



**Trabajo Final de Graduación**

**CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN APLICABLES AL PERSONAL  
POLICIAL EN CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES**

Juan Leonardo Bilbao

DNI: 23.590.874

Abogacía

2019

## **Resumen**

El personal policial, en ocasiones, se encuentra obligado en el ejercicio de su actividad, a realizar acciones que se encuentran tipificadas como delito en el Código Penal Argentino. La intención del presente trabajo, será conocer si las causas de justificación plasmadas en el mencionado cuerpo legal, son aplicables a dicha actuación.

Si bien parece tarea sencilla, no lo es, puesto que a través del tiempo la jurisprudencia, así como la doctrina, se han expresado en forma contradictoria respecto del tema. Ello, adicionado a las distintas corrientes políticas influyentes.

Se intentará generar un criterio unificado para la resolución judicial de los casos en cuestión, así como un mayor conocimiento de los integrantes de las fuerzas policiales acerca del marco normativo existente para adecuar su conducta dentro de los límites de la legalidad.

**Palabras clave:** policía, acciones típicas, causas de justificación, cumplimiento del deber, legítima defensa.

## **Abstract**

Police personnel, on occasion, are forced in the exercise of their activity, to perform actions that are classified as a crime in the Argentine Criminal Code. The intention of the present work, will be to know if the causes of justification embodied in the mentioned legal body, are applicable to said action; and which are they.

Although it seems a simple task, it is not, since over time the jurisprudence, as well as the doctrine, have been expressed in a contradictory way regarding the subject. This, added to the different influential political currents.

An attempt will be made to generate a unified criterion for the judicial resolution of the cases in question, as well as a greater knowledge of the members of the police forces about the existing normative framework to adapt their conduct within the limits of legality.

**Key words:** police, typical actions, causes of justification, fulfillment of duty, legitimate defense.

Introducción General .....	4
Capítulo 1. Marco legal de la actuación policial .....	8
Introducción.....	9
1.1 Normativa que obliga al personal policial a actuar ante la comisión de un delito. ....	10
1.1.1. Artículos 248 y 249 del Código Penal Argentino.....	11
1.1.2. Artículos 86 y 88 del Código Procesal Penal de la C.A.B.A .....	12
1.1.3. Análisis de la Ley 5688 de Seguridad Pública de la C.A.B.A .....	12
Conclusiones parciales .....	16
Capitulo 2. Causas de Justificación .....	18
Introducción:.....	19
2.1 Causas de Justificación en el Código Penal Argentino .....	19
2.1.1. Estado de necesidad .....	20
2.1.2. Cumplimiento de un deber.....	21
2.1.3. Legítima defensa.....	21
2.1.3.1. Defensa Propia .....	22
2.1.3.2. Defensa de terceros .....	23
Conclusiones parciales .....	23
Capítulo 3. Procedencia de las causas de justificación aplicables para el accionar policial	25
Introducción.....	26
3.1. Comparativo entre normativa, jurisprudencia y doctrina relativa a las causas de justificación aplicables al accionar policial .....	26
3.1.1. Normativa .....	26
3.1.2. Doctrina .....	28
3.1.2.1. Posiciones a favor del Cumplimiento del deber .....	28
3.1.2.2. Vertiente a favor de la procedencia de la Legítima defensa .....	30
3.1.3. Jurisprudencia .....	31
Conclusiones parciales .....	34

Conclusiones finales.....	36
Bibliografía.....	41

## **Introducción General**

En su accionar funcional diario, los efectivos policiales, desarrollan acciones que se encuentran tipificadas como delitos, pero que bajo determinadas circunstancias no constituirán en definitiva un ilícito. El tema central de la presente investigación, se encuentra directamente enfocado en conocer si existen y cuáles son las causas de justificación que harían desaparecer la antijuridicidad de la acción llevada a cabo por el personal policial en el cumplimiento de sus funciones y su adecuada aplicación.

Entre otras cuestiones, se analizará el artículo 34 del Código Penal de la Nación a fin de conocer las causas de justificación en general y particularmente las adaptables a la cuestión planteada. La intención es darle al tema el fundamento jurídico. Se utilizará para ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia existente en nuestro espectro normativo.

Cabe preguntarse ¿Las causas de justificación reguladas por el Código Penal Argentino son aplicables al accionar del personal policial cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones?

A raíz de ello, se puede instituir el objetivo general, de la siguiente forma: Analizar cuáles serían las causales de justificación aplicables al accionar policial en el ejercicio de sus funciones cuando incurre en acciones penalmente típicas y su procedencia.

Como base de este estudio, los objetivos específicos se enfocarán en analizar qué normativa obliga al personal policial a actuar ante la comisión de un delito; cuáles son sus requisitos y límites; determinar cuándo la comisión de una acción penalmente típica en la actuación policial se halla amparada dentro del marco de las causas de justificación; establecer las causas de justificación pertinentes; delimitar las condiciones en que procedería una u otra; establecer si existen diferencias entre la actuación en servicio y fuera del mismo; estudiar los límites y condiciones del cumplimiento del deber y de la legítima defensa como causas de justificación; realizar un estudio comparativo entre normativa, jurisprudencia y doctrina relativa al tema.

Por lo antes expuesto, la hipótesis se podría plantear de la siguiente forma: Las causas de justificación reguladas por el Código Penal Argentino sí son aplicables al accionar del personal policial cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas condiciones. Es decir, las causas de justificación aplicables al personal policial

en el cumplimiento de sus funciones, serán: mayoritaria y fundamentalmente el ejercicio de un cargo (cumplimiento de un deber o cumplimiento de la ley), es decir, art.34 inc.4 del Código Penal de la Nación y en casos excepcionales, como cuando se encuentre en peligro actual o inminente su integridad física o la de terceros y no corresponda aplicar el ejercicio de un cargo, la legítima defensa; considerando asimismo, que para la utilización de las armas de fuego, las condiciones exigidas por las leyes y reglamentos, si bien se relacionan estrechamente con la defensa legítima, se tratan de una de las variantes del legítimo ejercicio de un cargo. Esto es, cuando no se encuentre cumpliendo funciones, sería el legítimo ejercicio de un derecho pero al hallarse ajustado a las exigencias de la condición de funcionario policial, en definitiva continuará siendo el ejercicio de un cargo o bien la legítima defensa propia o de un tercero (art. 34 inc. 6 y 7 C.P.N.) en condiciones particulares. Ello sujeto al reglamento de la institución policial correspondiente y las circunstancias especiales de cada caso, que otorgarán legitimidad y legalidad a la actuación. Entonces, se intentará demostrar que en el ejercicio de sus funciones, el personal policial se halla obligado a actuar poniendo en riesgo ciertos bienes jurídico por medio de una obligación legal, que dentro del marco regulatorio que determina el correcto desarrollo de su actividad, hace aplicable como causa justificativa el título genérico conocido como “cumplimiento del deber” o bien el “ejercicio de un cargo”. Pero fuera de sus funciones, tendrá el “derecho” de actuar y no la obligación, no obstante al deber atenerse a la reglamentación de su actividad, seguirá encuadrando en el legítimo ejercicio de un derecho o bien en legítima defensa cuando así se den las condiciones. En todos los casos, se deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, puesto que de lo contrario, se podrá incurrir en excesos o inclusive quedar excluido de la causa de justificación.

Para llevar a cabo el trabajo, se utilizará el método “Descriptivo”. Así, se recogerá información y luego será descripta en profundidad. La estrategia metodológica será la cualitativa. El nivel de análisis comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional; y de otros Estados. También pactos internacionales celebrados por la República Argentina relativos al tema.

