin de incapacitarlas para el ataque.

Y la que rige, concretamente, para la fuerza provincial local exige, de forma previa a su empleo, identificarse como funcionario policial y dar una clara advertencia de su intención de usar la fuerza o el arma, con tiempo suficiente como para que se tome en cuenta (art. 13, inciso “g”, ley 13.482).

V. El complejo entramado normativo que nos interesa en la materia fija una pauta de la cual no es posible apartarnos: su estado policial lo obligaba a intervenir cuando conoció que W. fue víctima de un delito y, al menos de forma parcial, de la magnitud de la agresión, ya que vio que pedía ayuda en idioma extranjero y se tomaba el pecho del cual emanaba sangre.

No podía mostrarse indiferente. Debía neutralizar el riesgo que implicaba el comportamiento de los dos supuestos autores que habían exhibido un claro desprecio por la vida ajena y evitar que escaparan; esa era su prioridad. El peligro se incrementó cuando tres vecinos iniciaron la persecución de K., lo cual representaba una nueva amenaza hacia la integridad física de aquéllos y de la seguridad pública, en tanto los videos reservados muestran una considerable circulación de personas en la zona.

Al llegar a Irala y Suárez los vio peleando y a K. intentando extraer algún objeto que portaba para su defensa, posiblemente el mismo que ya había utilizado en el anterior episodio. Al respecto el testigo E. de manera contundente afirmó: “en el forcejeo el agresor en todo momento realizaba gestos de tener un elemento peligroso y con intenciones de usarlo, es decir, amagaba con sacar algún elemento de sus ropas” (ver fs. 97/98).

C. y M. C. no destacaron esta secuencia (ver fs. 711/712 y 590/591, respectivamente), pero bien pudieron no percatarse de ello dado que su foco de atención estaba limitado a la disputa por la cámara fotográfica.

C. pudo haber supuesto la existencia de un arma en su poder —aunque desconocía cuál—, porque la entidad de las lesiones que vio en W., por su localización y sangrado, difícilmente pudieron haber sido causadas por simples golpes.

Esto fue lo que lo llevó a identificarse como policía, dar la voz de alto y disparar en tres oportunidades de forma intimidatoria al aire.

Los testigos se apartaron de la escena y al reiniciar el imputado su huida, el policía le efectuó otros disparos de manera directa, ingresando dos en su cuerpo que provocaron heridas que, finalmente tras dos intervenciones quirúrgicas, resultaron letales.

No cabe duda de que en este último tramo de su conducta debe centrarse nuestra atención para poder establecer el alcance de su responsabilidad en la órbita penal, porque inicialmente tomó las precauciones que el caso ameritaba: dio a conocer su condición de funcionario policial; le ordenó que se arrojara al suelo y; cuando realizó las primeras detonaciones, dio clara advertencia de su intención de emplear el arma reglamentaria con tiempo suficiente para que K. considerara esta circunstancia.

Sin embargo, posteriormente la accionó contra K. para detenerlo. Aparentemente cuatro veces y sin que surja, al menos de momento del legajo, agresión armada en su contra que explique la necesidad racional de hacerlo. No hubo entonces aparente proporcionalidad en su respuesta, máxime cuando el peligro al que habían estado expuestos los testigos había cesado.

Sólo permanecía vigente el que potencialmente representaba para otros transeúntes, frente al cual pudo adoptar medidas menos lesivas a la que escogió. Pudo reiterar los disparos intimidatorios, continuar con la persecución o esperar la colaboración de fuerzas de seguridad que ya habían sido informadas de las novedades a través del Servicio de Emergencia “911”. Incluso por él mismo.

No hay duda, entonces, que su decisión fue excesiva en tanto provocó un daño superior al que quiso hacer cesar, lo que abre un segundo nivel de análisis. Esto es, si esa desproporción se ajusta a la eximente incompleta del art. 35 del Código Penal, apartándose del axioma establecido como premisa lógica: no comete acto contra el derecho vigente quien obra conforme a él.

