

Consideraciones críticas al proyecto de reforma al Código Penal: causa de no punibilidad vinculada al uso de armas por parte de las fuerzas de seguridad y penitenciarias

Por Maximiliano Medina y Guido Leonel Brunetti

Este trabajo tiene como objeto analizar la regla establecida en el artículo 34 inc. 4 del proyecto del nuevo código penal¹, elaborado por la comisión de juristas convocada para la reforma integral del código, que introduce una nueva causa de justificación con relación al accionar de las fuerzas de seguridad y penitenciarias en el uso de la fuerza letal.

Esta situación ha provocado mucha preocupación entre los operadores jurídicos, organismos de Derechos Humanos, operadores judiciales, y activistas políticos y sociales, por considerar que la norma resulta contraria a diversos principios y estándares de derechos humanos.

Por estos motivos, hemos intentado efectuar entonces una revisión del texto, y a medida que avanzamos en el análisis pudimos concluir que la norma tiene problemas tanto a nivel de narrativa legislativa, como en relación a las posibles consecuencias concretas en el campo del uso de la fuerza letal por parte de las fuerzas de seguridad y penitenciarias, a la par que entendemos, puede acarrear algunos problemas en orden a la obligación de investigar posibles graves violaciones a los derechos humanos, lo cual creemos que se traducen en un mensaje político incompatible con los principios de un estado democrático y republicano de derecho.

Para una mejor comprensión, dividiremos los apartados en función de los problemas que consideramos.

¹ “ARTÍCULO 34.- No serán punibles: 4°) El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. El miembro de alguna fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

I. Problemas vinculados a la deficiente técnica legislativa

a) El nuevo permiso resulta redundante.

Consideramos que la norma carece de una redacción eficaz y se presta a distintas confusiones, por resultar redundante.

En efecto, la primera parte del artículo 34 inciso 4 del proyecto-que es una norma que actualmente está vigente-, expresamente dispone que no es punible la conducta desplegada en cumplimiento de un deber, autoridad o cargo².

Veamos nuevamente la norma completa.

No será punible:

4°) El que obrare **en cumplimiento de un deber** o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. El miembro de alguna fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria que, en **el cumplimiento de su deber** y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte. (Lo destacado nos pertenece)

El permiso establecido en este inciso, comienza describiendo el permiso en relación al que obrare “en cumplimiento de un deber” y luego, retoma especialmente en el supuesto de los miembros de alguna fuerza de seguridad que “en el cumplimiento de su deber” provoque determinados resultados lesivos.

Quizás resulte reiterativo, pero a la vez es el principal recurso para referirnos a lo llamativo de la redacción. En efecto, lo primero que llama la atención es pretender incluir algo que, en rigor, ya está incluido. Es decir, la descripción

² Si bien autores como Zaffaroni Alagia y Slokar, analizan este supuesto dentro de la tipicidad, la doctrina mayoritaria de nuestro país lo ha colocado como causal de exclusión a evaluar dentro de la antijuridicidad. En efecto, el inciso 4 del artículo 34 del CP, establece la no punibilidad para aquellos casos en que una persona actúa típica pero justificadamente al realizar una acción en cumplimiento de un deber, autoridad o cargo. Lo central para que el ejercicio del deber, la autoridad o cargo justifique el acto cumplido, es que éste haya sido legítimo, es decir, ejecutado dentro de los límites previstos por el orden jurídico (Righi, Esteban. Derecho Penal, Parte General, Lexis Nexis, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, p. 254) y posee una doble limitación, de contenido y de forma; el desborde de esas limitaciones da lugar a exceso o abuso de derecho (Fontan Balestra, Carlos en Rivacoba y Rivacoba, Manuel, Código Penal y normas complementarias, volumen I, dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 656).

reitera lo que normativamente aparece como una eximente clara más arriba. Lo repite y agrega un supuesto especial que ya está incorporado en la eximente general.

