

LAS ÚLTIMAS AGRAVANTES DEL HOMICIDIO INCORPORADAS AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO²

María Noelia Ordenavía¹

Introducción

El objetivo de este trabajo es dar al estudiante un panorama sintético de los principales problemas que pueden presentarse a la hora de interpretar el texto legal, y ofrecer las posibles soluciones aquí ensayadas que pretenden hacer una aplicación correcta, o cuanto menos, lógica de la Dogmática penal en general a la hora de toparnos con un tipo penal en concreto, como ser los incs. 8, 9 y 10 del art. 80 del C. P.

El art. 80 del C. P., es una de las normas que establece la pena máxima de nuestro sistema jurídico: *La prisión o reclusión perpetua*. Ésta contempla los agravantes del homicidio. Especialmente, en los incisos que aquí se tratarán, establece este artículo:

Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto por el art. 52, al que matare.

[...] Inc. 8 (incorporado por Ley N° 25601, art. 1; BO 11/6/2002) A un miembro de las fuerzas de seguridad públicas, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición.

Inc. 9 (incorporado por Ley N° 25816, art. 1; BO 9/12/2003) Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Inc. 10 (incorporado por Ley N° 26394, Anexo I, art. 2; BO 29/8/2008) A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

¹ Abogada (U.N.N.E.), Auxiliar docente en la Cátedra de Derecho Penal a cargo del Prof. Dr. Marcelo Sancinetti en la U.B.A.

² El presente trabajo constituye una versión revisada y mejorada pero sustancialmente idéntica a la que oportunamente he preparado como material de estudio para los alumnos del curso de “Derecho penal II. Parte Especial (2011)” –a cargo del Dr. Gonzalo Javier Molina de esta Universidad–, en el que entonces participaba como auxiliar docente.

Desde su origen, todas las agravantes que el art. 80 enumera se han clasificado (conf. Creus)³ en cuatro variantes que tienen en cuenta los siguientes elementos:

- 1) El vínculo del agente con la víctima (inc. 1 C. P.).
- 2) El modo de comisión (inc. 2 y 6 C. P.).
- 3) En razón de la causa o motivación (inc. 3, 4 y 7 C. P.).
- 4) En razón del medio: debe tratarse de un medio idóneo para crear un peligro común (inc. 5 C. P.).

Más allá de los aspectos dudosos de esta clasificación, es evidente que, por ejemplo, el “veneno” no es un modo sino un medio de comisión. Lo cierto es que el legislador consideró estas conductas como más disvaliosas que el simple homicidio, independientemente de cuál fuese el fundamento de cada agravante en particular, y quiso atribuirle una mayor pena tratando de responder de alguna manera a problemas sociales coyunturales, pese a las sobradas muestras que nos ha dado la experiencia de que el aumento de penas está muy lejos de disuadir la comisión de delitos. Es por ello que antes de avocarnos al análisis dogmático de estas figuras penales, considero necesario exponer algunas reflexiones al respecto.

Gustavo Arocena⁴ afirma que de ordinario la solución a la inseguridad no se busca en su clásico “lugar natural”: no en el Derecho de Policía,⁵ sino en el Derecho Penal. Y así como remarca con acierto Silva Sánchez,⁶ se nota que frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del derecho penal,

³ Creus, C. (1998). *Derecho Penal, Parte Especial*. T. I. (6ª edic.). Buenos Aires, Astrea, p. 11; en igual sentido: Varacalli, D. C. “Ley 25816. La igualdad en juego frente a la última reforma al art. 80 del C. P.”. En: *DJ* 2004-1, 391.

⁴ Arocena, G. A. (2003). “Homicidio de las fuerzas de Seguridad pública, policiales o penitenciarias”. En: *La Ley* 2003-B, 812-Sup. Penal (marzo), 7.

⁵ Por simplificar, porque en realidad la cuestión de la inseguridad, “las olas de delitos” o como se quiera llamar, estimo es un problema mucho más amplio que abarca a la sociedad en su conjunto, y creo particularmente que nace en fallas estructurales en la educación (en un sentido amplio, ligado a la cultura social) y economía que “revientan” en el sistema penal, por ser el órgano más sensible del aparato estatal.

⁶ Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, p. 30.

aparecen cada vez con mayor claridad demandas de ampliación de la protección penal que ponen fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad.

En el mismo sentido tiene dicho Gonzalo Molina:

Quienes vivimos en la Argentina los últimos años, somos testigos de cierta clase de maniobras llamadas “campañas contra la inseguridad” o campañas de “ley y orden”. Se trata de generar entre la población una sensación de inseguridad permanente, transmitiéndose la idea de que existe el peligro para todos los que vivimos actualmente en el país. Por ello, se reclama la intervención del Estado para utilizar el poder represivo de manera más “dura”, proponiéndose distintas ideas, pero por sobre todo, las modificaciones al código penal y leyes penales complementarias, como si la legislación en la materia fuera la culpable de esta situación.