Se impone realizar este análisis dado que la proporcionalidad de la respuesta es un elemento eminentemente gradual “y puede haber desde excesos intensivos mínimos (que deberían llevar a la exclusión de responsabilidad por insignificancia en los casos más extremos, o a la rebaja de la pena en dos grados, dentro del marco previsto para las eximentes incompletas en el art. 68, en los casos de exceso penalmente relevante aunque de entidad menor); pasando por los de gravedad media (a los que debería aplicarse una rebaja de la pena en un grado, siempre dentro de lo previsto en el art. 68); hasta los casos de desproporción extrema, equiparables materialmente al exceso extensivo, y que, por ello, no deben dar lugar ni a la eximente completa ni a la incompleta” (Fernando Molina Fernández, *ob. cit.*, apartado 1872).

Por eso debemos dejar en claro que venía cumpliendo un mandato legal, pero luego sobrepasó la restricción sobre el uso de armas de fuego.

Y en este aspecto hay que avanzar en la determinación de su responsabilidad, sin incurrir en contradicción al ver que se lo obliga y prohíbe en igual contexto donde, por lo precipitado de los hechos, no es fácil discernir cómo actuar.

Para ello el punto de partida es conocer y valorar la motivación que tuvo cuando realizó la conducta típica pues, de acreditarse en estas circunstancias una intención homicida, la discusión habría llegado a su fin.

Es que “para que la desproporción del medio ejecutivo de la ley, de la autoridad o de la necesidad, no desnaturalice la figura del exceso en la acción justificadora y conduzca a un abuso punible según las reglas ordinarias correspondientes al hecho penalmente típico ejecutado por el agente, es necesario que esa falta de moderación en el modo no sea intencional” (Ricardo C. Núñez, *ob. cit.*, p. 426).

El imputado asegura que dirigió el arma hacia las piernas de K., lo que sugiere que, al no tratarse de una zona vital, su intención fue reducirlo para evitar su fuga. No ignoramos que cuando disparó para alertarlo tuvo la posibilidad cierta de efectuarlo de manera certera para quitarle la vida. Y no lo hizo.

Por otro lado, el desarrollo fugaz que caracterizó al evento, que se originó de forma extremadamente violenta, bien pudo perturbar su ánimo, aun siendo miembro de las fuerzas de seguridad. Basta recordar que, según aseguró, fue su primer enfrentamiento armado y llama la atención la cantidad de veces que aludió al miedo que sintió, a punto tal de decir que con una mano cubría su cara y con la otra disparaba. Puntualizó que al hacerlo se nubló su visión.

Ello necesariamente tuvo que proyectarse en la incorrecta solución que escogió con relación a los recaudos legales que el caso exigía.

Es que a partir de que K. ignoró las distintas advertencias que efectuara el preventor, se plasmó una situación proclive a emprender acciones precipitadas que pueden no ser gobernadas completamente por la razón y alteran el curso de las representaciones.

Estaba obligado a actuar en ese contexto donde “[e]l temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso” (Sebastián Soler, ob. cit., ps. 478/479).

Tampoco podemos incurrir en la ilusión de que un caso como el que examinamos pueda ser resuelto sin el uso de cierta violencia. Y menos aún si quien se ocupa de ello es un agente facultado para hacer uso de ella. El punto radica en establecer su límite razonable.

C. intervino porque debía hacerlo, máxime si se tiene en cuenta que el episodio se desarrolló mientras se dirigía a cumplir su función. Lo hizo inicialmente ajustando su comportamiento a la normativa que regula la función policial —aunque su defensa no precisó exactamente cuál—, pero concluyó en un acto excesivo que merece ser juzgado en una etapa posterior.

Actuar como policía implica también de manera imperiosa reconocer los límites que la propia institución establece para que sea correcta, mediante el dictado de reglamentos y entrenamiento profesional y permanente que, aun puesto en duda en su dimensión real, debió bastar para internalizar la norma.

Su comportamiento no se adecuó a disposiciones permisivas que hubiesen autorizado el hecho prohibido: disparar contra una persona que se encuentra armada y atacando la integridad física del policía o de terceros.

Pero es posible asegurar con las constancias que hasta ahora integran el sumario que C., tras establecer que se había cometido un delito llamativamente violento, decidió intervenir y lo hizo prudentemente hasta que realizó disparos intimidatorios. Pero luego se apartó de la modalidad en que se establece normativamente su respuesta ante situaciones como la que lo sorprendió, incurriendo en un exceso que puede merecer punición.