Además, en el primer párrafo se encuentra la cópula “o” (*cumplimiento de deber o legítimo ejercicio de un derecho autoridad o cargo*) donde se indican distintos supuestos.

Esto permite suponer que los encargados de redactar el proyecto consideraron que de la fórmula tradicional y general vigente en la actual redacción del Código Penal (y que se mantendría en la nueva redacción), se encuentran excluidos los integrantes de las fuerzas de seguridad y penitenciarias, cuando causen lesiones o muertes en el cumplimiento de su deber con sus armas en forma reglamentaria.

Indudablemente esto es un grave error.

Como primera premisa entonces, de la lectura integral de la eximente especial que se pretende incorporar, podemos decir que hay una grave falla de técnica legislativa y de redacción, por resultar redundante, sobreabundante y confusa.

b) ¿A qué armas se refiere la norma permisiva?

Ya afirmado lo sobreabundante de pretender regular algo que ya está regulado, veamos que pasa en el texto analizado a partir de la conjunción “y”.

Repetimos: No será punible el miembro de alguna fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria que:

“...en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.”

Hay acuerdo en que la primera interpretación de un texto legal es la interpretación literal³.

³ CSJN, Fallos: 304:1820; 314:1849, entre muchos otros.

Aquí aparece un detalle que puede pasar desapercibido si se lee rápidamente (porque el texto tiene otros problemas mucho más graves), pero que también expresa una falencia en la descripción de la eximente, en tanto se refiere al uso - por parte de algún integrante de fuerzas de seguridad o penitenciarias- de “sus” armas en el cumplimiento de un deber.

El texto, como se ve, refiere a las armas particulares de los funcionarios policiales y extrae llamativamente el concepto de arma reglamentaria.

Probablemente no lo hayan advertido los integrantes de la comisión y resulte sólo un error, pero no podemos dejarlo pasar por alto cuando lo que está en juego no es la elegancia de una frase o el infortunio de una palabra suelta. Estamos hablando del Código Penal, y en este caso en concreto, ni más ni menos que sobre un permiso excepcional a las fuerzas de seguridad y penitenciarias, para el uso de armas letales con consecuencias contra la vida o la salud de las personas.

El problema tampoco se aclara si nos remitimos a las escuetas líneas que le dedica la exposición de motivos a esta norma que se pretende incluir a nuestro ordenamiento penal⁴.

Sin embargo, da la sensación de que lo que se pretende regular es el cumplimiento de deber cuando se utilice el arma reglamentaria provista por la fuerza que corresponda, y no alguna otra arma. En efecto, en la exposición de motivos se menciona la necesidad de adecuar el uso del arma reglamentaria conforme a los protocolos de actuación, pero en el texto se refieren al uso de “sus armas” en forma reglamentaria, lo cual genera mucha confusión sobre un elemento que permite el cierre permisivo de la conducta.

En la misma línea, existe otro problema que surge de la lectura y que a la vez nos brinda mayor claridad sobre la insolvencia de pretender incorporar esta

⁴ En efecto, la Comisión afirmó que el objetivo de esta reforma consiste en “garantizar la tarea de las fuerzas de seguridad y que se cuente con una clara vinculación del uso de arma reglamentaria al cumplimiento debido de esa tarea, conforme a los protocolos de actuación.”

eximente. Para intentar ser más ilustrativo ponemos algunos ejemplos en forma de interrogantes:

¿Qué ocurriría si, para cumplir con su deber, el autor causa lesiones o muerte utilizando un arma no reglamentaria? ¿Estaría fuera de la eximente especial? ¿Se incluiría dentro de la eximente genérica del primer párrafo?

En el caso de contestar afirmativamente esta segunda pregunta, por conclusión lógica estaríamos entonces de acuerdo en que el agregado específico no tiene ninguna función, lo cual refuerza lo que venimos sosteniendo desde el comienzo de este breve trabajo.

