

Homicidio calificado por abuso funcional vs. legítima defensa, cumplimiento del deber y ejercicio de un cargo, en su exceso Caso judicial: Isaías Luna

Victoria E. Siloff¹

SUMARIO: I.- Homicidio calificado por abuso funcional; II.- Legítima defensa; III.- Cumplimiento del deber y ejercicio de su derecho autoridad o cargo; IV.- Exceso; V.- Caso judicial Isaías Daniel Luna; VI.- Bibliografía

RESUMEN: El presente texto desarrolla un repaso por los tipos penales generalmente utilizados durante la imputación y acusación judicial ante homicidios cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad y policiales: Homicidio calificado por abuso funcional, legítima defensa, cumplimiento del deber y ejercicio de un cargo, en exceso. Se analiza específicamente la causa judicial iniciada en 2020 en la Ciudad de Córdoba a raíz del homicidio del joven Isaías Daniel Luna, por parte de un miembro de la Policía de Córdoba, con posterior alteración de la escena del crimen y encubrimiento por parte de uniformados. El proceso cuenta

¹ Autora: Victoria E. Siloff. Abogada. Diplomada Internacional en Seguridad Humana y DD.HH.
Mail: vesiloff@gmail.com.

con sentencia condenatoria con jurados populares, estando actualmente (Mayo 2023) en instancia de casación².

PALABRAS CLAVE: Homicidio calificado por la condición especial del autor - policía de Córdoba - legítima defensa de terceros - ejercicio de un cargo - cumplimiento del deber en exceso.

I.- Homicidio calificado por abuso funcional

Para comenzar haremos un breve repaso en los tipos penales. Así es que el art 80 inc 9 de nuestro Código Penal³, tiene su origen en la ley 25.816, promulgada el 9/12/2003. Como surge de la Exposición de Motivos y del Debate Parlamentario, el fin fue combatir el aumento en el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad policiales y del servicio penitenciario⁴. En esos momentos, la principal causa de detención de miembros o ex miembros de las fuerzas mencionadas, era el homicidio. Una de las senadoras artífices de la ley, la senadora Halak, manifestó que la severidad de la pena, tenía justificación en la calidad del autor del hecho: *“...No se puede castigar con igual rigor por la comisión de un delito, a un ciudadano común, que a aquel a que la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito. De allí que la propuesta contempla concretamente que la intervención de un miembro de las fuerzas de seguridad en algunos de los hechos contemplados en el artículo 79, o en los capítulos I y II del título VI del Código Penal de la Nación, es suficiente motivo para alterar la escala penal...Es necesario contribuir al perfeccionamiento de las fuerzas de seguridad, cuya mayor o menor credibilidad afecta a todas las áreas de la actividad económica y social”*⁵. A su vez, *“el senador Agundez, informante de la Comisión, explicó en relación a los*

² 30/03/2023. Cámara en lo Criminal y Correccional de 5º Nominación Ciudad de Córdoba. Sentencia N°17. “ADAVID, Ariel Esteban y otros p.ss.aa. Homicidio con exceso en la legítima defensa, etc.” (Expte. SACM n° 9750525).

³ Art. 80.- “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

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

⁴ La ley de seguridad interior 24.059 califica fuerzas policiales a la fuerza federal y policías provinciales; fuerzas de seguridad, a la Gendarmería y Prefectura Naval y fuerzas penitenciarias a las fuerzas de los servicios penitenciarios. Esta terminología fue usada en el Art. 80 Inc., 8 (Ley 25.601).

⁵ Art. 80 inc. 9 Homicidio Agravado por la Condición Especial del Autor Por Gisela A. Icardi y Gabriel M A Vitale. Recuperado en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37747-art-80-inc-9-homicidio-agravado-condicion-especial-del-autor>

delitos en los que se agrava la pena, que se debe a que el homicidio, robo, hurto, y secuestro extorsivo violan derechos fundamentales de la C.N: el derecho a la vida, propiedad y libertad, aclarándose que respecto de los demás que pudieren cometer estos agentes, será el Juez quien regulará la pena a partir de las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal”⁶.