En esto debemos ser absolutamente prudentes y claros: un policía tiene un deber de actuar y hacer cesar los efectos del delito, evitando que se ponga en riesgo su vida o la de terceros, pero no puede apartarse de los límites que la ley fija. Indudablemente no lo impulsa el dolo propio de quien desde un inicio se ha propuesto consumir un delito ya que, como adelantamos, eso no daría lugar a discusión alguna en el plano que nos ocupa. Pero sus excesos no lo eximen de incurrir en responsabilidad penal si, aun con otro propósito aceptado, no guarda razonabilidad en el medio al que decidió recurrir para obtenerlo. Y ello le fue expresamente advertido por los reglamentos en que fue instruido.

El dolo homicida a nuestro entender está despejado por la oportunidad y la forma en que disparó. Prueba de ello es que uno de los impactos si bien ingresó centímetros por encima de la cintura, su trayectoria fue de abajo hacia arriba, lo que permite presumir que, en la simultaneidad de la ejecución de los disparos, éste impactó cuando K. se agachó ante el primero recibido. Sobre este extremo igualmente es prudente profundizar la investigación.

En definitiva, no lo hizo cuando el imputado estaba detenido o en posición más favorable para que fueran letales.

Reiteramos así que los disparos realizados cuando ya había cesado la agresión concreta y sin un arma visible que los justificara de manera completa, configuran un exceso, aun cuando el propósito inicial responda a un interés profesional legítimo. Es que éste, aun preponderante, no puede destinarse a la detención del autor del hecho a costa de inobservar lo que se ha impuesto como límite razonable de la intervención policial armada.

Nuestro sistema jurídico no coloca en pie de igualdad en el castigo al sujeto que pretende quitar la vida a una persona con aquél que provoca ese resultado sin intención y en el marco de una actuación funcional, porque el grado de injusto es menor. Pero obtenerlo en un exceso de su ejercicio no necesariamente lo exime de sanción y, en ese

convencimiento, con ese alcance y aun desde otra óptica, compartimos lo resuelto por el juez de grado.

Así una lectura ex ante sugiere la presencia de un exceso intensivo que se traduce en la desproporción del medio utilizado porque, siguiendo con aquella línea argumental el uso del arma, si bien extralimitada, no habría sido con el fin de quitar la vida de K.

Nunca tuvo intención de matar y esa falta de dolo inicial en obtener ese resultado permite encontrar la solución en el ámbito de la antijuridicidad.

Al menos por ahora debe descartarse la defensa putativa que pretende introducir la parte impugnante ya que el imputado no habría podido ignorar, por todo lo reseñado anteriormente, los presupuestos objetivos que hubiesen consentido su actuación absolutamente amparada en una causa de justificación. Menos aún que pudiera ser atendido como un error de prohibición vencible.

De todas maneras, luce incompleta aún la instrucción y esta alzada sugiere se realice la reconstrucción del hecho con presencia de los organismos periciales pertinentes e integrantes del Cuerpo Médico Forense para que se establezca claramente la distancia de los disparos y en qué ángulos habrían ingresado en el cuerpo de K., entre otros puntos que complementen el Juez como de interés.

Ello lo estimamos fundamental para el desarrollo de un eventual debate donde, por sus características, podrán sin duda tratarse con mayor amplitud los agravios de las partes que ahora han quedado claramente definidos.

Finalmente, la comparación que presenta la querella con el precedente “Ayala” del Tribunal, que trajo a respaldo de su postura, no sólo excede los límites del recurso (art. 445 CPPN), sino que además las circunstancias fácticas del episodio que allí se trató eran considerablemente distintas a las del supuesto en estudio.

En consecuencia, corresponde confirmar el procesamiento dispuesto con las salvedades apuntadas, dejando incólume las consideraciones fácticas que darán, en definitiva, lugar a la asignación jurídica que la realización del juicio determine (art. 401 CPPN).

VI. En lo que respecta a la medida de cautela real decretada, se advierte en el pronunciamiento la falta de discriminación adecuada en el marco del art. 518 del CPPN. A tal punto, que incluso fue tratado de forma conjunta con el dispuesto con relación a P. R., siendo la única distinción las sumas fijadas sin que surjan los motivos que las justifican.