Ahora bien, pongamos otro ejemplo. Supongamos que un vecino ve que el policía, en el marco de un tiroteo con unos individuos que tienen de rehén a una persona, se queda sin balas y le alcanza su escopeta. Supongamos que el funcionario policial hace uso de esa escopeta y consideremos -sabemos que resulta difícil pero invitamos a que lo intenten - que ese uso no pone en riesgo la vida de la víctima ni de terceros.

¿En qué encuadraría la conducta del policía? No podríamos encuadrar el accionar en el marco de la eximente específica que se intenta legislar, porque estaría usando un arma no reglamentaria prestada por un vecino. Pero posiblemente, de darse las condiciones necesarias, podríamos llegar a la conclusión de que el policía actúa en cumplimiento de un deber.

Estos ejemplos que pueden sonar absurdos, sin embargo, resultan útiles para dar mayor sustento a la afirmación de que el agregado que se pretende incorporar es un error.

c) ¿Qué ocurre cuando la conducta causa otro tipo de afectaciones no contenidas en el permiso específico?

Tal como surge de la pregunta que nos introduce en este tercer problema, la confusión se vincula con la falta de claridad en el final de la norma que se pretende incorporar, cuando la eximente se completa solo en los casos en los que

el funcionario policial cause lesiones o muerte. Es decir, limita el permiso particular a la salud o integridad física y a la vida.

Nuevamente nos preguntamos al solo efecto de intentar ser ilustrativos ¿Qué ocurriría si el policía rompe la puerta de una casa que se está incendiando con su arma reglamentaria, para salvar a alguien que se encuentra en el interior?

Posiblemente, podríamos estar de acuerdo en que ese policía actúa en el marco del cumplimiento de su deber y que por lo tanto su acción no puede ser punible. Al igual que si se causare lesiones o muerte actuando en cumplimiento de un deber, independientemente de lo que disponga un protocolo de actuación.

Por estas razones que tratamos de incluir en esta primera parte, concluimos que la norma adolece de una enorme deficiencia en la narrativa legal. Y ya nos anticipa un interrogante que intentaremos desentrañar luego: ¿Qué es lo que se pretende con esta incorporación?

II.- Cierre permisivo que remite a normas de rango inferior. Causa de justificación “en blanco”

Intentaremos desarrollar aquí, el inconveniente que se vincula con el hecho de que la norma que se pretende incorporar crea un permiso legal que se completa con normas de rango inferior a la ley⁵.

En esto quisiéramos ser terminantes. No resulta razonable que se regule una causa de justificación en función de lo que reglamente otro poder del Estado, distinto del Poder Legislativo. Mucho menos en un tema tan sensible, como es el que atañe a las facultades policiales en uso de la fuerza letal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del que Argentina forma parte,

⁵ Ya hemos dicho que en la exposición de motivos se afirmó que la reforma pretende adecuar el uso del arma reglamentaria a los protocolos de actuación.

brindó ciertas recomendaciones en el informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, efectuado en el año 2009⁶.

En efecto, hubo algunas recomendaciones específicas entre las que queremos destacar la Nro. 13 b, que recomienda:

“Regular mediante ley formal y material los procedimientos policiales que involucran el uso legítimo de la fuerza letal, estableciendo que el mismo se considera un último recurso que debe aplicarse en el marco de los principios de necesidad, gradualidad, progresividad y racionalidad.”

Cualquier regulación relacionada al uso de la fuerza letal por parte de funcionarios policiales debe realizarse a través de una ley “formal” y “material”, es decir, emanada del Poder Legislativo. El permiso que se pretende establecer escapa por completo a esta recomendación.

No obstante, nos permitimos hacer hincapié en que todos los deberes, por principio, ya se encuentran reglamentados. Sólo por esta cuestión -íntimamente relacionada a la primera crítica que efectuamos-, no se requiere que se habilite el cierre permisivo a través de la fórmula analizada, además de que resulta absolutamente confusa e infructuosa.

Es confusa porque lo único claro de acuerdo al derecho vigente es que no existe “un deber” de matar. Sólo es posible que se presenten situaciones en las que el policía, como último recurso, se vea precisado a ejercer su autoridad o cargo, con consecuencias letales.