El presente estudio, se encuentra constituido de la siguiente forma: Una introducción para explicar la esencia del tema planteado. Luego, se desarrollan tres capítulos, según el siguiente detalle: en el capítulo 1, se pondrá de manifiesto el marco legal general de la actuación policial. Específicamente la normativa que lo obliga a

actuar ante el conocimiento de un delito, sus requisitos y límites. Así como los posibles excesos. Es dable considerar que cada jurisdicción tendrá su Código de Procedimiento en lo penal y cada institución policial tendrá una regulación específica para su personal; se utilizará aquí a modo de circunscribir el estudio, la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Posteriormente, en el Capítulo 2, se explicarán las causas de justificación en general, dispuestas en el Código Penal de la Nación, luego en particular y por último las aplicables al accionar del personal policial. En el Capítulo 3, se estudiará la procedencia para aplicar una u otra causa de justificación. Finalmente se realizará una comparativa entre legislación, doctrina y jurisprudencia, intentando arribar a una conclusión final que permita obtener una perspectiva más clara de la temática tratada.

## **Capítulo 1. Marco legal de la actuación policial**

## Introducción

En el presente capítulo, se pretende establecer cuáles son las normas que obligan al personal policial a actuar frente al conocimiento de un delito y además cuáles son los reglamentos vigentes para el correcto desarrollo de la actividad, los cuales, entre otras cosas, deberán ser respetados para que su accionar penalmente típico, sea absorbido por las causas de justificación. Es decir, es el marco jurídico que confiere legalidad y legitimidad al ejercicio de la función y por consiguiente justifica lo actuado en virtud de la misma.

Para comenzar el estudio, se mencionarán opiniones de distintos autores, los cuales coinciden en que, para que el accionar policial se encuentre justificado, deberá atenerse a las leyes y reglamentos que enmarcan jurídicamente su actividad.

Es dable explicar, que si bien, por el tipo de función que desarrollan las instituciones policiales, existen similitudes entre las leyes y reglamentos que regulan su funcionamiento, existen sin embargo diferencias entre ellas.

De esta forma, se analizará el Código Penal Argentino<sup>1</sup>, en cuanto a los artículos que requieren una actuación forzosa por parte de los funcionarios públicos a efectos de no caer en un incumplimiento de sus deberes.

Como se mencionó previamente, a fin de dar mayor precisión al estudio, se lo circunscribirá al ámbito jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires; así se tomará como base legislación local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como ser el Código de Procedimientos en lo Penal<sup>2</sup> y la Ley 5688 de Seguridad Pública<sup>3</sup>, que en su conjunto definen el marco legal de actuación policial.

Asimismo, se considerará el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley<sup>4</sup> y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas

---

<sup>1</sup> Ley 11179. Código Penal de la Nación. Honorable Congreso de la Nación, 1984.

<sup>2</sup> Ley 2303. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires., 2007.

<sup>3</sup> Ley 5688. Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires., 2017.

<sup>4</sup> Resolución 34/169. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Asamblea General de las Naciones Unidas., 1979.

de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley<sup>5</sup>, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente y a los cuales nuestro país y la Ciudad de Buenos Aires, adhieren, debiendo respetar sus disposiciones.

Este apartado resulta de sustancial interés para establecer el marco legislativo de la actuación policial, teniendo especial reparo en que será el reglamento de la institución policial en cuestión el primer escalón a analizar para establecer las causas de justificación, sin perder de vista lógicamente las leyes de jerarquía superior, tanto nacionales como locales.

### **1.1 Normativa que obliga al personal policial a actuar ante la comisión de un delito.**

Por definición la policía, es una institución que debe proveer al orden y la seguridad pública; para ello, existen normativas de distintos niveles dentro de la pirámide jurídica, que obligan al funcionario a cumplir con dicho designio estatal.

A modo de ejemplo, Langón Cuñarro (2003), manifiesta que el policía cumple con el deber que se le ha impuesto en cuanto cumple la ley y en caso de realizar acciones típicas, no cometerá delito. Pero dicho accionar deberá ser legítimo, dentro de los límites impuestos por el sistema de derechos y garantías que legitiman la actividad estatal.

Duarte Nosei (1995), añade que el funcionario policial debe cumplir, con los principios de legalidad; necesidad, oportunidad y proporcionalidad, evitando excesos.

Así, tanto en el código de fondo como los distintos códigos de forma correspondientes a cada jurisdicción, se encuentran establecidas reglas que fuerzan a los efectivos que toman conocimiento de la existencia de un delito a actuar en consecuencia.

En primera instancia se analizará el Código Penal Argentino en lo tocante con el tema en desarrollo.

---

<sup>5</sup> Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990.

### **1.1.1. Artículos 248 y 249 del Código Penal Argentino**

El artículo 248 del mencionado cuerpo de fondo define: “Será reprimido...el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Este artículo es el denominado genéricamente “abuso de autoridad”. A decir de Donna (2000), se trata de “todos los actos u omisiones del funcionario que violan la Constitución o las leyes de una manera dolosa” (P. 163). Se trataría del mal uso de la autoridad en el cumplimiento de las funciones.

Siguiendo a este autor, para que se configure, el sujeto activo debe ser un funcionario público en ejercicio de su cargo y su competencia. Existiendo tres formas: a- Cuando dicte resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes; b- no ejecutare las órdenes o resoluciones existentes; c- no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Para este estudio, correspondería considerar el tercer supuesto, en el cual, el funcionario, intencionalmente omite cumplir los designios legales que por su carácter corresponderían. Es decir no hacer dolosamente lo que la ley manda en razón de su calidad de funcionario público.

Por otra parte, el Código Penal, en su artículo 249 prescribe: “Será reprimido con...el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

Según enuncia Donna (2000), citando a autores como Creus o Soler, se trataría genéricamente de no realizar un acto propio de la función, sea omitiendo (no llevándolo a cabo), rehusando (negarse a actuar) o retardando (demora injustificada) su cumplimiento, existiendo el deber de actuar. A modo de ejemplo, sería este inciso en el cual se encontraría incluido el funcionario policial que no da cumplimiento su misión de evitar la alteración del orden.

Se discute doctrinaria y jurisprudencialmente cuál es el artículo más adecuado de los dos referidos en los párrafos anteriores para el caso del personal policial en cumplimiento de sus funciones, puesto que según explica Donna (2000) el artículo 248 se aplicaría en caso de la omisión en el cumplimiento de un acto de competencia del

funcionario específicamente establecido por la ley, configurando una omisión simple; frente al 249, donde se estaría en presencia de una omisión impropia determinada por cualquier acto de su oficio que el funcionario omite realizar.

De todas maneras serán las circunstancias particulares y la opinión doctrinaria seguida por el decisor, las que determinen la aplicación de uno u otro artículo. Lo importante es que el Código Penal establece sanciones ante el incumplimiento de los deberes del funcionario público.

### **1.1.2. Artículos 86 y 88 del Código Procesal Penal de la C.A.B.A**

El artículo 86 del Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone “Será obligatorio para la policía...actuar cuando lleguen a su conocimiento hechos delictivos...deberán: 1. Impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores. 2. Individualizar a los culpables. 3- Reunir las pruebas para dar base a la acusación...”.

Por otra parte el artículo 88 del mismo código ritual prescribe:

...Los integrantes de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán los siguientes deberes: 1) Cuidar que los rastros materiales del hecho sean conservados...2)... disponer que ninguna de las personas...se aparten...3)...hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares...4) Interrogar a los testigos...Aprehender a los presuntos/as autores...6) Disponer las requisas. 7) Disponer la clausura preventiva...8) Hacer uso de la fuerza pública en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia y proporcional con el mal que se quiere hacer cesar”.