Por ello, corresponde declarar la nulidad del punto IV del auto de mérito.

VII. No habiendo recurrido ni adherido oportunamente el Sr. Fiscal a la impugnación tratada, limitándose a opinar sobre la situación de C., conforme se le comunicara en la audiencia ningún pronunciamiento hará esta Sala.

Por los argumentos expuestos, en el marco del recurso introducido por quienes participaron en la audiencia, el Tribunal resuelve: I. Confirmar el punto III del auto de fs. 726/745, en cuanto dispone el procesamiento de L. O. C., modificando la calificación legal por la de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso en el cumplimiento de un deber (arts. 34, inc. 4, 35, 41 bis y 79 del Código Penal y art. 306 del Código Procesal Penal). II. Declarar la nulidad del punto IV de ese pronunciamiento, en cuanto trabó embargo sobre los bienes L. O. C. por la suma de \$ 400.000. Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota. — Julio M. Lucini. — Mariano González Palazzo. — Rodolfo Pociello Argerich.

ANEXO 2

Normas que regulan actualmente el uso de armas de fuego por parte de las Fuerzas de Seguridad Federales

Resolución 956/2018 para el empleo de las armas de fuego por parte de los miembros de las Fuerzas federales de Seguridad

Ministerio de Seguridad

Ciudad de Buenos Aires, 27/11/2018

VISTO el Expediente EX-2018-22916408- -APN-DNELYN#MSG del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD, las Leyes Nros. 22.520 (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992 y sus modificaciones) y 24.059, y las recomendaciones del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley adoptado por la ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS mediante Resolución N° 34/169 del 17 de diciembre de 1979, y

CONSIDERANDO:

Que la seguridad es un derecho transversal a todos los derechos reconocidos explícita e implícitamente por la CONSTITUCIÓN NACIONAL y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22).

Que la Ley de Ministerios establece la competencia del MINISTERIO DE SEGURIDAD en todo lo concerniente a la seguridad interior, a la preservación de la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes y sus derechos y garantías, en un marco de plena vigencia de las instituciones del sistema democrático.

Que en particular concierne a este MINISTERIO DE SEGURIDAD entender en el ejercicio del poder de policía de seguridad interna y en la dirección y coordinación de funciones y jurisdicciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Nacionales (POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, GENDARMERÍA NACIONAL, PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA) y provinciales.

Que el Ministro de Seguridad de la Nación se encuentra facultado para ejercer la conducción política del esfuerzo nacional de policía.

Que la actividad policial requiere actualizar los criterios de acción vigentes en las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, atento a la particularidad y gravedad de los delitos en los que tienen que actuar en defensa de los intereses de los ciudadanos, en consonancia con las normas supra legales que prohíben la tortura, los tratos crueles o denigrantes o ultrajes a la dignidad personal.

Que resulta necesario implementar acciones que tiendan a sostener la protección de la vida y la integridad física de la ciudadanía en su conjunto y de los miembros de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, cuando se encuentren en una situación de peligro inminente, como así también velar por la protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

Que en el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán, y defenderán, los derechos humanos protegidos por el derecho nacional e internacional.

Que atento ello, con el fin de dotar a las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales de la normativa actualizada para ejercer debidamente sus funciones, resulta menester el

dictado de una resolución que legisle de manera uniforme el empleo de las armas teniendo como directriz los antecedentes antes referidos, como asimismo, los lineamientos dispuestos en las recomendaciones del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley adoptado por la Asamblea General de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS en su Resolución N° 34/169, del 17 de diciembre de 1979, incorporados a nuestra legislación interna a través del artículo 22 de la Ley N° 24.059.

Que, a su vez, resultan de aplicación las pautas y recomendaciones contenidas en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 (ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, 112 -1990).

Que el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS del 31 diciembre 2009 (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57), recomienda a todos los Estados Miembros dictar las regulaciones necesarias para establecer el principio de necesidad en el uso de la fuerza, a fin de adoptar las medidas de seguridad defensivas u ofensivas estrictamente necesarias para el cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la autoridad competente ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo el derecho a la vida o a la integridad física de las personas, citando como precedente los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y las Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptadas por el Octavo Congreso de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, 112 -1990).

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de este Ministerio ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 22 bis de la Ley de Ministerios N° 22.520 (T.O. 438/92).