En efecto, el principal deber de cualquier funcionario policial es salvaguardar el derecho a la vida, incluso de quien ha cometido o está cometiendo un delito.

El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre

⁶ Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la CIDH (2009) disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

de 1979 e incorporado expresamente a la legislación interna a través del art. 22 de la Ley de Seguridad Interior –Ley n° 24.059), dispone que:

“los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas” (art. 3).

Aquí aparece reglamentado el deber que tiene un funcionario “encargado de hacer cumplir la ley”. Y ese deber es el de salvaguardar la vida de las personas, existiendo una autorización muy restrictiva para el uso de la fuerza en cuanto sólo es legítimo si aparece como “estrictamente necesario”.

Por otro lado, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁷ disponen:

“[...] en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza, solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado provisto”

En particular, la Asamblea General de las Naciones Unidas acogió los Principios Básicos en su Resolución 45/121, de 14 de diciembre de 1990 y se han convertido en referencia para garantizar el respeto por el derecho a la vida y a la seguridad de las personas, tal como se expresa ya desde su preámbulo⁸.

Estos principios básicos también disponen que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida

⁷ Se encuentran incorporados al ordenamiento interno al menos en el ámbito de la Policía Federal Argentina, a través del Reglamento General de Armas y Tiro de la Policía Federal Argentina (Orden interna N° 25 del 6 de febrero de 2012).

⁸ “[...] Considerando que la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe considerarse como una amenaza a la estabilidad de toda la sociedad, [...] subraya que el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe conciliarse con el debido respeto de los derechos humanos, [...] Considerando que es oportuno, teniendo debidamente en cuenta su seguridad personal, atender al papel de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la administración de justicia y la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, a su responsabilidad de mantener la seguridad pública y la paz social, y a la importancia de sus calificaciones, capacitación y conducta”.

de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Y que podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto (Principio Nro. 4).

Por otra parte, establece que “cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. (Principio Nro. 5)

Además merece destacarse que se estableció que los gobiernos “[...] adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.”, tal como surge del principio Nro. 7, y claramente se dispuso que:

“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”

De la atenta lectura de los principios consagrados por la ONU, que forman parte del derecho vigente en nuestro país, no hay dudas de que el deber principal de cualquier funcionario encargado de hacer cumplir la ley, es el que atañe a la protección de la vida.

Teniendo especialmente en cuenta ello, es posible afirmar que no tiene ningún sentido incorporar una causa de justificación como la que se pretende, además de que resulta violatoria, por su amplitud, de todos los principios que venimos enunciando aquí.

Queremos aclarar que no hay una disposición en contra de la creación de protocolos internos de uso de la fuerza, en la medida que circunscriban con precisión en qué casos un funcionario está autorizado a utilizar armas de uso letal.⁹ Pero esos protocolos no reglamentan un deber y aquí radica quizás uno de los principales errores en el que han recaído los encargados de redactar el proyecto.

De acuerdo a los instrumentos internacionales citados, el deber es la protección de la vida y la seguridad de las personas.

Considerar que hay un deber de matar es una posición contraria a los fundamentos políticos del Estado de Derecho. Más bien, todo nuestro derecho indica que existe el deber de proteger la vida en todos los casos y sólo hay una autorización para la utilización de la fuerza letal en circunstancias excepcionales.

En conclusión, el deber de los funcionarios policiales consiste en “[...] emplear armas de fuego en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves o por el propósito de evitar un delito

⁹ Eventualmente pueden precisar con mayor detalle en qué situaciones puntuales podrían hacer uso de una facultad. Y esto se condice con el principio 11 del documento que venimos describiendo y que, insistimos, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al que deben ajustarse las acciones. En efecto, el principio 11 dice que “[...]Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que: a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o cuando la resistencia a la autoridad o la fuga pueda poner en peligro la vida de las personas en forma concreta y siempre en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.”¹⁰.