Evidentemente que, el noble fin de evitar o disuadir la comisión de estos delitos, con penas más severas, no era ni es la solución frente al incremento de homicidios cometidos por miembros de las fuerzas policiales y del servicio. A pesar de ello, podemos evaluar que la mayor reprochabilidad en los delitos agravados tiene que ver, fundamentalmente, en la función, en razón de la cual el sujeto activo es custodio de la seguridad pública, lo que vuelve más disvalioso el acto. No sólo se comete un homicidio, sino que se hace en el ejercicio de su función: “brindar seguridad y protección”. Ese elemento objetivo es la clave, no sólo hay un homicidio sino que, el mismo, es resultado de un abuso de esa función, hay una violación al deber especial que le atañe por su función pública.

a. Elementos del tipo penal

El bien jurídico protegido es “la vida humana”, es decir un derecho reconocido en nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de DD.HH, con jerarquía constitucional. Luego, el sujeto activo: integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario. Es trascendental que se encuentren en actividad o en retiro activo, ya que si fue exonerado o excluido de la institución, pierde la calidad de sujeto activo especial. Sólo quedan fuera los exonerados, o los dados de baja, es decir quienes perdieron el estado de revista. Además de lo mencionado, se requiere que el ejercicio de su función sea “abusivo” al momento de cometer el homicidio. Para conceptualizar “abuso”, jurídicamente, debemos ir al derecho civil y comercial, donde el Código Civil y Comercial de la Nación en su art 10 lo define⁷. Analizando el artículo podemos advertir que habla de dos características en relación al abuso: “*a. Contraría los fines del ordenamiento jurídico; b. excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”.

⁶ idem anterior.

⁷ Art 10.-Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Desde el elemento objetivo además, ese derecho debe ser ejercido de forma antifuncional, es decir, en contra de la finalidad otorgada por el ordenamiento jurídico a ese derecho/deber, y excediendo los límites impuestos al ejercicio de ese derecho. En definitiva, se trata de dar muerte a otra persona (ciudadano común), de manera arbitraria, e ilegal, al violar el deber mismo que su función le impone. En relación al elemento subjetivo del tipo, podemos afirmar de la doctrina y la jurisprudencia existente, que debe haber una intencionalidad al abusar, se tiene conciencia y voluntad. Se tiene noción del abuso, y la intencionalidad es homicida. Esto significa que al momento del homicidio, el funcionario no sólo es capaz, sino que cuenta con la información suficiente para comprender que asesinar en ese momento, y en la forma que lo hace es abusivo, dado que se realiza al margen de su deber, al no encuadrar en una causal de justificación. Ahora bien, en este punto, puede discutirse qué sería la *información suficiente*, consideramos que es suficiente la formación que reciben estos funcionarios a los fines de ser admitidos y autorizados para ser miembros de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Una vez activos, debemos suponer, que lo hacen estando formados suficientemente en relación a los deberes que les atañen, y los límites de sus atribuciones, sobre todo en lo que hace al uso del arma de fuego reglamentaria, considerando no sólo los estándares internacionales de Derechos Humanos al respecto, sino, las leyes de seguridad provinciales y protocolos especiales, además claro, de nuestra Constitución y Código Penal. Es decir, entiendo que a la hora de analizar el delito, debe partirse de la premisa que estos funcionarios, ya por serlo, saben y conocen sus deberes, derechos y límites. No pueden excusarse en el “no saber”, o “la supuesta falta de formación” que reciben⁸, y que eso les permita irse sobreesidos, o con condenas absolutamente irrisorias y morigeradas de forma tal que pasan a ser prácticamente simbólicas, como una suerte de privilegio.

En relación a la víctima o sujeto pasivo, no hay características específicas necesarias. Y en cuanto a la acción típica, tampoco se especifica la forma de dar muerte, más que la misma sea consecuencia de un ejercicio abusivo de sus funciones. Por esto mismo, incluso podría ser agravado genéricamente por el art 41 bis, si se utiliza como medio de comisión el arma de fuego reglamentaria.

II.- Legítima defensa

⁸ 21/11/2012. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Sala Penal. “Mesa, Silvano s/homicidio agravado s/casación.”Cita: TR LALEY AR/JUR/65315/2012.