Por ello,

LA MINISTRA DE SEGURIDAD

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Apruébase el REGLAMENTO GENERAL PARA EL EMPLEO DE LAS ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS FEDERALES DE SEGURIDAD, que obra agregado como Anexo (IF-2018-61156527-APN-DPEYRLYD#MSG) a la presente medida.

ARTÍCULO 2°.- Derógase toda disposición o normativa contraria a la presente medida dictada en jurisdicción del MINISTERIO DE SEGURIDAD, la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, la GENDARMERÍA NACIONAL, la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA y la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

ARTÍCULO 3°.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

ARTÍCULO 4°.- Regístrese, comuníquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. Patricia Bullrich

NOTA: El/los Anexo/s que integra/n este(a) Resolución se publican en la edición web del BORA -www.boletinoficial.gob.ar-e. 03/12/2018 N° 91502/18 v. 03/12/2018

(Nota Infoleg: Los anexos referenciados en la presente norma han sido extraídos de la edición web de Boletín Oficial)

ANEXO

REGLAMENTO GENERAL PARA EL EMPLEO DE LAS ARMAS DE FUEGO POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS FEDERALES DE SEGURIDAD

ARTÍCULO 1°.- Los funcionarios de las FUERZAS FEDERALES DE SEGURIDAD cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, en cumplimiento y en protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas. Sólo podrán usar las armas en cumplimiento de sus deberes cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

ARTÍCULO 2º.- Se hará uso de las armas de fuego cuando resulten ineficaces otros medios no violentos, en los siguientes casos:

- a) En defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves.
- b) Para impedir la comisión de un delito particularmente grave, que presente peligro inminente para la vida o la integridad física de las personas.
- c) Para proceder a la detención de quien represente ese peligro inminente y oponga resistencia a la autoridad.
- d) Para impedir la fuga de quien represente ese peligro inminente, y hasta lograr su detención.

ARTÍCULO 3º.- Ante el necesario empleo de armas, los funcionarios de las FUERZAS FEDERALES DE SEGURIDAD deberán identificarse como tales intimando de viva voz a cesar la actividad ilícita. Se exceptúa de este requisito en aquellas situaciones donde dicha acción pueda suponer un riesgo de muerte o de lesiones graves a otras personas, cuando se pusiera indebidamente en peligro sus propias vidas o su integridad física, o cuando resultare ello evidentemente inadecuado o inútil, dadas las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 4º.- En toda situación donde el empleo de las armas ocasione lesiones o muerte, se procederá de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas afectadas, debiendo comunicarse los hechos inmediatamente a la autoridad competente y la superioridad, para lograr la rápida realización de un informe detallado que permita la revisión administrativa, la supervisión judicial por parte de las autoridades competentes, y se efectuará la pertinente comunicación de los hechos a los parientes o amigos íntimos de las personas afectadas.

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

- a) Cuando se actúe bajo amenaza de muerte o de lesiones graves para sí, o para terceras personas.
- b) Cuando el presunto delincuente posea un arma letal, aunque luego de los hechos se comprobare que se trataba de un simulacro de un arma letal.
- c) Cuando se presuma verosímilmente que el sospechoso pueda poseer un arma letal, por ejemplo, en las siguientes situaciones:
 - c.1.- Cuando integrase un grupo de dos o más personas y otro miembro del grupo posea

un arma o haya efectuado disparos, o haya lesionado a terceras personas.

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

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

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

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

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

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

Resolución 395/2019, reglamento general para el empleo de armas electrónicas no letales por parte de los miembros de las fuerzas de Seguridad.

Anexo 1

ARTÍCULO 1°.- Los funcionarios de las FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD FEDERALES cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, en cumplimiento y en protección de la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas. Sólo podrán usar las armas electrónicas no letales, cuando sea estrictamente necesario en el cumplimiento de sus deberes y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

ARTÍCULO 2°.- Se hará uso de las armas electrónicas no letales cuando resulten ineficaces otros medios no violentos, en los siguientes casos:

a) Para inmovilizar, proceder a la detención o para impedir la fuga de

quien manifieste peligro inminente de lesionar a terceras personas o de auto lesionarse.

b) Cuando deba ejercerse la legítima defensa propia o de terceras personas.

c) Para impedir la comisión de un delito de acción pública.