Es decir, los artículos antes citados disponen funciones y deberes del personal policial en cuanto corresponda a la jurisdicción del Poder Judicial de la C.A.B.A., constituyendo de esta manera, parte del marco reglamentario que establece cómo se debe actuar ante un delito.

### **1.1.3. Análisis de la Ley 5688 de Seguridad Pública de la C.A.B.A**

En primera instancia, es dable estudiar el artículo 83, que enuncia los principios fundamentales de la actuación policial a saber: 1- Sujeción a la ley, respetar las normas constitucionales, legales y reglamentarias. 2- Oportunidad, prescindir de la actuación cuando la injerencia sea inapropiada. 3- Proporcionalidad, toda actuación debe ser idónea, necesaria y no excesiva. 4- Gradualidad, privilegiar la prevención y disuasión

antes que el uso de la fuerza. 5- Responsabilidad, el personal responde por los hechos que en su actuación realice en infracción a la ley.

Continuando con esta normativa, en su Art. 87, indica que “El personal policial debe comunicar inmediatamente a la autoridad judicial competente los delitos y contravenciones que llegaren a su conocimiento durante el desempeño de sus funciones”.

Luego, el artículo 88 de la ley 5688, establece que “El deber del personal policial de intervenir para evitar...situaciones riesgosas o de conflictos que pudieran resultar constitutivos de delitos...rige durante su horario de servicio ordinario o complementario”.

En los párrafos precedentes se demuestra la obligación legal que existe por parte del personal policial, cuando se encuentra dentro de su horario de servicio, de intervenir cuando lleguen a su conocimiento hechos ilícitos, así como en situaciones que puedan implicar delitos.

El siguiente párrafo del mismo artículo, prescribe que “Cuando el personal se encuentre fuera del horario de trabajo y tome conocimiento de situaciones que requieran intervención policial tiene el deber de dar aviso... No está obligado a identificarse como tal ni a intervenir”.

Seguidamente, el artículo desglosado, reza “...pero si lo hiciera actuará en calidad de órgano del estado y se regirá según las facultades y obligaciones que corresponden al personal en servicio”.

Cabe entonces exponer que cuando los efectivos policiales se encuentren fuera de su horario de servicio, no se encuentran obligados a intervenir en forma directa y personal en situaciones que podrían requerir de la actuación de la fuerza pública, resultando sí obligatorio, informar tal circunstancia a la autoridad correspondiente.

Asimismo, determina que en caso de actuar (facultativo), deberá adherirse a las facultades y obligaciones del personal en servicio.

El artículo 90 de la ley de Seguridad Pública, explica las funciones específicas de la Policía de la Ciudad, resultando sus puntos salientes: 1- Brindar seguridad a personas

y bienes. 2- Mantener el orden y la seguridad pública. 3- Implementar mecanismos de disuasión frente a hechos ilícitos o que afecten la seguridad pública. También aquí se demuestra a las claras la exigibilidad de la función policial, establecida por ley.

Respecto de las facultades de prevención, entre otras se establece en el Artículo 91 que implica: “...el personal policial está facultado para privar de su libertad a las personas cuando, en sus funciones...existan indicios que hagan presumir...la preparación de algún delito de acción pública...”

En tanto que el artículo 94 define, “El personal policial podrá ingresar a morada o casa de negocio únicamente en los casos en que la demora... implique un grave riesgo para su vida o integridad física, la de los moradores o de un tercero...”.

En estos supuestos, se evidencian concretamente dos causas de justificación en virtud de una normativa legal, una para privar de la libertad a personas y la otra a efectos de ingresar a una morada sin la orden judicial correspondiente, siempre que existan los requisitos de procedencia.

Ahora bien, el artículo 95, de la Ley 5688 reza:

La regulación sobre el uso de las armas de fuego está sujeta a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley aprobado por...Naciones Unidas.

En dichos principios y con el objeto de puntualizar la materia en examen, se establece en el artículo 4 que se utilizarán medios no violentos antes de acudir al uso de la fuerza y las armas de fuego solamente cuando no se pueda lograr el resultado por otros medios.

Particularmente sobre el uso de armas de fuego, el artículo 5 explica que cuando sea inevitable, deberá hacerse con moderación en proporción a la gravedad del delito, reduciendo al mínimo daños y lesiones

En tanto que el artículo 9 define:

...no se 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.

Por otra parte, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley indica en su artículo 3: “Los funcionarios...podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Dicho protocolo, en relación al uso de las armas de fuego, determina

...se considera una medida extrema...En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro...la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.

Es decir que en concordancia con lo que se viene narrando en forma precedente, se hace ineludible la necesidad y la proporcionalidad para el uso de la fuerza.

Finalmente, la Ley de Seguridad Pública de la C.A.B.A. en su art. 97 dispone: “...No se realizarán disparos con altas probabilidades de tener efectos mortales, salvo cuando sea el único medio para repeler un peligro grave e inminente para la vida”.

En consecuencia, los policías de la Ciudad de Buenos Aires, poseen una obligación de actuar para proveer seguridad a las personas y bienes, aun vulnerando ciertos bienes o intereses jurídicos personales, existiendo en la normativa, la autorización para ello. Dicho accionar posee límites demarcados por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y demás leyes nacionales, locales y específicamente por la Ley 5688 de Seguridad Pública de la C.A.B.A.

Según esta última ley, dichos funcionarios deberán respetar además, los principios de legalidad, oportunidad, proporcionalidad, gradualidad y responsabilidad.

En relación al uso de la fuerza, particularmente de las armas de fuego, deberá atenderse a la normativa dispuesta por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los Principios básicos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego, que establece al uso de dichos elementos como excepcional y de última instancia reservado sólo a los casos en que se ponga en peligro la vida del oficial o bien de terceros, no existiendo otra forma menos lesiva para hacer cesar dicho accionar.

### **Conclusiones parciales**

Tal como se desarrolló en forma anterior, los efectivos policiales, se encuentran obligados por la ley (Código Penal, Código Procesal y Ley reglamentaria de la actividad) a cumplir con su deber, el cual se encuentra dirigido a mantener el orden y la seguridad de la ciudadanía.

Los límites de esa actuación debida están dados por el cumplimiento de los reglamentos específicos, en este caso la ley 5688 correspondiente al Sistema Integral de Seguridad Pública de la C.A.B.A. que establece deberes, derechos y obligaciones del personal policial de la Ciudad de Buenos Aires, así como de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos incorporados a ella, leyes nacionales como el Código Penal de la Nación y locales representadas por el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Además del cumplimiento de la ley, será necesario que la actuación funcional, respete esencialmente, los requisitos de necesidad, en cuanto a la actuación y eventualmente el uso de la fuerza y de proporcionalidad en relación a los medios utilizados con el objeto de hacer cesar la acción delictiva.

Para el caso particular del uso de las armas de fuego, deberá considerarse a las mismas como de última instancia y reservadas sólo para casos excepcionales donde exista peligro para la vida del funcionario o terceros, debiendo reducir al máximo la acción letal armada.

Es así, que dentro de dichos límites el desarrollo de la actividad policial, en cuanto el ejercicio de su función requiera realizar acciones penalmente típicas, se encontrará justificado, es decir, carecerá del requisito de la antijuridicidad, no resultando de ello un delito.

Pero, en caso de que el accionar policial se lleve a cabo fuera del perímetro legal delineado por el mencionado conjunto jurídico, podrá bien quedar excluido de las causas de justificación establecidas, o en su defecto, podrá enmarcarse en un exceso, cuando se cumpla en parte con los requisitos exigidos por la ley, pero se supere indebidamente el cumplimiento de la función, dando lugar al encuadre del artículo 35 del Código Penal Argentino, que prescribe “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”.