En relación a la causal de justificación de la legítima defensa⁹, podemos decir que la misma funciona excluyendo la antijuricidad de una conducta típica (es decir, elimina uno de los elementos del delito: conducta, típica, antijurídica, imputable). Para que esto suceda, deben darse los elementos descritos en la norma: *“siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.”*

En relación a la agresión ilegítima podemos decir que la misma puede ser contra la vida, bienes, o derechos tanto del autor de la legítima defensa, como de terceros. Debe ser actual, y real, en términos objetivos. Debe existir pues, un riesgo actual e inminente. Ciertamente es que no existe unanimidad, y debe estarse al análisis en cada caso concreto, pero podemos afirmar en forma general, que consiste en una acción humana de puesta en peligro de algún bien jurídico tutelado, puede o no la misma agresión ser delito. No debe ser una agresión que esté justificada, no es necesario que sea antijurídica, sino, que no esté basada en ningún derecho.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, es clave la “racionalidad”, en este punto hablamos de *“una ausencia de una desproporción insólita, y grosera casi indignante entre el mal que se evita y el que se causa (...). La ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades. (...) Para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva o inocua, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica en cuestión.”*¹⁰ Ahora bien esa cuestión de la necesidad de la defensa, debe

⁹ Artículo 34 C.P.: No son punibles (...) 4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2002. Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Ed. EDIAR. Páginas: 612, 613, 616.

analizarse ex ante, es decir, desde la posición del sujeto que se defiende, en el momento en el que lo hace. Esta valoración cuando el autor es un miembro de una fuerza policial, de seguridad o penitenciaria, es diferente a cuando el autor es un ciudadano común: *“dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia.”*¹¹

No sólo se mide la diferencia abstracta de los bienes jurídicamente protegidos en juego, sino, la gravedad y lesividad de las conductas desplegadas. En cuanto a la falta de provocación suficiente, vamos a ser bastante escuetos, y explicando brevemente, podemos conceptualizarla como la ausencia de una acción previa, que justificara la agresión que se repele con la defensa.

III.- Cumplimiento del deber y ejercicio de su derecho autoridad o cargo

*“Todo cargo público genera deberes jurídicos; al desempeñarse un cargo público “subsidiariamente (se) cumple un deber: los magistrados, los funcionarios, los policías, ejercen un cargo y los hechos típicos que realizan resultan justificados por el ejercicio legítimo de aquél. (...) Al mismo tiempo, es deber del personal policial la defensa de los derechos fundamentales de las personas ante el peligro inminente de su afectación. En consecuencia, estará justificado el accionar policial cuando, en cumplimiento del deber derivado de su cargo, intervenga en la represión del delito utilizando los medios necesarios para la defensa propia y la de los derechos fundamentales de los terceros. De esta forma, a las causales mencionadas debe agregarse, complementariamente la legítima defensa propia y de terceros.”*¹² Es decir que a la hora de analizar la conducta del sujeto activo, debe hacerse considerando esta tríada jurídica: cumplimiento del deber, ejercicio de un cargo y legítima defensa propia o de terceros. Para las dos primeras figuras es menester saber entonces qué deberes se establecen legalmente para un funcionario de seguridad, policial, y penitenciario, los límites que marcan la legitimidad del mismo y del ejercicio legítimo del cargo.

Luego, para la legítima defensa propia o de terceros, ha de analizarse dicha figura penal. No es menor recordar, que ese análisis ex ante, requerido para dicho tipo penal es más estricto para un uniformado que para un ciudadano común. A su vez, *“ya ponderando la causa de justificación del legítimo ejercicio de un cargo, se ha entendido*

¹¹ Idem anterior.

¹² “14/10/2008, Cámara de Acusación Córdoba, auto N°343, “Jornet de Visconti, Fernando Oscar y otros p.ss.aa. Homicidio agravado por el art. 41 bis.”

que las dificultades que presenta la determinación del margen de lo necesario o lo legal, a partir del cual la acción desborda el coto de lo aceptado por el Derecho en otras causas de justificación -vgr. defensa legítima y estado de necesidad-, son significativamente menores en el caso del legítimo ejercicio de un cargo (art. 34 inc. 4º, C.P.), ya que se dispone de mayores estándares objetivos... tratándose de un cargo público, es propio de un estado de derecho que el conjunto de atribuciones de los funcionarios resulte materia reglada, con porcentajes de discrecionalidad más acotados. Máxime cuando se trata de agentes que se encuentran habilitados para el empleo de la fuerza pública para alcanzar los cometidos propios de la función. De allí que en materia tan delicada, la regularidad en el ejercicio del cargo debe ser analizada ponderando las pautas resultantes de la normativa aplicable, las instrucciones de la superioridad, la naturaleza del instrumento utilizado y de la acción que el funcionario procuraba evitar o detener.”¹³ Para todo ello debemos remitirnos a la legislación que regula al personal en cuestión. Así es que para analizar sus funciones, su conducta, y establecer en definitiva cómo deben cumplir su deber y su cargo, en el caso específico de la Policía de Córdoba, aparecen: la ley de Seguridad Pública N°9235¹⁴, Ley del Personal Policial N°9728¹⁵, y el Protocolo de actuación policial para el uso legal y racional de la fuerza en la Provincia de Córdoba.¹⁶