Estos reclamos tuvieron acogida en los últimos dos años, a través del Poder Legislativo nacional, que culminó con la sanción de diferentes reformas al código penal caracterizadas todas ellas por el aumento de castigo de ciertas conductas ilícitas, rompiendo una vez más, los grandes logros del trabajo centenario de la ciencia penal. Esta tendencia expansiva de las leyes penales, está motivada en una aparente necesidad de resolver nuevas emergencias o graves problemas de ciertos momentos, y parte del falso presupuesto de considerar que el poder punitivo es un instrumento efectivo para resolver cualquier tipo de conflictos o problemas sociales.⁷

Una respuesta de esta clase, ciertamente no soluciona demasiado ante contextos de crisis de una agudeza singular como la que vive nuestro país en la actualidad, es por ello que deberíamos llamar una vez más a la reflexión de nuestros gobernantes acerca de que están equivocando el camino a la solución y, sobre todo y más importante, confundiendo y engañando a la sociedad.

⁷ Molina, G. J. (2007) “Populismos y medios de prensa”. En: *La Ley* 2007-C, 1057-Sup. Penal (mayo), 1.

Artículo 80, inc. 8

Artículo 80, inc. 8°:
A un miembro de las fuerzas de seguridad públicas,
policiales o penitenciarias,
por su función, cargo o condición.

Fundamento de la agravante. Bien jurídico protegido

La discusión parlamentaria da la pauta acerca de cuál es el bien jurídico que los legisladores entendieron que se podía proteger con la norma. Así, ellos entendieron que se está protegiendo a “la funcionalidad” o al Estado mismo en acción cuando actúa en función del monopolio de la fuerza pública, cuyo agravio afecta a la sociedad toda ante el desprecio de los delincuentes hacia las fuerzas policiales, lo que demuestra su desprecio a la sociedad misma.

Pero es opinión generalizada de la doctrina entender, con fundamento en la ubicación de la figura dentro de los delitos contra la vida, que el bien jurídico protegido resulta ser *la vida de un integrante de las fuerzas de seguridad pública, policial o penitenciaria*, que es puesta en riesgo justamente a raíz de sus actos funcionales, o de lo que su cargo, o condición representa en la sociedad.⁸

Se trata entonces de una derivación típica del delito de homicidio que contempla el art. 79 del C. P. La figura que estudiamos exige la concurrencia de los elementos del tipo penal que conforma el núcleo de la conducta señalada en dicha norma (homicidio simple).

Mas, por su parte, el fundamento político de la protección específica o especial que procura la norma calificada del art. 80 inc. 8, puede quizá columbrarse a partir de los antecedentes del tipo penal agravado. Por ejemplo: la exposición de motivos del “Proyecto Coll-Gómez” (año 1937) brinda una

⁸ Castro, J. C.; Guardia, D. L. (2002). “El nuevo inc. 8 del art. 80 del C. P. Las mismas ineficacias a los viejos problemas”. En: *La Ley* 2003-A, 498-Sup. Penal (diciembre), 29; en igual sentido: Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal: Parte Especial*. T. I. (2ª edic.). Santa Fe, Rubinzal-Colzoni, p. 53 y ss.

buena pauta en tal sentido. Allí se señala que *atentados gravísimos contra agentes de la seguridad que pierden la vida en el cumplimiento de su deber, y que resultan inexplicables por otra razón que no sea la del odio o desprecio a la autoridad, “colocando a sus autores en la categoría de los delincuentes más temibles”*.⁹

Partiendo de esa base, afirmamos que la circunstancia agravante de esta norma se apoya en una circunstancia subjetiva, que indica una motivación particularmente indeseable y especialmente desvalorada y prohibida (mayor injusto subjetivo).¹⁰

Tipicidad

Tipo objetivo	Tipo subjetivo
a) Acción: matar. b) A otro. c) Miembro de Seguridad pública, policiales o penitenciarias.	a) Dolo (incluso Dolo eventual). b) Dolo (incluso Dolo eventual). c) Dolo Directo. d) +Plus! elemento distinto del Dolo: matar en razón de (“por su”) su condición de...

Tipo objetivo

La acción típica consiste en matar a otra persona. Puede cometerse por vía comisiva (acción) u omisiva (omisión impropia). En este último supuesto el autor deberá tener una posición de garante respecto de la víctima, la cual funde el deber de evitar el resultado muerte.

⁹ Arocena, ob. cit.

¹⁰ Arocena, ob. cit. En igual sentido expresa opinión Molina, Gonzalo Javier.

Tentativa y consumación: es un delito de resultado. Es admisible la tentativa, pues en todos los delitos puede haber tentativa; todo lo que se puede consumir se puede intentar, si no se pudiera intentar, no se podría consumir. Esto vale también para los delitos de pura actividad, en estos últimos es especialmente posible la “tentativa inidónea” (ej.: quiero entrar en un domicilio ajeno sin autorización, y resulta que se trata de una casa abandonada). La consumación puede operar en concurso aparente con otras agravantes que se resuelven aplicando el principio de especialidad, así puede operar la muerte de un agente por su condición de tal, que a su vez alcanza las agravantes por el medio o modo de comisión.