Por ello, pretender el cierre permisivo a través de una norma de rango inferior, no sólo confunde, si no que pone en juego principios básicos de Derechos Humanos, y sólo por ello no debería ser convalidado.

III. La improcedencia de la creación de un “cumplimiento de deber privilegiado”:

Consecuencias a nivel de la antijuridicidad:

Como ya hemos venimos adelantando en los puntos anteriores, la norma de algún modo implica potenciar la importancia de los reglamentos internos o protocolos de actuación de las fuerzas, para dar por cumplida la causa de no punibilidad.

Y este también es uno de los mayores problemas que tiene el anteproyecto ya que construye una suerte de “cumplimiento de deber privilegiado”, tal como lo remarcamos en el subtítulo de este apartado.

Resulta ilustrativo comparar esta nueva figura que se pretende incorporar, con la figura prevista y establecida en nuestro Código Penal conocida como la “Legítima defensa privilegiada”.

En efecto, se puede concluir que en ambos casos -desde lo normativo- se propone un esquema hacia la presunción de justificación de la conducta del autor.

En la legítima defensa privilegiada, el legislador advirtió que existen situaciones en las que no le es exigible al autor una conducta distinta. Y que la conducta se

¹⁰ Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de Amnistía Internacional. Puede consultarse en: https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/09/uso_de_la_fuerza_vc.pdf?x45368

encuentra justificada, aunque, en rigor, no existe completamente alguno o todos los presupuestos de la legítima defensa. Estos elementos, en estos casos, son el rechazo del escalamiento o fractura nocturna de morada o la resistencia de un extraño en el hogar¹¹.

En estos supuestos, se presume la legitimidad de la conducta del autor y luego, en el caso judicial, no habrá necesidad de acreditar los presupuestos de la causa de justificación. Podemos estar de acuerdo o no, pero el fundamento de esta figura privilegiada tiene sustento y aparece como razonable.

Por eso aquí es necesario volver a preguntarnos: ¿Cuál es el propósito real de la inclusión de esta nueva causa de no punibilidad? ¿Cuál sería el criterio para regular el cumplimiento de deber en forma privilegiada en estos casos? ¿Cuál es la razonabilidad supuestamente pretendida y no lograda de la fórmula?

De consagrarse la norma del proyecto, un caso judicial podría concluir en que el funcionario policial o penitenciario que obró conforme al reglamento o protocolo de la institución actuó en cumplimiento de su deber. Esa presunción, tal como ocurre en los casos que encuadran en la figura permisiva de la legítima defensa privilegiada, exime la acreditación de diversos extremos y es necesario remarcar la gravedad que involucra.

Habrán quienes podrían llegar a contestar a estos argumentos afirmando que no hay presunción privilegiada, ni se consagra la impunidad, ya que, si el reglamento o protocolo que cierra el permiso viola los principios básicos enunciados, no se tornaría aplicable.

De ser así, la pregunta vuelve a ser la misma: ¿Qué sentido tiene entonces incluir este permiso en el Código Penal?

¹¹ El segundo y tercer párrafo del artículo 34 del CP se establece que “[...] 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;

La única respuesta que consideramos apropiada es que el propósito es privilegiar a los autores (en este caso funcionarios policiales o penitenciarios) de un delito grave (homicidio o lesiones), para que la causa de no punibilidad aparezca como acreditada de antemano en el caso concreto, situación que constituye una desigualdad que además resulta absolutamente disfuncional¹².

IV. Posibles consecuencias.

a- Las implicancias en relación al uso de la fuerza:

Indudablemente, la norma así redactada podrá transformarse en un estímulo para ejercer actos de violencia injustificados, porque actuar “conforme al protocolo” (en el caso de que fuera una reglamentación más restrictiva en términos de protección al derecho a la vida o a la integridad física de las personas, o más amplia en cuanto al uso de la fuerza letal por parte de los funcionarios policiales o penitenciarios), sería para el autor una predisposición que limitaría su propio análisis en el caso en concreto.