## **Capitulo 2. Causas de Justificación**

## **Introducción:**

En este apartado, se busca conocer las causas de justificación dispuestas por el Código Penal Argentino, intentando determinar si las mismas (y eventualmente cuales) resultan de aplicación para el personal policial en ejercicio de sus funciones.

Para ello, se analizarán dichas causales de eximición de antijuridicidad en general y luego en particular, para finalmente delinear cuáles son más adecuadas para justificar el mencionado accionar.

Para comenzar, se puede definir al delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Es decir, que para estar frente a un delito, se debe contar con los tres elementos mencionados; así, en caso de ausencia de alguno de ellos, no será posible hablar de delito.

Entonces debe existir una acción (u omisión) llevada a cabo por una persona, que coincida exactamente con alguna de las figuras descriptas en el Código Penal Argentino (tipicidad), que sea contraria al derecho, por no estar justificada (antijuridicidad) y debe ser reprochable a su autor (culpabilidad).

Existen conductas que si bien se encuentran enroladas dentro de las tipologías delictivas establecidas en el Código Penal Argentino, bajo ciertas circunstancias, carecen del elemento antijuridicidad, esto es por encontrarse debidamente justificadas. Es decir, que pese a ser acciones típicas, no configurarían delito.

### **2.1 Causas de Justificación en el Código Penal Argentino**

En este punto, se explicarán cuáles son las causas que según el código de fondo, eximen de antijuridicidad a una conducta que en principio se encuentra tipificada como delictiva, sus requisitos y posibilidad de aplicación en lo relacionado con el presente trabajo.

Según explica Núñez (2009) “la antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho” (p. 81). Continuando con este autor, la situación de que el hecho sea típico sería solamente un indicio de la antijuridicidad, puesto que esta no se corroboraría si existiera alguna causa de justificación, las cuales funcionarían como permisos para cometer bajo circunstancias particulares hechos penalmente típicos, conduciendo así a la impunidad.

Estos justificativos tienen su fundamento en la preponderancia de un bien jurídico sobre otro, es decir, se acepta la protección del más importante para el derecho, en detrimento del otro.

Las causas de eximición de la antijuridicidad se encuentran dispuestas en el artículo 34 del mencionado cuerpo legal y se pueden explicar según el siguiente detalle:

### **2.1.1. Estado de necesidad**

El primer inciso analizado será el llamado “Estado de necesidad”, mediante el cual, se justifica la realización de un mal para evitar otro mayor.

Inciso 3: “El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”. Se trata del denominado estado de necesidad. “Situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico” (Soler, 1999, p. 243).

Continuando con la interpretación de Soler (1999) indudablemente el basamento de esta justificación se halla en la preponderancia de un bien o interés jurídico protegido sobre otro, siendo que la situación que da lugar a la acción típica justificada, no es una agresión ilegítima, como sucedería en la legítima defensa, si no que se produce sin mediar agresión alguna.

Luego, el autor Carlos Fontán Balestra (1998), refiere que se trata de un caso de colisión de intereses legítimos, en una situación creada “por fuerzas no dirigidas directamente por el hombre” (p. 298-299).

Este último autor, enuncia las condiciones para que se dé el mentado estado de necesidad, y serían las siguientes: la existencia de un mal inminente para quien ejecuta la acción lesiva o para un tercero; la imposibilidad de evitar ese mal por otros medios; que la acción sea impulsada con el objeto de evitar un mal mayor; que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar; que el autor sea extraño al mal mayor e inminente y que no esté obligado a soportar el mal.

Entonces, se encontraría dentro de esta excepción, aquella persona que cause un mal para evitar uno mayor, inminente, no causado por él, cuando no exista otro medio para evitarlo.

### **2.1.2. Cumplimiento de un deber**

Mediante esta, la persona se halla bajo diferentes circunstancias obligada por ley a realizar determinadas acciones o bien se encuentra autorizada a hacerlo.

Inciso 4 C.P.N.: “El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”.

Existen distintas opiniones doctrinarias acerca de esta causa de justificación, pues, mientras Soler (1999), en consonancia con Fontán Balestra (1998) divide entre: - cumplimiento de la ley, como acciones que la ley manda y que el ejecutante cumple, - legítimo ejercicio de un derecho como acciones que la ley no prohíbe (limitadas por el abuso del derecho), sin diferenciar deber, autoridad o cargo, explicando simplemente que cuando se realiza un acto típico que la ley manda a ejecutar no se está en presencia de un delito, sino que se actúa a derecho.

Núñez (2009), por su parte, disgrega al cumplimiento de un deber, como aquel acto en el cual se obedece a una obligación legal dictada por el órgano competente y dentro de los límites impuestos; luego el ejercicio legítimo de un derecho, se trata de una autorización también genérica, originada en un derecho subjetivo otorgado por la ley, mediante el cual, el autor, posee un derecho de mayor entidad legal que la prohibición establecida por las disposiciones generales; respecto del ejercicio legítimo de una autoridad, referencia a la supremacía de una persona en relación a otra, cuya fuente no es el ejercicio de un cargo, como sería la autoridad familiar; por último explica el ejercicio legítimo de un cargo, mediante el cual implica la ejecución de un cargo público, debiendo ser este ejercicio legítimo (dentro de sus competencias), exigiendo asimismo la legalidad del cargo.

Es esta última acepción la más acertada para denominar al cumplimiento del deber por parte de un agente de la policía, por tratarse de un funcionario público en ejercicio legítimo del mismo, y en ejecución de las tareas por éste requeridas.

### **2.1.3. Legítima defensa**

Se trata de una causa de justificación genérica que habilita a quien es víctima de un ataque injustificado a defenderse.

“Puede definirse la defensa legítima como la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano”. (Fontán Balestra, 1998, P. 280-281).

Así, dicho autor, en concordancia con Núñez (2009), considera a la legítima defensa como un tipo de estado de necesidad en virtud de una situación de peligro para un interés jurídico protegido, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de otro bien jurídico, tenido en cuenta como de menor importancia.

La legítima defensa puede ser de la persona o sus derechos propios o bien de la persona o derechos de otro.

### **2.1.3.1. Defensa Propia**

Se trata de la causa antes mencionada aplicada a la defensa del propio agredido en cuanto a su persona o sus derechos.

Inciso 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”.

Esta eximente de antijuridicidad en este inciso, trata de que el autor, en defensa de su persona o de sus derechos, utilizando un medio racionalmente necesario para impedir una agresión ilegítima actual o inminente, sin que exista provocación suficiente por parte del defensor, genera un perjuicio en la persona o derechos del agresor, tal como opina Núñez (2009).

Así, continuando con las ideas de este último jurista, profundizando el concepto, a efectos de que sea procedente la denominada defensa propia, deben concurrir una serie de requisitos a saber: en primer lugar, una agresión ilegítima, es decir un ataque sin derecho, que ponga en peligro la persona o los derechos de la quien se defiende, el cual no está obligado soportar. Luego, el medio utilizado para defenderse, debe ser oportuno y guardar relación proporcional con el medio utilizado para el ataque. Por último, quien se defiende, no debe causar conscientemente y en forma suficiente, la acción del agresor.

### **2.1.3.2. Defensa de terceros**

En esta circunstancia, el autor, defiende a un tercero que es agredido ilegítimamente en su persona o sus bienes.

Inciso 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”.