Sujetos

El *sujeto activo*: puede ser cualquier persona, aun un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o penitenciarias.¹¹

El *sujeto pasivo*: el otro que es matado debe ser miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o penitenciarias.

Para determinar su alcance debemos precisar qué se entiende por cada uno.

Fuerzas de Seguridad pública: debe acotarse a Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeroportuaria.¹²

Fuerzas policiales: son miembros de ella tanto quienes integran la Policía Federal Argentina, como quienes forman parte del plantel de las Policías Provinciales¹³ o locales, como la Policía Metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Según Castro y Guardia, Donna, etc.; aquí están incluidos los miembros de los Bomberos de la Policía Federal, pero *no* los cuerpos voluntarios.

Fuerzas penitenciarias: son sus miembros aquellas personas que integran las instituciones estatales que tienen como misión la guardia y custodia de detenidos, procesados y condenados alojados en establecimientos carcelarios, así como la ejecución de las sanciones penales y contravencionales impuestas.¹⁴

¹¹ Castro; Guardia, ob. cit.

¹² Arocena, ob. cit.

¹³ Arocena, ob. cit.

¹⁴ Arocena, ob. cit.

Carece de relevancia el cargo que ocupen en las mencionadas fuerzas, pues el estado policial se extiende a todos los casos de personas que ostenten cargo y condición en la institución, más allá de las tareas asignadas; estén convocados o comisionados.

Alcanza también a los cadetes de las Escuelas de Oficiales y Suboficiales; y a los jubilados y retirados, pues la condición policial no cesa por ello.¹⁵

No se encuentra incluido el personal civil que cumple tareas administrativas. Tampoco aquellos que se encuentren colaborando ocasionalmente con las fuerzas de seguridad o realizando un acto propio de las mismas que no resulta ser integrante de ellas. Ni los funcionarios que se hallen exonerados o dados de baja de la respectiva fuerza, quienes justamente pierden su estado policial.¹⁶

Una cuestión que cabe aclarar es: los miembros de los servicios de seguridad privada, si bien pueden desempeñar un rol muy similar en la sociedad, estimo que no pueden ser incluidos porque ello significaría hacer una analogía, un *malam partem*, prohibida en el Derecho penal por imperio del Principio de Legalidad (sub-principio *lex stricta*).

Tipo subjetivo

Este tipo penal es indudablemente doloso. Incluso se trata de un agravante del delito de homicidio (art. 79), que se encuentra configurado en función de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo (componente subjetivo especial, en Sancinetti).¹⁷ Más específicamente y conforme la clasificación¹⁸ de estos últimos que nos ofrece Sancinetti, ese elemento subjetivo especial consiste en el *motivo* que impulsa la acción homicida.

Algunos autores, como por ejemplo Edgardo Donna,¹⁹ sostienen que la faz subjetiva del tipo penal se satisface con el dolo directo del autor respecto de la condición de “miembro de la fuerza” de la víctima.

¹⁵ Castro; Guardia, ob. cit.

¹⁶ Castro; Guardia, ob. cit.

¹⁷ Sancinetti, M. A. (2001). *Teoría del delito y disvalor de acción*. (1ª edic.). Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., p. 318.

¹⁸ “Entre los elementos subjetivos verdaderamente distintos del dolo hay que contar, en principio, con tres categorías, no siempre claramente distinguibles entre sí: a) tendencias internas trascendentes, b) elementos del ánimo, c) motivos”. Sancinetti, ob. cit., p. 319.

¹⁹ Donna, ob. cit., p. 58.

Considero que hay que hacer una aclaración al respecto: el agente debe matar al “miembro de la fuerza” *por su* función, cargo o condición. Es decir, la razón que lo motiva a matar es: la función, cargo o condición de la víctima. Si no fuera “miembro de la fuerza” no lo mataría, pues lo mata por eso y no por otra cosa. Entonces, esa razón que lo motiva a matar es un *plus* en la faz subjetiva. Debido a este *plus*, como componente subjetivo del tipo, la mera representación del sujeto activo de la realización del tipo penal no alcanza para configurar la agravante. Se trata –en palabras de Sancinetti– de: “(una) valoración negativa de los motivos en particular, el juicio de disvalor como tal... se reduce exclusivamente a una evaluación del origen de la decisión de la voluntad”.²⁰

Ejemplo: Pedro mata a Víctor, su vecino, porque lo odia y lo odió toda su vida *en razón de* vieja disputa por rivalidades familiares. Pedro sabe perfectamente y sin ninguna duda que Víctor es policía, pero ello no le importa en lo más mínimo, el motivo de su acción homicida es otro totalmente distinto de la condición de agente de seguridad de Víctor (aquí *no* se configura la agravante, y estamos en presencia del delito de Homicidio simple del art. 79 del C. P.).

En cuanto a la tipicidad dolosa del resultado muerte basta con el dolo eventual, es decir, la simple representación del autor como posible resultado muerte.

No es así respecto de la condición especial del sujeto pasivo. El autor debe tener un conocimiento o representación actual y efectivo de que la víctima es miembro de las “fuerzas públicas”; esto es: dolo directo.