Pongamos un ejemplo –quizás burdo – con el propósito de ser más ilustrativo: Supongamos que el reglamento interno de la Policía de La Pampa, dispone que puede dispararse ante la fuga de una persona que acaba de cometer un delito, aun cuando no exista, objetivamente, ningún tipo de riesgo de vida para sí o para terceros. En tal caso, el funcionario policial va a estar predispuesto a actuar de la manera en que lo indica el protocolo, aun cuando fuera violatorio de otros principios ya enumerados en este texto.

No se trata de hacer un pronóstico, pero el sentido común nos indica que se corre este tipo de riesgos, lo cual nos da la pauta de que esta norma no propende al

¹² En estrecha relación con lo anterior, podemos decir que la regulación pretendida abre la extensión del error por parte del funcionario policial o penitenciario. En el supuesto que mencionamos anteriormente, si el reglamento se encuentra vigente aunque viola principios de rango mayor, el autor de lesiones u homicidio podría realizar una conducta en la creencia de estar obrando en forma justificada. ¿Podría fundamentarse el castigo en ese tipo de casos?

bien común y puede ser una causa de incremento en los índices de violencia letal por parte de los funcionarios policiales o penitenciarios.

b- Las implicancias en orden a la obligación de investigar graves violaciones a los Derechos Humanos:

Por otro lado, el agregado, en concordancia con lo que venimos afirmando, impregna al juez/a o jurado, al momento de valorar la significación jurídica del hecho.

Es decir, conduce al juzgador, inevitablemente, a un punto de análisis dónde se ve una predisposición normativa al tipo permisivo. En efecto, y tal como lo pusimos de relieve en el apartado anterior, el operador judicial o del Ministerio Público, va a presumir que el accionar del funcionario policial o penitenciario se encuentra bajo el amparo de esta nueva causa de no punibilidad, si se ajusta a la reglamentación o protocolo que la fuerza o cartera ministerial, hubiere regulado a tales efectos en orden al uso de armas reglamentarias.

Las circunstancias apuntadas, entorpecen el examen objetivo e imparcial que deben realizar los operadores jurídicos frente a hechos de estas características, en los que se activan para el Estado obligaciones adicionales a la luz de los compromisos asumidos ante los sistemas internacionales de derechos humanos.

A partir de la obligación inderogable de respetar el derecho a la vida y la prohibición absoluta de la tortura desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos, nace para los Estados la obligación positiva de investigar seriamente y en profundidad hechos de estas características, en que podrían configurarse un abuso o exceso funcional por parte de los agentes encargados de hacer cumplir la ley¹³.

¹³ Más aún, teniendo en cuenta que los casos de imposición de tratos crueles inhumanos y degradantes cometidos por funcionarios públicos y supuestos de privación del derecho a la vida, denominados por la comunidad internacional como “ejecuciones extrajudiciales” pueden ser considerados violaciones graves a los derechos humanos, una categoría específica acuñada por la jurisprudencia de la Corte IDH, ante la cual son inadmisibles las disposiciones de prescripción

El derecho internacional exige que las investigaciones sean prontas, efectivas, exhaustivas, independientes, imparciales y transparentes, asumidas por los estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares.

Para la Corte IDH “[...] cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida”¹⁴, entendiendo que si los hechos no son investigados con seriedad resultaría, en cierto modo, amparados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.¹⁵

Como venimos sosteniendo, la norma que se pretende legislar coloca al juzgador, en la presunción de que la conducta del funcionario policial que provoca lesiones o la muerte de una persona como consecuencia de un acto funcional se encuentra *a priori* justificada¹⁶.

Su redacción no es compatible con los estándares internacionales que deben guiar la actuación del Estado frente a casos que deben considerarse como violaciones a los derechos humanos.

Entendemos que esta lectura anticipada que promueve la norma y el cumplimiento de un deber privilegiado que ésta consagra, colisiona con los

o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de sus responsables.

¹⁴ Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 97.

¹⁵ Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 78.