Como hemos dicho la legítima defensa es un derecho que se ejerce o no cuando el estado no está presente, ya que no se posee la cantidad de personal con estado policial en las FFSSS. para defender a todas las personas de la delincuencia.

ARTÍCULO 3°.- Solo podrán emplear armas electrónicas no letales los funcionarios de las FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD FEDERALES que hayan sido especialmente instruidos para su empleo, luego de haber recibido la capacitación específica.

ARTÍCULO 4°.- Ante el necesario empleo de armas electrónicas no letales, funcionarios de las FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD FEDERALES deberán identificarse como tales de viva voz advirtiéndole su inmediata intervención, salvo que dicha acción pueda suponer un riesgo de lesiones para otras personas, o cuando resultare ello evidentemente inadecuado o inútil, dadas las circunstancias del caso.

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

a) Cuando se desarrollen conductas amenazantes que pongan en peligro la integridad física del agente o de terceras personas.

b) Cuando se manifiesten conductas violentas que indiquen la inminencia de un ataque al agente o a terceras personas.

c) Cuando el número de los ofensores o la imprevisibilidad de la agresión esgrimida, impida materialmente el debido cumplimiento del deber, o la capacidad para ejercer la defensa propia o de terceras personas.

ARTÍCULO 6°.- Luego del uso de armas electrónicas no letales, se procederá a preservar la memoria interna del material utilizado, a los efectos de efectuar el pertinente control administrativo.

Protocolo de actuación para la utilización de las armas de fuego redactado por Prefectura Naval Argentina para su ámbito de actuación.

Objetivos

Dotar al personal de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA de pautas claras a observar en operaciones policiales de diversa índole en los cuales debe hacer uso de las armas de fuego.

En tal sentido y sin perjuicio del marco legal y reglamento vigente, que regula los momentos proporcionales del uso de la fuerza y demás aspectos vinculados con dichas situaciones, se exponen conceptos puntuales a ser tenidos en cuenta por el personal en operaciones.

- a) El bien primario a proteger es la vida propia y de terceros en peligro inminente.
- b) En todo momento se tratará de proteger la vida humana, por lo que en caso de que el agresor demuestre intención de deponer su actitud, se abstendrá de abrir fuego e iniciará las acciones tendientes a lograr su detención.

Introducción

El amplio espacio jurisdiccional en que se encuentran desplegadas las Dependencias de la PREFECTURA NAVAL, merece una adecuada atención preventiva para la detección de diversos tipos de actividades ilícitas (terrorismo, narcotráfico, contrabando, tráfico de armas y municiones, lavado de dinero, inmigración ilegal, tráfico de personas y órganos, delitos urbanos, etc.) acciones que demandan respuestas operativas puntuales. Con el fin de contrarrestar acciones, el policía naval lleva a cabo frecuentemente procedimientos que pueden derivar en intentos de fuga de los involucrados en el mismo, generando persecuciones, intercepciones y/o enfrentamientos. Ante estas situaciones se debe tener presente que “ el uso de armas de fuego se considera una medida extrema”

El personal se encuentra capacitado e instruido para el empleo del armamento ajustado a derecho, debiendo evaluar previamente la situación, a fin de superarla o repelerla mediante la utilización del armamento la potencia o calibre adecuado. No obstante ello, resulta necesaria la implementación de un PROTOCOLO DE ACTUACION de manera tal de puntualizar los pasos a seguir en situaciones como las antes referida.

Operaciones

En cumplimiento de las tareas específicas, la actividad operativa institucional se diferencia en las modalidades que seguidamente se detallan y que por sus características particulares requieren el cumplimiento de distintas acciones, a saber:

Patrullaje modo embarque o automotor

Acorde Art. 3 inc. C Decreto N° 637/2003-Código de conducta para los encargados de hacer cumplir la ley.

Detectado el ilícito y producido el intento de fuga de los delincuentes, se iniciará la persecución desarrollando los siguientes pasos:

- a) utilización de elementos sonoros (silbato, sirena), y balizas policiales, intimando el cese a la fuga mediante alta voz “ALTO PREFECTURA”
- B) De no obtenerse resultados se iniciará la persecución reiterando las acciones mencionadas en (a), hasta lograr el objetivo siempre que la fuga se inicie a pie.