Casos de error

El error sobre los elementos del tipo objetivo determinantes de la agravante, vale decir la condición de miembro de la “fuerzas de seguridad” de la víctima, constituye un error de tipo que excluye el dolo de la figura agravada. En cuanto a su contenido puede consistir en:

- La representación falsa. Ej. 1: A mata a B creyendo que éste es policía y en razón de esa condición, pero en realidad B no es policía sino que pertenece a un servicio de seguridad privada, y su uniforme es muy similar al de la Policía Provincial. (Este es el caso de la tentativa inidónea, o el llamado error de tipo al revés);

²⁰ Sancinetti, ob. cit., p. 340.

- o en la falta de representación. Ej. 2: A mata a B sin saber que éste era policía. (Este es el caso del error de tipo).

Soluciones: (*error in personam*). Ejemplo 1:

- a) Tentativa inidónea (Sancinetti):²¹ A respondería por tentativa inidónea de homicidio agravado del art. 80, en concurso con Homicidio Simple consumado.
- b) Teoría de la Carencia o falta de tipo (Zaffaroni):²² A respondería por Homicidio Simple.

Ejemplo 2: A desconoce la condición de la víctima, no se aplica el inc. 8. En consecuencia A responde por Homicidio Simple, por haber incurrido en un error de tipo.

Su relación con el homicidio *criminis causa* (art. 80 inc. 7)

Castro y Guardia sostienen que la sola existencia del inc. 7 del propio art. 80 hubiera bastado para abarcar la gran mayoría de las conductas que hoy se pretenden reprimir en esta figura, dado que en la realidad, la mayoría de los casos la muerte de un agente del orden está vinculada a la comisión de otro hecho precedente, concomitante o posterior.²³ Esta afirmación, si bien es cierta, puede no ser absoluta. Tomemos como ejemplo el siguiente caso:

Cuando (en) un desapoderamiento ilegítimo y forzado se produce la muerte de una persona. (...) En efecto, la presencia de la víctima –policía– en el lugar del hecho, interfirió en la ejecución del robo y

²¹ A esta solución arribaríamos haciendo un razonamiento conforme el esquema de teoría del delito expuesto por Marcelo A. Sancinetti, en su obra *Teoría del delito y disvalor de acción*.

²² A esta solución arribaríamos haciendo un razonamiento conforme el esquema de teoría del delito expuesto por Eugenio Raúl Zaffaroni.

²³ Castro; Guardia, ob. cit.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido posiciones doctrinales también cambiantes y disímiles al interpretar la relación entre la agravante del homicidio *criminis causa* con la del robo con resultado de muerte (incluyendo aquí casos que deberían ser subsumidos en la primera), que al menos los casos en que el homicidio tenga por víctima a la vez a un funcionario de seguridad obstruirán toda posibilidad de esa “ambivalencia desconcertante”; en igual sentido expresa opinión Marcelo Sancinetti.

la actuación del grupo delictivo –que el imputado integraba–, al disparar sus armas contra él, aparece indudablemente encaminada (la acción de disparar) a poder consumarlo, superando el escollo que al nombrado (policía muerto) representaba. (...) En consecuencia, en el caso aparece claramente definida la relación de medio a fin, característica del homicidio criminis causae.²⁴

Aquí es claro que estamos en presencia de una conducta típica del art. 80 inc. 7. Pero si hacemos una ligera variación al caso: *la presencia de la víctima –policía– en el lugar del hecho, interfirió en la ejecución del robo y la actuación del grupo delictivo –que el imputado integraba–, al disparar sus armas contra él, aparece indudablemente encaminada (la acción de disparar) a poder consumarlo;* y de hecho así sucedió, huyeron sin problemas llevándose el botín (los hechos fueron descubiertos posteriormente por cámaras de seguridad). En realidad la verdadera motivación del autor, pese a conocer perfectamente que con la misma acción lograrían consumir su crimen, fue un sentimiento de odio hacia los policías por su condición de tal, debido a que en las oportunidades en que estuvo detenido fue objeto de maltratos excesivos, y no el objetivo de lograr la consumación del delito (extremo este último, que se supo por la confesión del imputado en autos).

Así como lo narramos, podría decirse que existe un dolo eventual del inc. 7, que no es suficiente para tipificar el homicidio criminis causa, ya que este agravante requiere un elemento subjetivo distinto del dolo: tendencia interna trascendente.²⁵ Sin embargo, sí existe ese plus subjetivo en su verdadera *motivación*, (que) *fue un sentimiento de odio hacia los policías por su condición de tal*. Entonces, ya no podemos afirmar con tanta seguridad que el inc. 7 bastaría para abarcar todos (o casi todos) los casos que pueden darse.

También podríamos pensar en un supuesto en que concurren las dos agravantes, siguiendo el mismo ejemplo (la variante), el imputado realizó los disparos con la finalidad (o tendencia interna trascendente) de consumir el delito, y también motivado por *un sentimiento de odio hacia los policías por su condición de tal*. Si la víctima no fuese policía, el autor se hubiese esmerado más en pensar otro medio menos grave para lograr su fin.

²⁴ Abeledo Perrot Nº: 22/9669. Luna, Jorge A. s/recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, 15/12/2005.