En este caso, el agredido en su persona o derechos, es un tercero, al cual el autor “defiende” empleando un medio proporcional y necesario para hacer cesar la agresión, en virtud de encontrarse el damnificado en una situación de agresión ilegítima que éste no provocó, o en la cual aquél no participó.

### **Conclusiones parciales**

A esta altura es dable inferir que el desempeño de la función policial se encuentra regulado en distintos estamentos de la pirámide jurídica, estructurando ello, la correcta actuación de dichos funcionarios, desde la Constitución Nacional en lo que respecta a los Derechos y Garantías de los ciudadanos, los tratados de Derechos Humanos en el mismo orden, las leyes nacionales y luego las locales.

Es de vital importancia explicar que los policías se encuentran obligados por la ley, en tanto estén cumpliendo con su función, a actuar ante un delito. Siendo que dicha actuación como se dijera antes, en distintas oportunidades, incluirá conductas penalmente típicas, y que para llevar a cabo esta tarea legalmente encomendada, podrá eventualmente requerir el uso de la fuerza, incluso letal.

Luego, para que las acciones desarrolladas se encuentren justificadas, deben en primera instancia, encontrarse dentro del marco regulatorio de su actividad, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad, evitando incurrir en abusos.

Ante lo mencionado, se considera que las acciones llevadas a cabo por el personal policial en el cumplimiento de sus funciones, incluyan o no el uso de la fuerza, la causa de justificación más adecuada es el denominado genéricamente cumplimiento del deber.

Ello, debido a que el funcionario policial, se encuentra obligado por la ley y los reglamentos de la profesión, a cumplir con sus designios a efectos de dar protección a la ciudadanía, al estado de derecho y proveer al orden y la seguridad de la población.

Por otra parte, la eximente de la legítima defensa, utilizada en diversos fallos como la causa de justificación adecuada para el desarrollo de la actividad policial, es del tipo genérico, aplicable a cualquier ciudadano que se defiende de una agresión ilegítima, no siendo este el caso de los efectivos policiales, puesto que además de estar obligados a actuar ante el conocimiento de un delito, tienen una normativa específica que regula su actividad y la hace mucho más restringida y exigente que la de una defensa legítima.

Asimismo, no son las motivaciones de la legítima defensa las que llevan al policía a actuar, sino su condición de funcionario público con una misión específica, obligado por la ley a hacerlo, entrenado con ese objetivo y predeterminado a ello.

En relación al uso de las armas (medida extrema y excepcional), particularmente, en consonancia con la Constitución Nacional y los tratados internacionales oportunamente incorporados a esta y protocolos a los que adhiere nuestro país como el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los Principios básicos sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego, solamente estará permitido en caso de riesgo inminente para la vida o grave para la integridad física, tanto del uniformado como de un tercero. Cabe señalar que a pesar de que resulte cercana a la legítima defensa, las mayores exigencias por tratarse de un funcionario público, hacen a la procedencia del cumplimiento del deber.

Luego, en caso de no encontrarse el personal policial en cumplimiento de sus funciones específicas, sería de aplicación también el inciso 4 del artículo 34 del Código Penal si es el caso, o bien la legítima defensa si se dieran las condiciones.

### **Capítulo 3. Procedencia de las causas de justificación aplicables para el accionar policial**

## **Introducción**

El desarrollo de la función policial, tal como se viene explicitando, puede ser conceptualizado genéricamente como cumplimiento de un deber y excepcionalmente como legítima defensa. Siempre dentro del marco normativo que le aporta legitimidad tanto a su investidura como a su accionar.

Así, en este Capítulo, se examinará tanto legislación como doctrina y jurisprudencia con el objeto de conocer cuáles son las eximentes de antijuridicidad que se ajustan al problema planteado.

En este punto es importante conocer que existen en nuestro país básicamente dos tendencias, la primera de ellas consiste en considerar que la causa de justificación aplicable al accionar policial es el cumplimiento del deber y la segunda, que estima procedente al efecto, la legítima defensa.

Se intentará entonces, con la base de conocimientos establecidos, arribar a una conclusión que permita unificar el criterio utilizado en la solución de las causas relacionadas con el tema.

### **3.1. Comparativo entre normativa, jurisprudencia y doctrina relativa a las causas de justificación aplicables al accionar policial**

Desde este lugar, se intentará, a través del cotejo entre la legislación existente en nuestro país, la opinión de distintos juristas reconocidos y diferentes fallos efectuados por los tribunales penales, observar la corrección en la utilización de las causas de justificación para la resolución de los casos descriptos.

#### **3.1.1. Normativa**

Como se detallara anteriormente, la ley, constituida por la normativa de los distintos órdenes, por una parte exige a los funcionarios públicos y particularmente a los policías, a dar cumplimiento a su función encomendada, y por otra, respetar los derechos y garantías Constitucionalmente establecidos.

Así, los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional pugnan por los principios de legalidad, defensa en juicio y exención de juzgamiento de las acciones privadas.

Luego, el artículo 75 inciso 22, establece la jerarquía constitucional de los distintos tratados de Derechos Humanos a los que nuestro país previamente había adherido.

Todo ello, provee una serie de garantías para los ciudadanos a ser respetadas por toda autoridad nacional, provincial o de la Ciudad de Buenos Aires.

Luego, el Código penal de la Nación, en sus artículos 248 y 249 desarrollados en forma previa, demandan a los funcionarios públicos en cuanto deben cumplir con sus funciones establecidas en virtud de la ley, imponiendo una pena ante su incumplimiento. Lo que indica a las claras la obligación de actuar del personal policial en tanto su condición de funcionarios.

Asimismo el Código Procesal penal de la C.A.B.A., en su artículo 86, explicita las obligaciones para la policía en cuanto tomen conocimiento de un delito, así como el artículo 88 del mismo código define los deberes de dichos numerarios, determinando además las condiciones habilitantes para el uso de la fuerza.

Por último y no menos importante, la ley de seguridad pública 5688 de la CABA en sus artículos 83, 87, 88, 90, 91, 94, 95 y 97, engloba los principios fundamentales de la actuación policial, disponiendo los deberes ante el conocimiento de un delito mientras se encuentren en funciones y la no obligatoriedad de actuación directa fuera de él, funciones de la Policía de la Ciudad, las facultades de prevención, los requisitos para allanamiento sin orden judicial, regulación del uso de la fuerza y de las armas de fuego (Principios básicos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego).

Siendo esta una cuestión sensible, en virtud de que los tratados internacionales a los que nuestro país adhiere, así como los protocolos sobre uso de la fuerza y armas de fuego, poseen en su concepción lingüística expresiones que llevan a pensar que este remedio extremo, deberá ser utilizado bajo los requisitos de la legítima defensa, pero una mirada más profunda permite establecer que se diferencia de dicho instituto, puesto que se anexan condiciones a ser cumplidas por el funcionario, y que hacen a su función y el respeto de los reglamentos específicos, por lo que debería evaluarse el proceder en el contexto del ejercicio de un cargo. Adicionado a ello, se debe tener en consideración que en un segmento del artículo 9 de esta norma, figura la posibilidad de utilizar el armamento para impedir la fuga, cuestión claramente reñida con la legítima defensa.

Por otra parte, y de lleno en el tema en cuestión, el Código Penal, establece en su artículo 34 en sus incisos 3, 4, 6 y 7, las condiciones de eximición de la antijuridicidad, y por último el artículo 35 del mismo cuerpo, define los excesos en dichas eximentes.

Es decir que la normativa existente, configura un marco de actuación complejo, que establece por un lado la exigencia para los funcionarios policiales en cuanto conedores de la producción de un ilícito y por otro determina las condiciones y límites de dicho accionar. Entonces, se instituye legalmente los requisitos para la eximición de la antijuridicidad. Todo ello permitirá en caso de realizarse acciones penalmente típicas por parte de los funcionarios, no constituyan delito, siempre que se encuentren dentro del perímetro legal delineado.