Procedimientos

El personal de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, empleará el arma de fuego contra las personas en los siguientes casos:

- a) En defensa propia o de terceras personas.
- b) En caso de peligro serio o inminente de:
 - a) Muerte
 - b) lesiones graves
 - c) Para evitar un delito grave que signifique una seria amenaza para la vida.

- d) Con el objetivo de detener una persona, que represente peligro y oponga resistencia a su autoridad y sólo en caso que resulten insuficiente medidas menos extremas para lograr tal objetivo.

Tendrá presente que el “principio del medio empleado de proporcionalidad del medio empleado” está dado, no por la calidad del elemento (arma) que se utiliza por el mayor o menor estado de indefensión en que se encuentra el policía naval con relación a su oponente.

Empleo de armas de fuego.

El personal destacado en patrullaje (modos embarque automotor y/o infantería) portará únicamente armamento reglamentario, pudiéndosele asignar, como complemento Escopeta Policial o Pistola Ametralladora MP5.

Firme a las Recomendaciones y Principios Básicos sobre el empleo De la fuerza y de las Armas de Fuego, por las Funcionarios Encargadas de hacer cumplir la ley, Apartado Disposiciones Especiales, Principio 5.

El líder quien debe fijar las pautas y situaciones en que se hará uso de las armas de fuego, evaluando permanentemente las acciones, agotando previamente las instancias procedimentales antes de llegar al “disparo” y evitando la ejecución inconsulta (esto es sin su expresa autorización) de disparos por parte de algún componente de la patrulla. Asimismo determinará el volumen de fuego, su trayectoria y el momento, teniendo en cuenta la movilidad del blanco, su posición y/o la potencial peligrosidad del oponente como así también su intención de continuar o no con la actividad delictiva

Ante la eventual necesidad de emplear Pistola Ametralladora MP5 y/o Escopeta Policial previo a su empleo, el personal a cargo de la Patrulla evaluará previamente si la situación y/o agresión puede ser superada o repelida con la autorización del armamento reglamentario.

- e) En caso de patrullas con medios de superficie, al realizarse los disparos se procurará no brindar blanco al oponente, por lo que se efectuará maniobras evasivas, alternando los mismos desde bandas opuestas a la embarcación perseguida.
- f) En horas nocturnas los disparos se efectuarán solamente en condiciones de visibilidad adecuada con asistencia de Visores Nocturnos (en caso de contar con ellos)

- g) Se mantendrá Vigilancia y Observación, del objetivo mediante cámaras térmicas (en caso de contar con ellos).
- h) Se aleccionará y alentará al personal a mantener siempre una actitud positiva y activa para la ejecución de procedimientos policiales, resaltando que ello no implica envalentonar a los actores o incitarlos a la búsqueda de un falso protagonismo que los enaltezca ante sus pares o superiores.

ANEXO 3

Parte pertinente Constitución Nacional Argentina

Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Parte pertinente Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Parte pertinente Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Bibliografía:

Zaffaroni Eugenio, edición 2006, *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*, Buenos Aires, Editorial Ediar.

Bacigalupo Enrique, edición 1999, *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

Nino Carlos Santiago, Edición 2007, *INTRODUCCION AL ANALISIS DEL DERECHO*, CABA, Editorial Astrea.

Righi Esteban y Fernández Alberto A, Edición 2005, *DERECHO PENAL LA LEY EL PROGRESO Y LA PENA*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Pag. 185.

Kunz Ana y Cardinaux Nancy, Edición 2015, *INVESTIGAR EN DERECHO*, CABA, Universidad de Buenos Aires Eudeba.

Herbetta Daniel, Orzo Tomas, Franceschetti Gustavo, Chiara Diaz Carlos, Edición 2008, *NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PCIA. DE SANTA FE COMENTADO*, Rosario Pcia de Santa Fe, Editorial Zeus.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, CABA, edición 2014, Editorial Ediciones del País.

CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, Edición 2011, Buenos Aires, Editorial La Ley.

CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, 17 de diciembre de 1979, Adopción: Asamblea General de la ONU Resolución 34/169.

Mouchet Carlos Zorraquin Becú Ricardo, *INTRODUCCION AL DERECHO*, CABA, Edición 2000, Editorial Abeledo Perrot.