Antijuricidad

Si bien hipotéticamente cualquier tipo penal podría admitir un caso específico de causa de justificación, en el caso de que tal causa concurriese, generalmente decaería a la vez la “motivación” porque el sujeto no actuaría “por” el hecho de que la víctima sea policía, sino por otro motivo, por ejemplo: defender a otra persona de una agresión ilegítima. Pero en teoría podría no ser así necesariamente, porque las causas de justificación no requieren más que un conocimiento (como correlación al dolo de representación) de circunstancias externamente justificantes y no exigen una “motivación de justificación” (como correlación al elemento del tipo subjetivo distinto del dolo: *motivación*). Así, si el sujeto está motivado sólo en que le gusta matar policías (porque los odia –como en nuestro ejemplo–, o por la razón que fuera), pero a la vez ve (se representa) que éste está por matar ilícitamente a una persona (y que con su acción lo salvaría), el sujeto actuaría justificadamente, conociendo además los presupuestos de justificación.²⁶

Artículo 80, inc. 9

Artículo 80, inc. 9°:

Abusando de su función o cargo,
cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad,
policiales o del servicio penitenciario.

Fundamento de la agravante. Bien jurídico protegido

Tales fuerzas son armadas por los gobiernos (Nación, Provincias, o locales como la Policía Metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires),²⁷ pre-

²⁵ Sancinetti, ob. cit., pp. 322, 324 y 325.

²⁶ Participando de una concepción dual del injusto penal.

²⁷ Aquí también podríamos hablar de Policía Municipal.

cisamente para defender (prevención/represión) a los ciudadanos del delito. Resulta inadmisibles y especialmente más disvalioso que la autoridad de que son investidos estos miembros de la fuerza por el Estado, en una supuesta finalidad de defensa de la sociedad y del orden público, sea objeto de abuso por parte de ellos para delinquir. Esto implica que la confianza que normalmente se ve depositada en ellos por parte de los ciudadanos, sus eventuales víctimas, los coloque en una especial situación de vulnerabilidad ante quienes son precisamente garantes de su seguridad.

Es entonces bien jurídico protegido: *la vida* humana, en cuanto se encuentra entre los delitos contra la vida; y el *orden público*, pues la función de las Fuerzas de Seguridad es defender (prevención/represión) a los ciudadanos del delito.

Tipicidad

Tipo objetivo	Tipo subjetivo
a) Acción: matar.	a) Dolo (incluso Dolo eventual).
b) A otro.	b) Dolo (incluso Dolo eventual).
c) Sujeto Activo: Miembro de Seguridad pública, policiales y penitenciarias.	c) Dolo (incluso Dolo eventual).
d) Signifique un abuso de su condición de tal.	d) Dolo (incluso Dolo eventual).

Tipo objetivo

Aquí sólo cabe aclarar que: puede ser cometido por acción como por omisión. Por cualquier medio, es decir que es posible el concurso aparente con otras agravantes, al igual que en el inciso anterior. Es un delito de resultado. Es admisible la tentativa, aquí vale lo dicho en el inciso anterior.

Sujeto pasivo, puede ser cualquier persona. En cuanto a quienes pueden ser Sujeto activo, vale todo lo antes dicho al hablar de sujeto pasivo en el inc. 8.

“Abusando de su función o cargo” no se incurre en la agravante por el sólo hecho de ser el agente miembro de “las fuerzas de seguridad”, sino que *es necesario que el homicidio signifique objetivamente un abuso, esto es: ir más allá de las atribuciones a él conferidas (y permitidas) por la ley para el ejercicio de dicha función o cargo. Volveremos sobre este punto al hablar del tipo subjetivo.*

De más está decir que al estar esta conducta tipificada en el art. 80, la palabra “abuso” no puede ser jamás interpretada como “negligencia, impericia o imprudencia”, pues estaríamos en presencia del tipo culposo (art. 84 del C. P.).

Tipo subjetivo

Es un delito doloso, requiere la representación de todos los elementos objetivos del tipo. Es admisible incluso el dolo eventual.

¿“Abusando de su función o cargo”? En cuanto a esta expresión de la ley, como tenemos dicho, es un elemento de tipo objetivo y como tal debe tener su correspondencia en el tipo subjetivo, es decir su representación. No debe confundirse con un elemento subjetivo distinto del dolo por la expresión *abusando*, pues la norma hace referencia a una circunstancia objetiva calificante, no a un elemento del ánimo.