IV.- Exceso

Las figuras anteriores eliminan la antijuridicidad, pero si dichos tipos penales no se cumplen cabalmente, y quien actúa se “excede” en los límites, la ley nos envía al art 35 del Código Penal.¹⁷ Como consecuencia, por un obrar excesivo por culpa o imprudencia, se pena la conducta, es decir que es antijurídica, pero la pena es la

¹³ 24/05/04. Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia N°39. “Bravo”,

¹⁴ Art 15: La Policía de la Provincia de Córdoba es una institución civil armada, que tiene por misión el mantenimiento del orden y la tranquilidad pública en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, ejerciendo las funciones que la legislación establezca para resguardar la vida, los bienes y los derechos de la población. ARTÍCULO 23.- La Policía de la Provincia de Córdoba deberá: s) Ejercer todas las atribuciones que le confiera específicamente la legislación vigente, y t) Observar y hacer observar, en cuanto de la Institución dependa, los derechos humanos.

¹⁵ Art. 15: Son deberes esenciales del personal policial en actividad: d) Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, libertad y propiedad, adoptando en cualquier lugar y momento el procedimiento policial conveniente para prevenir o interrumpir la ejecución de un delito o contravención...”.

¹⁶ Protocolo realizado, considerando los estándares mínimos internacionales en materia de DD.HH, en relación al uso del arma de fuego, por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, legislación y documentación Argentina y local, y jurisprudencia internacional.

¹⁷ Art. 35: El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

que se fije para el delito en cuestión, por culpa o imprudencia. La pena disminuye notablemente. Aquí toma relevancia el elemento subjetivo: el dolo, o la culpa. En una investigación o en el desarrollo de un juicio, podemos llegar al elemento subjetivo generalmente por elementos externos, indicios externos, que vinculados lógicamente, racional y legalmente hacen la prueba de tal subjetividad, al momento de la comisión del hecho.

Exceso y abuso, prácticamente son sinónimos si buscamos en el diccionario de la Real Academia Española¹⁸. La clave para diferenciar un abuso de un exceso, en términos estrictamente jurídicos ubicándonos en los tipos penales que estamos estudiando, es sin duda, el elemento subjetivo: culpa, error, imprudencia; dolo directo, o eventual. Esto como venimos diciendo, podemos saberlo con la prueba producida que nos dice no sólo como fueron las circunstancias del hecho, las conductas desplegadas, etc., sino también debe analizarse y valorarse la conducta ex ante, y la posterior al homicidio. Diría que en estos casos es tan importante valorar la conducta posterior, como la que se tuvo ex ante.

V.- Caso judicial Isaías Daniel Luna

a. Análisis de las figuras penales

Resumen de la causa: Isaías Luna (22), junto con dos compañeros de causa, se hicieron presentes el 18/12/2020, siendo aproximadamente las 05 hs en un domicilio de B° Urca de la Ciudad de Córdoba. Esto, con fines delictivos. Así es que ingresaron a la fuerza, intimidando al dueño de casa al momento de sacar su vehículo para ir a trabajar, logrando reducirlo e ingresar al domicilio. En esos momentos, por los ruidos, es que el hijo de la víctima (15) logra llamar al 911, en menos de cinco minutos se hace presente personal policial en la vivienda. Llega al domicilio, sin dupla, el Sargento Ayudante Ariel Esteban A David (46). Por radiofrecuencia, se había dado aviso del hecho, como “robo calificado en curso”. En la jerga el calificado, significa agravado, eso puede ser por escalamiento, por ejemplo, o por ser con uso de arma de fuego. A David, no sabía lo que sucedía en el domicilio, sabía de un robo en curso, podría presumir que era “con armas”, pero no podía saber cuántos ladrones eran, cómo eran, cuántos integrantes tenía la familia víctima del robo, si había niños, o no, etc. Sí sabía que detrás de él venían en camino más uniformados policiales porque se anunciaron por radio frecuencia, siendo él el primer agendado en el hecho. Así es que decide entrar sólo, ya