### **3.1.2. Doctrina**

Existen distintas posiciones doctrinarias que oscilan dentro de dos variantes, siendo ellas, orientadas esencialmente a la posibilidad de aplicación la legítima defensa por un lado y la inaplicabilidad de la misma por el otro, dando lugar únicamente al cumplimiento del deber como causa de justificación.

#### **3.1.2.1. Posiciones a favor del Cumplimiento del deber**

El uruguayo Eduardo Duarte Nosei (2005) cita a Zuñiga Rodríguez-Laura indicando que el funcionario policial “tiene el deber jurídico de poner en riesgo bienes jurídicos y es precisamente dentro del eximente el ejercicio legítimo del cargo, donde deben discutirse los requisitos de proporcionalidad de los bienes jurídicos en juego...” (p.23).

Además, asegura que las situaciones en las que el policía debe intervenir como tal, en general se encuentran amparadas dentro del cumplimiento del deber, que estará ceñida a determinadas condiciones a cumplir, como ser el principio de legalidad, mediante el cual el actuar debe restringirse a lo ordenado por la ley y los reglamentos; el principio de necesidad, en la utilización de los medios razonables y adecuados para cumplir con la función; principio de oportunidad, referido a la elección de los medios adecuados para cada situación y principio de proporcionalidad, evitando así excesos.

Asimismo, marca una excepción, indicando que ante una situación apremiante para su vida o integridad física o la de terceros, si no fuera de aplicación el

cumplimiento del deber, sería adecuado aplicar la legítima defensa en cuanto correspondiera.

Para Núñez (2009) el llamado cumplimiento de un deber, en realidad se trata del ejercicio legítimo de un cargo; causa de justificación que se ajusta al “ejercicio propio del poder...correspondiente a un cargo público...el ejercicio del cargo debe ser legítimo” (p.174). Es decir, debe ser legítimo el título en virtud del cual el autor se desempeña y la actividad desarrollada en el caso concreto.

Para Langón Cuñarro (2003), el policía cumple con el deber que se le ha impuesto en cuando cumple la ley y en caso de realizar acciones típicas, no cometerá delito. Pero dicho accionar deberá ser legítimo, dentro de los límites delineados por el sistema de derechos y garantías que legitiman la actividad estatal.

Siguiendo a este último autor, la acción típica desarrollada por el funcionario policial no solo se encuentra autorizada por la ley, sino que es exigida por la norma, quedando claro que la comisión por parte de los funcionarios policiales, en el legítimo ejercicio de sus funciones, de conductas penalmente típicas, se encuentra no solamente tolerada por ley, sino que son de ejecución obligatoria, con los límites que también marca la ley y no más allá de lo que ella exige.

Además, que dicha actuación encontrará su causa de justificación en el cumplimiento de un deber genéricamente y en el ejercicio de un cargo en particular, con mayores limitaciones reglamentarias que la legítima defensa, siendo esta última, aplicable a cualquier ciudadano, cuyas exigencias resultarían de menor cuantía que las requeridas para el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios.

En cuanto a la utilización de la fuerza y particularmente del uso de armas Langón Cuñarro (2003), explica, coincidiendo con Duarte Nosei (2005) que los policías poseen el derecho y la obligación de portar armas para cumplir con su cometido, pero su utilización se encontrará restringida a aquellas situaciones donde corra peligro inminente su vida o la de terceros.

Respecto del personal cuando no se encuentra en servicio, afirma que no posee la obligación legal de actuar, pero sí tiene el derecho de hacerlo, lo cual encuadraría en el ejercicio de un derecho y ya no el ejercicio del cargo.

Por último, es opinión de Omar Palermo (2007), “que la actuación de la autoridad policial no se encontraría abarcada por el permiso de la legítima defensa pues tiene sus propias reglas y aboga por la utilización proporcional de la fuerza”.

### **3.1.2.2. Vertiente a favor de la procedencia de la Legítima defensa**

En este caso, se citará a Zaffaroni (1981), por ser en nuestro país el juriconsulto más emblemático enrolado en esta postura, quien considera que la actuación de los funcionarios policiales, en cuanto a la justificación, no debe ser evaluada en los términos del eximente del cumplimiento del deber, al que considera una causa de atipicidad y no de antijuridicidad.

Más aún, (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2002), explican que la justificación de dicho accionar debe ceñirse a la Legítima defensa, pero con mayores requisitos que para el ciudadano común puesto que:

...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 (p. 616).

Es decir, para que el ciudadano se encuentre amparado por la legítima defensa, sólo bastará para el requisito de la necesidad racional del medio empleado (que no posea otro medio menos lesivo, y sea inevitable el uso de ese medio para evitar la agresión ilegítima), que no se realice una acción absolutamente grosera o irracional. En tanto que el policía se encontrará mucho más acotado en su actuación, debiendo ajustarse a una respuesta proporcional a la agresión, utilizando la fuerza mínima e indispensable para hacer cesar la acción delictiva.

Así, Zaffaroni explica que en los casos de “defensa del orden jurídico como derecho en sentido objetivo se irá restringiendo, exigiendo cada vez más la equivalencia del mal que causa con el que se evita”.

Para otros autores, se trataría de una justificante genérica en la cual se autoriza a cualquier persona a defenderse de una agresión ilegítima, siempre dentro de la necesidad y la proporcionalidad del medio empleado para ello.

Duarte Nosei (2005) asegura que si bien la actuación del funcionario policial, estará amparada normalmente por la eximente del ejercicio de un cargo, plantea la excepción del párrafo que a continuación se detalla: "...cuando...se encontrare ante el peligro apremiante, imperioso, para su integridad física o con riesgo de vida y también la de terceros y si su actuación no fuere alcanzada por la eximente del cumplimiento de la ley...estaría ceñida a los extremos de la legítima defensa..." (p. 27).

### **3.1.3. Jurisprudencia**

Las sentencias judiciales a través del tiempo han variado dependiendo de distintos factores, por ejemplo, el fallo "Díaz, Adolfo Raúl s/ Homicidio", sentencia del 31 de marzo de 1989, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Córdoba, se resolvió que el funcionario había actuado en exceso del cumplimiento del deber, exponiendo entre otros, el siguiente argumento:

El uso de la fuerza pública es generalmente también el cumplimiento de un deber directamente impuesto por la ley a sus agentes, y si bien las reglamentaciones del uso de armas suelen condicionarlo a la existencia de un peligro personal o a la extrema necesidad para el agente de rechazar una violencia o vencer una resistencia, justificación de su acto, dada la situación que el reglamento establece, no es la legítima defensa, sino el cumplimiento del deber.

En sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba del 06 de agosto de 2010, "Aguirre, Gustavo Celestino ps.a. abuso de arma agravado reiterado -Recurso de Casación-", se explica en detalle las siguientes cuestiones:

Diferencia entre cumplimiento del deber y ejercicio legítimo de un cargo, siendo que en el primero de los casos, la ley en sentido amplio impone la obligación de actuar de manera formalmente delictiva por circunstancias particulares (ej. Obligación del testigo de decir verdad, aunque lesione el honor ajeno), es decir que no comprende los deberes derivados en particular de un cargo público.

Se trata siempre de un conflicto entre dos obligaciones legales, en el cual, frente a la ley prohibitiva general que representa el tipo delictivo, prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional que aquella.