Sancinetti al respecto, podríamos decir siguiendo (y reformulando) el razonamiento expuesto en su ya mencionada obra,²⁸ que incluiría este inciso en el grupo de los delitos con *componentes subjetivos especiales: elementos del ánimo*. Al referirse a esta clase de delitos, nos dice que caben aquí *todas las formas de “aprovechamiento” o “abuso”*, citando como ejemplos, entre otros, los siguientes tipos penales: el homicidio calificado por alevosía (art. 80 inc. 2): “no se agota en un estado objetivo de indefensión de la víctima, por más que ésta sea conocida por el autor. El sujeto activo tiene que haberse aprovechado de esa situación, haberla buscado a propósito”; el hurto calamitoso (art. 163 inc. 2), aquí el apoderamiento ilegítimo debe ser *aprovechando las facilidades provenientes de un desastre, conmoción pública o infortunio del par-*

²⁸ A la fecha de realización de *Teoría del delito y disvalor de acción*, este inciso no formaba parte de nuestro Derecho positivo, razón por la cual no se encuentra en el extenso análisis de tipos penales con elementos subjetivos especiales, que el autor allí realiza.

ricular damnificado, “si el autor comete el hecho del mismo modo que podría haberlo realizado si el accidente no hubiera tenido lugar..., la agravante no concurre”.²⁹

Suponiendo hipotéticamente que nuestra reconstrucción de su razonamiento fuere correcta, humildemente me permito disentir con la que sería la conclusión de Sancinetti al respecto. Creo que aquí la expresión “abusando de su función o cargo” no debe ser interpretada como un elemento subjetivo especial, porque hace referencia a una circunstancia objetiva calificante, no a un elemento puramente subjetivo (del ánimo del autor), es algo que se da en la realidad, en la faz objetiva. Es necesario que el homicidio sea en, o signifique un “abuso”, es decir que el agente vaya más allá de las atribuciones a él conferidas por la ley para el ejercicio de su función, cargo (o rol en la sociedad), atribuciones que están expresamente previstas por la ley.

Podríamos pensar en un caso de tentativa in-idónea, en que el agente cree (erróneamente) que se está excediendo –abusando– de sus atribuciones como miembro de la fuerza, y en realidad, no lo está haciendo. El ejemplo sería: un policía, se encuentra con un delincuente prófugo al que está buscando hace tiempo sin éxito, quien en ese mismo instante estaba a punto de concluir con su plan criminal (*iter-criminis*) para cometer un atentado terrorista (hombre bomba) en una confitería pública del centro de la ciudad, sólo le faltaba oprimir el botón en el bolsillo de su saco, e incluso, ya tenía el dedo apoyado en el mismo, en la posición correcta. La única manera de evitarlo según las instrucciones que toda su división había recibido en una capacitación oficial, era disparándole a la cabeza. El policía, sin embargo, creyó (erróneamente) que el delincuente prófugo estaba cometiendo un asalto, simulando tener un arma en su bolsillo para amedrentar a las potenciales víctimas, y decide irrumpir “en nombre de la ley” y dispararle a la cabeza, aprovechándose de las circunstancias, abusándose de sus atribuciones de policía que lo facultan a disparar y herir, si es necesario para evitar un mal mayor. El delincuente efectivamente muere en el acto y el policía evita el atentado, “sin querer”.

El autor-policía se representa (utilicemos el cuadro expuesto más arriba):

- 1) estar realizando la acción de “matar”;

²⁹ Sancinetti, ob. cit., p. 333.

- 2) “a otro”, tiene claro que es una persona a quien está disparando y además de quién se trata;
- 3) su condición de ser miembro de la fuerza, requisito respecto al sujeto activo; y finalmente;
- 4) (erróneamente) que su accionar en esa determinada circunstancia, se trata de un abuso en sus atribuciones como miembro de la fuerza, a la hora de actuar ante un caso de flagrancia, y peligro para la víctima (del delito que pretende evitar), etc.

La solución sería: tentativa inidónea de homicidio calificado por ser realizado “Abusando de su función o cargo” (art. 80 inc. 9) en concurso con homicidio simple.³⁰

En cambio, si interpretáramos “Abusando de su función o cargo” como *componente subjetivo especial: elementos del ánimo en idéntico caso*, la solución sería: homicidio calificado por ser realizado en “Abusando de su función o cargo” (art. 80 inc. 9).³¹ Esto es así porque para la configuración de la tipicidad del delito bastaría con la presencia del elemento subjetivo especial: elemento del ánimo, sin importar si ello sucede o no en la realidad.

Creemos que sería correcta la primera opción basándonos en la intuición valorativa, y en concordancia con criterios de justicia.

La distinción entre la expresión “abusando”, o “en abuso”, y similares, cuando pueda indicarnos un elemento objetivo-subjetivo o un elemento subjetivo especial, deberíamos buscarla en la interpretación individual de cada tipo penal en concreto, teniendo en cuenta si existe la posibilidad de existencia en la realidad (faz objetiva) de la situación típica, de manera independiente del dolo del autor; es decir, si podemos imaginarnos un caso (o varios) en que la situación típica exista objetivamente y el autor no se la represente como tal y, a la inversa, que el autor se la represente como tal cuando en realidad no existió (caso del ejemplo).

Si la respuesta es afirmativa, nuestro elemento será un elemento en el tipo objetivo con su correspondiente elemento subjetivo (dolo).

³⁰ Se podrá discutir si el caso estaría justificado o no, por el hecho de no haberse dado el elemento subjetivo de la causa de justificación.

³¹ Vale aquí la misma aclaración que en la nota anterior.

Si la respuesta es negativa, estaremos en presencia de un *componente subjetivo especial: elemento del ánimo*.