¹⁸ Abusar. ‘Hacer uso de algo de modo excesivo o indebido. Exceso: Parte que excede y pasa más allá de la medida o regla. Recuperado en: <https://www.rae.es/>

empuñando su arma, da la voz de alto, ingresa al domicilio por el garaje que estaba abierto, accede a un pasillo de seis metros, y en posición de disparador ejecuta a Isaías Luna de un disparo certero en la nuca. Isaías estaba desarmado, agachado -rodillas flexionadas- y de espaldas al agresor policial. Ninguno de los asaltantes portaba ningún tipo de arma. Los otros dos compañeros de Luna, se habían llegado a tirar al piso. Luna, evidentemente cayó ya estando malherido y murió en el acto. Luego del homicidio, inmediatamente después comienzan a ingresar los demás uniformados, siendo aproximadamente cuatro, y luego en cuestión de minutos llegan más.

En esos momentos, comienza el plan delictivo a los fines de modificar la escena, uno de los uniformados sale corriendo del domicilio y se dirige en una camioneta policial hasta su casa, incluso saliéndose de la jurisdicción, se demora casi dos minutos en el domicilio, y regresa a toda velocidad con un arma de fuego, absolutamente inservible a los fines de disparar, es decir, un arma no operativa. Arma de fuego que se planta en la mano derecha de Luna, se planifica el encubrimiento y se sostiene incluso con falsos testimonios, cuando son citados a declarar como testigos ante la sede de la Fiscalía de Instrucción.

El Ministerio Público Fiscal (de ahora en adelante: M.P.F), en la etapa de la investigación -Fiscal Klinger- sostuvo la imputación para el Sargento Ayudante Ariel Adavid como autor del homicidio, de *“homicidio con exceso en el cumplimiento de su deber, y en el ejercicio de su cargo, y en la legítima defensa de terceros (arts. 45, 79 en función de los arts. 34 -inc. 4º y 7º- y 35 del CP)”*. Al momento de iniciar el juicio, la acusación realizada por el Fiscal de Cámara -Fenoll- fue *“Homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego, en exceso del cumplimiento de su deber, en el ejercicio de su cargo y en la legítima defensa de terceros (art. 34 incs. 4 y 7, 35, 41 bis, 79 y 84 CP)*. La querrela, al momento de dar los alegatos de cierre, planteó la calificación del homicidio agravado por abuso funcional, pero no se le permitió esto a la querellante, argumentando el Tribunal, que debía guardar un rol adhesivo al M.P.F. Lo cual a pesar de ser cuestionado in voce por la querrela, citando jurisprudencia de la misma Cámara que permitió en un caso previo similar, solicitar a la querrela una calificación más grave que la sostenida por el Ministerio Público, se le negó rotundamente sin mayores argumentos jurídicos. Así es que terminó adhiriendo al pedido del M.P.F, pero se solicitaron penas diferentes, y más graves según la escala penal del delito. Durante el desarrollo del debate, se llegó a probar con grado de certeza que al momento de recibir el disparo, Isaías estaba desarmado, de espaldas y agachado, en la cocina del inmueble, a 4.69 mts del cañón del arma de fuego que utilizó Adavid.

En relación a las figuras penales en juego en el caso, específicamente la legítima defensa, y su exceso, tenemos que decir que la agresión ilegítima para el M.P.F fue el robo. Para el M.P.F, y para el Tribunal, la agresión ilegítima -robo- existía, al momento de recibir el disparo Luna. Para la querrela, debido a circunstancias que se probaron en el juicio, el robo había ya finalizado desde que A David estaciona el móvil en la puerta. Esto ya que, mientras él estacionaba, su presencia fue advertida desde dentro de la casa, justamente por Luna. Y decimos que el robo ya había terminado, porque cuando Luna advierte el móvil policial, da aviso a sus compañeros, todos ya resignados decidieron rendirse, no había más nada que hacer. El robo estaba frustrado. Ese momento, se da a partir de la presencia policial, el conocimiento de ella y la voluntad expresada en la conducta de los tres de rendición absoluta.