Luego explica el fallo, que el ejercicio de un cargo se dará respecto de las obligaciones impuestas según las circunstancias, facultades y obligaciones inherentes al cargo público en particular “implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público, y debe ser legítimo”.

Además aclara que se requiere que la autoridad no haya sido usurpada y que obre dentro de su competencia, no con abuso de autoridad ni exceso en la acción, puesto que en este último caso, podría incurrir en el exceso en la justificación del artículo 35 del Código Penal, al superar los límites impuestos por la ley o lo exigido por la necesidad, y así tornarse desproporcionada la acción.

Se agrega que en el ejercicio de un cargo, se dispone de mayores estándares objetivos para delinear el contexto de lo necesario o lo legal, que en otras causas de justificación como la legítima defensa. Ello, en razón de que las atribuciones de los funcionarios se encuentran estrictamente regladas, reduciendo su discrecionalidad. Así, se evaluará el ejercicio del cargo mediante la normativa aplicable, las instrucciones recibidas de la superioridad, el instrumento utilizado y la acción que el funcionario procuraba impedir o conjurar; y cuyo exceso, dependiendo de las circunstancias y cuantía, dará lugar a la aplicación del artículo 35 del Código Penal, resultando de ello, la figura culpable del tipo delictivo de que se trate; o bien, si el exceso supera toda justificación corresponderá aplicar la figura básica del delito y finalmente si no hay elemento alguno para justificar la acción y se verifica el abuso funcional se configurará el agravante por valerse de la función para cometer un delito.

En el conocido fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI en el caso Chocobar, el 16 de febrero de 2018, dispuso un cambio de carátula, la cual en primera instancia había sido calificada como “Homicidio en exceso de la legítima defensa”, a “Exceso en el cumplimiento de un deber”, manifestando entre otros motivos:

No es un detalle menor su condición de policía porque lo coloca, necesariamente, en un plano normativo distinto al de un particular en tanto el Estado, para el correcto uso de la fuerza pública, reglamenta su actuación. Por tal razón su conducta debe ser analizada desde una óptica distinta a la postulada por el juez instructor pues, de estar justificada como pretende, derivó del cumplimiento de un deber que encuentra su génesis en la ley.

Asimismo, contradiciendo a autores como Zaffaroni, se propone que se trata de una causal eximente de la antijuridicidad y no se relaciona con la tipicidad de la acción, obedeciendo su origen a la legislación española.

Agrega que no hay discordancia respecto del deber policial de impedir o limitar los hechos delictivos y preservar la seguridad pública, utilizando cuando sea necesario el poder coercitivo que la ley autorice. Coincidiendo también en la restricción del uso del arma, proponiéndolo sólo ante un supuesto de legítima defensa, tanto en el reglamento institucional como el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Protocolo sobre uso de la fuerza y armas de fuego, disponiéndose el uso del arma de fuego contra personas únicamente para incapacitarlas para el ataque.

Deja el tribunal en claro, que si bien el imputado cumplía un mandato legal, luego sobrepasó la restricción sobre el uso de armas de fuego, “Actuar como policía implica también de manera imperiosa reconocer los límites que la propia institución establece para que sea correcta”.

En tanto que en la causa “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación” de la sala III de la Cámara Federal de Casación Penal del 30 de septiembre de 2013, se modificó la resolución previa que había establecido la responsabilidad penal del imputado por homicidio cometido con error de prohibición vencible, reduciendo la pena en virtud de considerar lo actuado por el efectivo policial como homicidio cometido con exceso en la legítima defensa.

Los jueces consideraron “frente a un inminente ataque por parte de quien estaría en una situación visiblemente sospechosa (...) ha de valorarse la medida de la reacción de Gómez frente al resultado letal” por lo que para los jueces “aparece una legítima defensa a ponderar”. Agregaron que inicialmente, la reacción del imputado se encontró amparada por una causa de justificación”, pero “superó los límites...”

Así concluyeron en condenar al imputado por “homicidio cometido con exceso en la legítima defensa”.

## **Conclusiones parciales**

En virtud de lo expuesto, sería notable destacar que respecto de la normatividad, existe un marco regulatorio para la actuación de los funcionarios policiales. Parámetros que deben ser respetados para permanecer dentro del paraguas de la legalidad y por lo tanto de las eximentes a razón de sus conductas posiblemente típicas. Es decir, que así como los policías están por la ley y sus reglamentos forzados a cumplir con su función, pudiendo eventualmente acudir a la fuerza y como última medida al uso de las armas, ello debe ser siempre dentro de los parámetros que delimitan su actividad.

Luego, la doctrina, que se divide entre quienes consideran que la causa de justificación correcta para ser aplicada ante el accionar de los efectivos policiales deberá ser el ejercicio de un cargo y quienes aseguran que es la legítima defensa la eximente de la antijuridicidad.

Analizando la jurisprudencia existente en relación a causas de excesos en el accionar policial, las mismas también se dividen entre el ejercicio de un cargo (o bien cumplimiento del deber) y la legítima defensa.

Al respecto es sustancial considerar que los parámetros establecidos por la legislación, particularmente la Ley 5688 de Seguridad Pública, la cual remite a los principios básicos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego, parece en distintas instancias recurrir a la legítima defensa, en razón de que el uso de estos elementos letales, debe hacerse únicamente ante un peligro inminente para la vida propia del funcionario o de terceros (textualmente en defensa propia o de terceros).

Aún así, ello se desvirtúa puesto que describe situaciones sólo ajustables al accionar de los funcionarios policiales, como evitar la comisión de un delito que entrañe amenaza para la vida o detener a quien represente ese peligro y oponga resistencia o impedir su fuga, las cuales de ninguna manera integran los requisitos de una legítima defensa tal como se expresa en el Código Penal, sino que en realidad, se constituye un parámetro para el cumplimiento de la función policial respecto del uso de las armas.

En la jurisprudencia se puede advertir que existen diferencias en cuanto a la consideración del accionar policial, puesto que en ocasiones similares se lo encuadra en los términos del ejercicio de un cargo como en “Díaz, Adolfo Raúl” y “Gómez, Gustavo Celestino”, así como en la segunda instancia del caso “Chocobar” antes mencionados y

en otras como en el caso “Gómez, Miguel Ángel” se considera procedente la legítima defensa, no existiendo un criterio uniforme.

## **Conclusiones finales**

En esta instancia definitiva, cabe concluir que las causas de justificación reguladas por el Código Penal Argentino sí son aplicables al accionar del personal policial cuando se encuentra en ejercicio de sus funciones.

Luego, en relación a la hipótesis planteada de la siguiente forma:

Las causas de justificación reguladas por el Código Penal Argentino sí son aplicables al accionar del personal policial cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas condiciones. Es decir, las causas de justificación aplicables al personal policial en el cumplimiento de sus funciones, serán: mayoritaria y fundamentalmente el ejercicio de un cargo (cumplimiento de un deber o cumplimiento de la ley), es decir, art. 34 inc.4 del Código Penal de la Nación y en casos excepcionales, como cuando se encuentre en peligro actual o inminente su integridad física o la de terceros y no corresponda aplicar el ejercicio de un cargo, la legítima defensa; considerando asimismo, que para la utilización de las armas de fuego, las condiciones exigidas por las leyes y reglamentos, si bien se relacionan estrechamente con la defensa legítima, se tratan de una de las variantes del legítimo ejercicio de un cargo, debiendo unificarse dicho criterio. Esto es, cuando no se encuentre cumpliendo funciones, sería el legítimo ejercicio de un derecho pero al hallarse ajustado a las exigencias de la condición de funcionario policial, en definitiva continuará siendo el ejercicio de un cargo o bien la legítima defensa propia o de un tercero (art. 34 inc. 6 y 7 C.P.N.) en condiciones particulares. Ello sujeto al reglamento de la institución policial correspondiente y las circunstancias especiales de cada caso, que otorgarán legitimidad y legalidad a la actuación. En definitiva, se intentará demostrar que en el ejercicio de sus funciones, el personal policial se halla obligado a actuar poniendo en riesgo ciertos bienes jurídico por medio de una obligación legal, que dentro del marco regulatorio que determina el correcto desarrollo de su actividad, hace aplicable como causa justificativa el título genérico conocido como “cumplimiento del deber” o bien el “ejercicio de un cargo”. Pero fuera de sus funciones, tendrá el “derecho” de actuar y no la obligación, no obstante al deber atenerse a la reglamentación de su actividad, seguirá encuadrando en el legítimo ejercicio de un derecho o bien en legítima defensa cuando así

se den las condiciones. En todos los casos, se deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, puesto que de lo contrario, se podrá incurrir en excesos o inclusive quedar excluido de la causa de justificación.