Antijuricidad

No podría haber un *abuso* de su condición si está actuando justificadamente. La existencia de una causa de justificación supone un permiso del ordenamiento jurídico para llevar adelante una conducta típica. El abuso siempre implica justamente *ir más allá de sus funciones, de las atribuciones a él conferidas (y permitidas) por la ley* para el ejercicio de dicha función o cargo. Entonces decir que la comisión de este delito puede hallarse justificada por cualquier causa de justificación, podría resultar contradictorio.

Los elementos propios de una causa de justificación, por la estructura de este tipo penal, pasan a ser analizados ya en el concepto de “abusar”. Quien está justificado no puede estar abusando, pero a la vez, quien no reconoce que están los presupuestos objetivos de la causa de justificación, subjetivamente está abusando; aunque están presentes los elementos objetivos de la causa de justificación, como sucede en el ejemplo. Empero, al estar el elemento “abusando de...” en el tipo penal, corresponde resolver el problema a nivel de tipicidad, es decir tratarlo como un error de tipo.

Artículo 80, inc. 10

Artículo 80, inc. 10°:

A superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

Fundamento de la agravante. Bien jurídico protegido

El nuevo agravante del inc. 10 se trata de un homicidio cuyo agravamiento no resulta como en los restantes nueve incisos del modo, medio, motivación o sentimiento que el autor evidencia en el acto homicida; sino que se trata de un

agravante eminentemente objetivo y de naturaleza administrativa. Este elemento normativo del tipo consiste en una situación jurídica que resulta de la condición militar del sujeto activo y pasivo, y una relación jerárquica que los liga. Asimismo, operan como elemento integrante de la tipicidad objetiva los requisitos de lugar y modo.

La Ley N° 26394 derogó el código de justicia militar (CJM, o Código Penal Castrense), lo cual significó la desaparición de una importante cantidad de delitos, entonces en compensación a ello:

- Introdujo el nuevo inc. 10 al art. 80 del C. P. (*Tipo penal especial*).
- Incorporó al art. 77 del C. P. lo que debe entenderse por el *término militar*:

“se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la Ley Orgánica para el personal militar.³² Los funcionarios que al momento del hecho se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan ordenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando de las mismas implican comisión de delito o participación del mismo”.

Se refiere a los militares propiamente dichos.³³

Se refiere al Presidente de la Nación en desempeño de su función de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (FFAA); como así el Ministro de defensa de la Nación, quien ejerce igualmente funciones de mando en las FFAA por delegación del presidente y por competencia propia.³⁴

El bien jurídico protegido es la vida del superior militar (vida humana), a diferencia del bien jurídico tutelado por el CJM,³⁵ que era la disciplina que ocupaba el tope en su escala de valores, esto es aún por encima de la vida humana.

³² Ley N° 19101.

³³ Conforme al art. 1 y 5 de la Ley N° 19101. (Esta nota pertenece al gráfico 6 del Archivo 05)

³⁴ Cesari Hernández, D. M. “Homicidio agravado por la condición de militar”. En: *Aequitas virtual*. Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. República Argentina, pp. 9 y 10. Versión digital disponible en: [<http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrotrece/DERECHO%20PENAL.pdf>]. (Esta nota pertenece al gráfico 6 del Archivo 05)

³⁵ Código de Justicia Militar.

Tipicidad

Tipo objetivo	Tipo subjetivo
a) Acción: matar. b) A otro. c) Sujeto pasivo: Superior Militar. Sujeto activo: Militar de rango inferior. (delito especial) d) Supuestos contemplados: 1. "realizado frente al enemigo". 2. "realizado frente a la tropa formada en armas".	Dolo (representación de todos y c/u de los elementos del tipo objetivo).

Tipo objetivo

Puede cometerse tanto por acción como por omisión impropia. Es un delito de resultado. Es admisible la tentativa, vale aquí lo dicho en los dos incisos anteriores.

La génesis de la conducta típica debe hallarse en el derogado CJM, el homicidio tal como describe en inc. 10 no se halla previsto en el Cód. Castrense, sino que constituye una conjunción de circunstancias previstas en dos artículos del CJM.³⁶

Sujetos: se trata de un tipo penal especial, pues la calidad de militar se exige para los dos sujetos. El término militar debe entenderse como un elemen-

³⁶ "Describía (el CJM) dos variantes de la conducta típica denominada: vía de hecho contra el superior, tipo penal este integrante del conjunto de los denominados delitos estrictamente militares, categoría correspondiente a las infracciones que por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares preveían y sancionaban, de conformidad con lo establecido en tal sentido por el art. 108 del mentado código.

to normativo del tipo. Debido a que la extensión de dicho término debe circunscribirse a la establecida en la Ley N° 19101, Ley para el Personal Militar, y no extenderse a los términos del art. 77 del C. P.³⁷

No están alcanzados por el término militar: *la Planta del Personal Civil de las Fuerzas Armadas*, que cumple distintas tareas y funciones en la misma, por ejemplo administrativas.