Los medios que tuvieron a disposición para intentar cometer la agresión ilegítima (robo), fueron la violencia física e intimidación de las víctimas; ergo, con la sola presencia policial, y el conocimiento de la misma, dejaron de tener esos medios a disposición, dado que no estaban armados en ninguna forma, ni expresaron en sus conductas lo contrario. Jamás hubo rehenes, no utilizaron a las víctimas del robo de escudo, ni les ejercieron violencia mientras personal policial ingresaba, no mostraron ni expresaron resistencia alguna. De hecho, se tiraron al piso. Por la posición de Isaías Luna al momento de recibir el disparo, y por todo lo ya probado se podía inferir que estaba en posición de absoluta rendición, de espaldas y desarmado. Lo cual fue advertido por A David. La agresión no existía como tal al momento del disparo, ni el robo ya frustrado. No existía el riesgo de que continuara el robo, ni de fuga, ni riesgo a la integridad física de nadie. Podemos decir que el riesgo de fuga, era el único que podía racionalmente llegar a tener en mente A David al momento de disparar, aun así, tampoco este le justificaría el disparo, máxime sabiendo que en cuestión de segundos llegaban más policías. Dicho esto, al no existir el elemento esencial de la legítima defensa, no cabe subsunción en dicha figura. Debe descartarse. Y ni siquiera deben analizarse los demás elementos de la legítima defensa.

Sobre el exceso de las otras dos figuras: ejercicio de un cargo y cumplimiento del deber, el exceso debe ser resultado de un error culpable por parte del autor, lo mismo sería para un exceso en la legítima defensa. Para hablar de error y culpa debe analizarse el elemento subjetivo, la voluntad del agente. Valorando toda la prueba objetiva, y no sólo la conducta *ex ante* del homicida, sino, su conducta posterior al hecho, (que en este caso particular fue la de participar en la modificación de la escena del crimen, omitiendo gravemente deberes de

funcionario público, como no llamar la ambulancia hasta que llegara el uniformado con el arma para plantarla, no denunciando lo sucedido teniendo el deber de hacerlo -porque jamás dejó de tener la calidad de funcionario policial, incluso en el juicio dado que llegó como retirado, ostentando estado policial-, abusando así de su función para “salvarse” de la posible imputación que le cabría: homicidio calificado. Además, se demostró en juicio que declaró mendazmente momentos después del homicidio, que Luna lo había apuntado con un arma de fuego. No sólo declaró esto a otros uniformados, sino, a uno de los testigos del hecho y de la causa; el joven de 15 años, hijo del dueño de casa víctima del intento de robo, y así sostuvo la mentira al hacer uso de la última palabra como acusado), es que se evidencia la intención de ocultar el dolo homicida que tuvo al momento de disparar su arma.

En este punto es fundamental analizar cómo ingresa Adavid al domicilio: con un grado de jerarquía alto, sabiendo utilizar el arma de fuego, con 22 años de experiencia en la fuerza policial, realizando siempre trabajo de calle, con 12 años de patrullaje en zona roja, con 59 operativos donde existieron secuestros de arma de fuego, con un puntaje de 9 en polígono de tiro. Es decir, ingresa con conocimiento, experiencia, e información. Con pleno uso de sus facultades, ya dentro de la casa, con luz artificial y visibilidad -visibilidad que él niega pero que le permitió apuntar a la nuca-, a unos 4.69 mts. de distancia, viendo a Luna de espaldas a él, agachado y desarmado, sabiendo que si disparaba, lo hacía abusivamente, decide hacerlo. Insisto, luego se sube al tren delictivo con sus seis compañeros de causa para plantar el arma y encubrir el crimen, con el objetivo de gozar de impunidad. Ahora bien, teniendo el dolo homicida probado (incluso el dolo eventual, que es aplicable a la figura del 80 inc. 9), se deben descartar las figuras que como elemento subjetivo tienen a la culpa o la imprudencia. Luego, en relación al ejercicio legítimo de un cargo y cumplimiento del deber, no se llega a la configuración de ambos tipos, por el obrar al margen de la ley, abusivo y doloso. Por ende el exceso de ambas figuras es imposible jurídicamente.