Bibliografía especial

Touchard Jean, *HISTORIA DE LAS IDEAS POLITICAS*, Madrid España, Edición 2001, Editorial Tecnos.

Arguello Luis Rodolfo, *MANUAL DE DERECHO ROMANO*, CABA, Edición 1997, Editorial Astrea

<https://www.uai.edu.ar>

<https://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf> 2015

<https://www.argentina.gob.ar/seguridad/2019>

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php//REUNC/ARTICLE/VIEWFILE/10810/11407>

<http://www.infoleg.gob.ar/2019>

<https://iberred.org/legislacion-codigo-penal/2019>

www.eldial.com 2019

<https://Código penal de la Republica de Honduras>2019

<https://Código penal de la República Oriental del Uruguay>2019

<http://www.minterio.gub.uy/indices/index-comet.htm>2019

<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads>2019

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf 2000

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>2019

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=168922>

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2019

Sr. Javier Escobar,

De mi mayor consideración,

Por medio de la presente, le notifico fehacientemente la función que me ha encomendado, como docente tutor a cargo de su trabajo final, así como la pertinencia del tema para que sea desarrollado en esta oportunidad.

Sin otro particular,

Lo saluda muy cordial y atentamente,

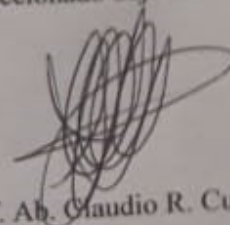


Prof. Ab. Claudio Raúl Cuellar

Buenos Aires, 02 de febrero de 2020

A quien corresponda,

Por medio de la presente, en mi carácter de tutor del tesista Sr. Javier Escobar, dejo constancia de que el trabajo del alumno ha sido confeccionado bajo mi supervisión.



Prof. Ab. Claudio R. Cuellar.

Resultado Evaluación de Trabajo Final - Marzo 2020

Yahoo/Buzón

alejandro.laje@uai.edu.ar

Para: jescobar1969@yahoo.com.ar

CC: marilina.miceli@uai.edu.ar, emiliano.meza@uai.edu.ar

mié., 11 mar. a las 16:06

Estimado Javier Escobar,

Por el presente informo que su Trabajo Final presentado el 03 de febrero fue analizado por auditoría interna y calificado como **aprobado**.

Para establecer la nota definitiva de su trabajo deberá presentarse a la entrevista de Evaluación del Tribunal el día fijado como "defensa": **25 o 26 de marzo de 2020**.

Por favor, considere las sugerencias u observaciones que realiza el evaluador e incorpórelas a la versión final de su trabajo.

Con base en el informe que acompañamos, el tribunal podrá, si lo considera conveniente, indagar sobre algunos aspectos de su trabajo.

El decanato le asignará una de esas fechas y un horario en turnos mañana o tarde en localización Centro de acuerdo a la disponibilidad y conformación del tribunal.

La fecha y hora serán comunicadas aproximadamente una semana antes y recién entonces se habilitará la inscripción para que pueda subir a la plataforma de MiUAI la versión final de su trabajo en formato PDF (hasta 30 Mb. máximo). En el caso de que no pueda subirlo deberá llevarlo en un pendrive a su bedelía para que lo carguen.

El día de la defensa deberá concurrir con dos ejemplares del Trabajo Final anillados.

Le recordamos que de acuerdo al reglamento, para acceder a la defensa deben tener paga la matrícula del año y un derecho de examen.

Por favor confirmar recepción a Emiliano.Meza@UAI.edu.ar

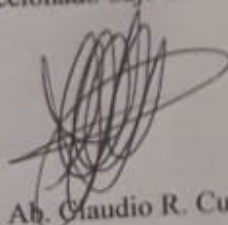
Por cualquier consulta dirigirse a Emiliano Meza o Marilina Miceli.

Alejandro Laje
Vice-decano
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana

Buenos Aires, 02 de febrero de 2020

A quien corresponda,

Por medio de la presente, en mi carácter de tutor del tesista Sr. Javier Escobar, dejo constancia de que el trabajo del alumno ha sido confeccionado bajo mi supervisión.



Prof. Ab. Claudio R. Cuellar.