El sujeto activo resultará un militar, es decir un miembro de las Fuerzas Armadas Argentinas, quien deberá hallarse en una situación de subalterno respecto del sujeto pasivo.

Supuestos contemplados

1) “realizado frente al enemigo”. Enemigo en el sentido del Derecho Internacional. La enemistad está referida a la República Argentina como Estado

¿Qué se entendía por vía de hecho contra el superior? El término superior estaba referido a superior jerárquico dentro de la estructura militar. De ese modo, vía de hecho era toda conducta activa de ataque o agresión física a dicho superior sin perjuicio de la utilización o no de armas en su realización.

La primera norma que refiero se hallaba prevista en el art. 656 y consistía en el ataque al superior frente al enemigo o tropa formada con armas, ya sea que dicho ataque se perpetrara con armas o sin ellas y aun en el supuesto de no causarle daño alguno a dicho superior. Esta conducta se hallaba gravemente punida ya que se preveía para el caso de su realización la pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado.

La otra variante de la vía de hecho contra el superior se hallaba descripta en el art. 657. En este caso igualmente se preveía la pena de muerte para el militar que en acto de servicio de armas o con ocasión de él, maltratare de obra al superior causándole la muerte o lesiones graves, previéndose la aplicación de la pena de reclusión por tiempo determinado o prisión si no resultare daño para el superior o sólo le produjere lesiones leves. Como podrá apreciarse, sólo en el segundo supuesto (art. 657) se preveía expresamente el homicidio del superior militar realizado por parte de un subalterno militar.

Es dable destacar que el abanico punitivo que el Código de Justicia Militar tenía previsto para los delitos estaba integrado por las siguientes penas: muerte; reclusión; prisión mayor; prisión menor y degradación. (Art. 528 Código de Justicia Militar).

Es así que resulta posible afirmar que la construcción del actual artículo 80 inc. 10 del Código Penal, constituye una conjunción de circunstancias que se hallaban previstas en los dos artículos militares referidos, sin perjuicio de hallar en el presente una menor extensión típica”. Cesari Hernández, ob. cit., pp. 5 y 6.

³⁷ Cesari Hernández, ob. cit., p. 8.

nacional (sujeto de Derecho Internacional). Es decir, enemigo respecto de los intereses del Estado que los sujetos representan en su condición de militares.

La condición de enemigo debe surgir como consecuencia de una situación de conflicto armado, esté o no declarada la guerra.

El concepto de enemigo también comprende a movimientos insurgentes cuando se hallen en condición de enemigo de la República Argentina, en las condiciones del derecho de guerra de los Convenios de Ginebra.³⁸

2) “realizado frente a la tropa formada en armas”. Puede ocurrir en tiempos de guerra o de paz.

Tropa debe entenderse en sentido amplio: concentración de efectivos.

Deberá hallarse formada, es decir concentrada y alineada dentro de una estructura diagramada. Y además portando armamento, por corresponder a miembros de una fuerza armada, sólo serán admisibles las armas propias.

Tipo subjetivo

Es un delito doloso, basta pues con la representación por parte del autor de los elementos del tipo objetivo. El dolo puede ser tanto directo como eventual.

Cabe agregar que el inc. 10 no exige que el autor se represente que está en actos de servicio ni que actúe con dicha motivación.

Antijuricidad

Se admite la posibilidad de aplicación de causas de justificación. Así, es posible por ejemplo, el homicidio en legítima defensa contra la agresión ilegítima de un *superior militar*, realizado *frente a enemigo o tropa formada con armas*.

Bibliografía

Arocena, G. A. (2003). “Homicidio de las fuerzas de Seguridad pública, policiales o penitenciarias”. En: *La Ley* 2003-B, 812-Sup. Penal (marzo).

³⁸ Cesari Hernández, ob. cit., p. 12.

- Castro, J. C.; Guardia, D. L. (2002). "El nuevo inc. 8 del art. 80 del C. P. Las mismas ineficacias a los viejos problemas". En: *La Ley* 2003-A, 498-Sup. Penal (diciembre).
- Cesari Hernández, D. M. "Homicidio agravado por la condición de militar". En: *Aequitas virtual*. Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. República Argentina. Versión digital disponible en: [<http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrotrece/DERECHO%20PENAL.pdf>].
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal, Parte Especial*. T. I. (6ª edic.). Buenos Aires, Astrea.
- Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal: Parte Especial*. T. I. (2ª edic.). Santa Fe, Rubinzal-Colzoni.
- Molina, G. J. (2007) "Populismos y medios de prensa". En: *La Ley* 2007-C, 1057-Sup. Penal (mayo).
- Sancinetti, M. A. (2001). *Teoría del delito y disvalor de acción*. (1ª edic.). Buenos Aires, Hammurabi S.R.L.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas.
- Varacalli, D. C. "Ley 25816. La igualdad en juego frente a la última reforma al art. 80 del C. P.". En: *DJ* 2004-1, 391.

Legislación

- Abeledo Perrot N°: 22/9669. Luna, Jorge A. S/recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, 15/12/2005.
- Código de Justicia Militar (derogado).
- Código Penal Argentino.
- Ley N° 19101.
- Ley N° 26394.