El dolo homicida del 80 inc. 9, no es necesariamente, ni solamente el de *aprovecharse* del uniforme para asesinar. Es el de asesinar abusivamente, y eso implica saberlo, mientras se está en el ejercicio de sus funciones, utilizando o no el arma de fuego. Es la práctica ilegal generalizada de disparar por las dudas, antes que nada, sabiendo que eso es abusivo, igualmente, se decide hacerlo. Los motivos profundos, podemos rastrearlos en ciencias como la sociología, criminología, antropología, psicología. Si comparamos estos crímenes con los femicidios por ejemplo, suele pasar que se explican de manera “simple” explicando los titulares:

“la mató porque se separó”, “porque tenía un amante”, “porque la violó y debía ocultar el crimen”, pero sabemos que esos “motivos” son superficiales. Existe un contexto social, político, un paradigma cultural que nos rodea. Acá se podrá decir: “lo mató porque era un ladrón”, a veces porque “creían que era un ladrón”, más allá de circunstancias reales y objetivas de riesgo, que ameriten la conducta ofensiva y agresiva.

El abuso se *justifica* intelectualmente en la voluntad, cuando el uniformado sabe, o cree saber que a quien está ejecutando, es un “delincuente”. No es simplemente un error en la valoración del riesgo o del peligro de la situación. Es una decisión, que tiene años de construcción en la fuerza policial luego de instaurada la democracia. No es casualidad que la condena por el homicidio de Isaías Luna, sea apenas la segunda en la historia judicial cordobesa en contra de un miembro de la Policía que ejecuta a un “ladrón”. Está claro que no existieron apenas dos casos desde que volvió la democracia. Sucede que los que existieron, se han cerrado con “legítima defensa” en la etapa de la Investigación Penal Preparatoria y el único caso como antecedente cordobés, es una condena también por exceso en la legítima defensa de terceros, ejercicio de un cargo y cumplimiento del deber, por el homicidio de Lucas Ruzdick (13), sentencia dictada por la misma Cámara en lo Criminal cordobesa que juzgó el homicidio de Luna.

Pareciera que la víctima del homicidio, viene a *justificar* el abuso y me animo a decir, a crear incluso, el dolo homicida, que va más allá del riesgo real y objetivo. Se lo dibuja jurídicamente como un delito “culposo”, se genera una elasticidad del tipo penal legítima defensa (como postula el C.E.L.S) porque de lo contrario, si se aplicara el homicidio agravado funcional, la pena es la más grave del Código Penal: perpetua.

Cuando la víctima no es ladrón, es un yerro de por sí la conducta policial ofensiva, porque no hay agresión ilegítima desde ya, pero ilógicamente en dichos casos las imputaciones y sentencias, no ameritan figuras culposas. Así es que la jurisprudencia cordobesa nos demuestra que se han aplicado las figuras dolosas de: “homicidio agravado por uso de arma de fuego”, y “el homicidio agravado funcional”, condenando incluso a perpetua a uniformados que habían asesinado a jóvenes víctimas, creyendo que eran ladrones, o al menos presentándose los mismos a los ojos de los policías como sospechosos (ejemplos: Casos: Franco Amaya, Fernando “Guere” Pellico, Valentino Blas Correas, José Ávila). Surge entonces que el “error” no es lo que justifica la figura culposa o dolosa en la jurisprudencia cordobesa, sino la víctima y su calidad de ladrón real, o presunto, y

su pertenencia social. Funcionando tal cosa, como un motivo para morigerar la calificación penal que se le enrostra, y la condena contra el homicida. Estirando, elastizado figuras penales que no corresponden, con tal de no tener que condenar a un policía por matar a ciertas clases de víctimas, y a la inversa, castigando duramente cuando la víctima es “inocente”.

VI.- Bibliografía

- “Homicidio Agravado por la Condición Especial del Autor”. Por Gisela A. Icardi y Gabriel M. A. Vitale. Recuperado en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37747-art-80-inc-9-homicidio-agravado-condicion-especial-del-autor> .
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2002. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Ed. EDIAR. Páginas: 612, 613, 616.
- Domínguez Henain, Daniel H. “Análisis dogmático de las expresiones: “Agresión Ilegítima” y “provocación suficiente del artículo 34 inciso 6 del Código Penal Argentino.” Recuperado en: <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/4877> Páginas: 75, 76, 77.