¹⁶ En sentido contrario, la Corte IDH, haciendo suyo el criterio de su par europea, ha sostenido que cuando una persona ha sufrido afectaciones a su integridad física estando bajo la custodia de agentes estatales, debe presumirse que dichas afectaciones fueron producidas por agentes estatales. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala, supra nota 112, párr. 170; Ver también Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, supra nota 1, párr. 100; ECHR, Ribitsch v. Austria case, Judgment of 4.12.95, Serie A No. 336, p. 26 y ss, para. 34 y ECHR, Tomasi v. France case, Judgment of 27.8.92, Serie A No. 241-A, p. 40-41, paras. 108-111).

estándares vinculados a la obligación de investigar diligentemente las graves violaciones a los derechos humanos¹⁷.

En tal caso, para no incumplir con la obligación de investigar, habría que, de algún modo “remar” en contra de la norma para avanzar en la determinación de alguna responsabilidad, si es que así correspondiera. El mecanismo, de regularse como se postula, operará de una manera en la que inevitablemente deberá discutirse la legitimidad del reglamento o protocolo para romper el esquema propuesto desde lo normativo, que nos lleva a presumir que el accionar no resulta antijurídico.

En este aspecto es que, entonces, se puede afirmar que así redactada, la norma va a interferir en una correcta labor judicial.

V. Algunas conclusiones.

Tal como lo hemos desarrollado en este breve trabajo, nos preocupa la redacción de la norma tal como está descripta en el proyecto de reforma al Código Penal.

Consideramos que adolece de serias fallas en lo que atañe a la técnica legislativa, y que además incluye un supuesto especial o privilegiado respecto de los funcionarios policiales o penitenciarios, que no se encuentra justificado ni resulta razonable.

También vemos como problemática la sanción de un permiso legal que, necesariamente, deberá completarse con reglamentos regulados por otro poder del Estado, lo cual va en contra de las recomendaciones de los organismos del sistema interamericano para este tipo de situaciones.

En tales condiciones, creemos que resulta absolutamente disfuncional y desigualitario, a la par que podría traer consecuencias graves en orden al uso de la fuerza letal por parte de este tipo de funcionarios, ya que el mensaje que

¹⁷ Para mayor amplitud respecto de los estándares que integran el deber de debida diligencia en la investigación de violaciones a los derechos humanos ver <https://www.cejil.org/es/debida-diligencia-investigacion-graves-violaciones-derechos-humanos>

subyace a la sanción de este tipo de normas es el de mayor amplitud en circunstancias no contempladas en los principios internacionales y legales vigentes.

A su vez, creemos que desde el campo de la dogmática penal, este nuevo presupuesto crea una suerte de “cumplimiento de deber privilegiado” que limita el análisis del funcionario policial o penitenciario en la situación de riesgo concreta, y que a la vez, predispone al operador judicial hacia la presunción de legitimidad del obrar, cuando se ajuste a determinado protocolo de actuación o reglamento interno, todo ello de manera contraria a los estándares vinculados a la obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos.

Por último, no queremos dejar de mencionar que en la exposición de motivos la comisión hace referencia a que esta reforma obedece a la necesidad de “garantizar la tarea de las fuerzas de seguridad y que se cuente con una clara vinculación del uso del arma reglamentaria al cumplimiento debido de esta tarea, conforme a los protocolos de actuación”.

Esto es literalmente una falacia. En primer lugar, no es tarea de un código penal garantizar la tarea de las fuerzas de seguridad. La tarea principal de la ley penal es regular las conductas prohibidas, teniendo una función eminentemente represiva en ese aspecto. Pero no debemos dejar de señalar que la parte general del Código Penal, influye en todo el derecho penal, al establecer principios de regulación de la acción penal, de interpretación de la ley penal, de las consecuencias de los delitos, las penas y la causas de no punibilidad, entre otras cuestiones.

Por ello, remarcamos nuestra preocupación, por el peligro que genera, la posible sanción de esta norma permisiva y esperamos que los argumentos aquí expuestos hayan sido útiles y sean atendidos para no convalidarla.