La misma, a pesar de las distintas opiniones doctrinarias y correlativamente jurisprudenciales, por todo lo expuesto precedentemente, en este trabajo se considera confirmada puesto que la exigente lógica a utilizar en el desarrollo de la función policial, será el ejercicio de un cargo, ello es en virtud de que dicha tarea se ejecuta dentro del marco normativo legal del ejercicio de la función pública, con una regulación específica que provee deberes, derechos y obligaciones, la cual es llevada a cabo por un funcionario del Estado, legalmente instituido como tal y dentro de su ámbito de actuación legítimo, en consonancia con el ordenamiento jurídico nacional.

Aún en la utilización de la fuerza y el caso extremo de las armas de fuego, ya que si bien este supuesto, tanto en la reglamentación de la actividad como en los protocolos internacionales tenidos en cuenta para justificar este accionar, aparece una fórmula que tiene estrecha relación con la legítima defensa, no lo es, puesto que continúa subsumiendo la actuación policial al marco normativo de la misma, con exigencias mucho mayores que las de la legítima defensa.

Es decir, siendo que esta última se configura ante la agresión ilegítima (en el ejercicio del cargo, no siempre será una agresión ilegítima la que dar lugar a la actuación policial), la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, donde se evalúa la imposibilidad de utilizar un medio menos lesivo por carecer del mismo y la racionalidad, que será justificado mientras no sea exageradamente desproporcionado (en el ejercicio del cargo, es indispensable la proporcionalidad del medio empleado, así como su correcto uso) y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende (irrelevante en el ejercicio del cargo).

Todo ello dentro del contexto de los mayores requisitos en virtud del conocimiento y experiencia de los funcionarios respecto del resto de los ciudadanos.

La segunda reflexión está referida al momento en que dichos numerarios se encuentren fuera de su horario de trabajo. Situación por demás controvertida y que acarrea diferencias en los fallos judiciales. Al respecto es dable considerar, que más allá

de que los efectivos no se encuentran en esta situación obligados por la normativa a accionar ante el conocimiento de un delito, sí tienen la posibilidad de hacerlo y que de optar por ello, deberá ser juzgada su actuación según las reglas de su actividad. Por lo tanto debería seguir siendo considerada la eximente de ejercicio de un cargo.

Ahora bien, dentro de este último ítem evaluado, existe la posibilidad de que el efectivo sea agredido ilegítimamente en su vida privada, personalmente o respecto de sus afectos, en una situación que no se relaciona en absoluto con su actividad y cuya motivación no está dada por ella, sino por la posibilidad de defenderse como cualquier otro ciudadano. Y es en ese contexto en el cual se considera aplicable la legítima defensa, normalmente la defensa propia, puesto que de lo contrario, se estaría negando la posibilidad de defenderse.

El tema tal vez más confuso para evaluar sería el caso de la defensa de terceros. Para darle solución a este punto, si la actuación del efectivo franco de servicio, se da al ser requerido por otra persona (sea en conocimiento de su condición laboral y este acceda a intervenir en la misma o bien lo haga como buen samaritano), será el cumplimiento del deber la causa de justificación adecuada, en virtud de que siempre deberá atener su actuación voluntaria a la regulación legal de su actividad (y así será valorado), aún cuando en este caso fuera posible aplicar la legítima defensa de terceros.

Finalmente, se estima de sumo interés, que los jueces, hagan del ejercicio del cargo la eximente de aplicación adecuada para justificar las acciones típicas dentro del desarrollo de la función policial. Y excepcionalmente, como se explicara en los párrafos anteriores, la legítima defensa.

Para establecer dicha diferenciación, deberán focalizarse en determinar la motivación y circunstancias objetivas del accionar, a efectos de su correcto encuadramiento y no hacer un uso equivocado de la legítima defensa por el solo hecho de la utilización de las armas o por encontrarse fuera del horario de trabajo.

Por otra parte, sería de vital importancia dotar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de los parámetros completos dentro de los cuales se encuentran obligados a desarrollar su actividad (y no más allá de ella), a efectos de evitar consideraciones y actuaciones erróneas y en consecuencia injustificadas, debiendo aplicarse en caso de excesos, el artículo 35 del Código Penal o bien en caso de no

encontrarse en absoluto justificada la acción lesiva, el artículo correspondiente al delito realizado o más aún la aplicación de agravantes en aquellos supuestos delictivos que así lo exijan.

## Bibliografía

### Legislación

- Ley 11179. Código Penal de la Nación. Honorable Congreso de la Nación. (27 de Agosto de 1984). Argentina: Boletín Oficial.
- Ley 2303. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (08 de Agosto de 2007). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial.
- Ley 24430. Constitución de la Nación Argentina. Congreso de la Nación Argentina. (15 de Diciembre de 1994). Boletín Oficial.
- Ley 5688. Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (17 de Noviembre de 2017). Boletín Oficial.
- Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. (27 de Agosto de 1990). La Habana, Cuba.
- Resolución 34/169. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Asamblea General de las Naciones Unidas. (17 de Diciembre de 1979).

### Doctrina

- COCA VILA, I. (2017). Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial. Versión Electrónica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (Nro.19-24). P. 1-41. Recuperado de <http://criminet.ugr.es>
- DUARTE NOSEI, E. (2005). Funcionario policial, su amparo en la legítima defensa y cumplimiento del deber. Versión electrónica, *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo* (Nro.7), 23 – 30. Recuperado de [revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/414](http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/414).
- COLMEGNA, P; NASCIMBENE, J. *La legítima defensa y el funcionario policial*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/la-legitima-defensa-y-el-funcionario-policial-uso-necesario-o-proporcional-de-la-fuerza.pdf>.

- DONNA, E.A. (2000). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni.
- DUARTE NOSEI, E. (2005). Funcionario policial, su amparo en la legítima defensa y cumplimiento del deber. Versión electrónica, *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo* (Nro.7), 23 – 30. Recuperado de [revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/414](http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/414).
- FONTAN BALESTRA, C. (1998) *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LANGON CUÑARRO, M (2003). Cumplimiento de la Ley como causa de justificación – El uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios policiales. Versión electrónica. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo*. (Año II, N° 3). Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy>
- LASCANO, C. J. (h) (2005). *Derecho Penal Parte General. Libro de estudio*. (1era. Edición, 1ra. Reimpresión). Córdoba: Advocatus.
- NUÑEZ, R. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte General* – (quinta edición). Córdoba: Lerner editora SRL.
- PALERMO, O. (2007). *La legítima defensa. Una revisión normativista*. Buenos Aires: Hammurabi.
- SOLER, S. (1999). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA.
- ZAFFARONI, R. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte III*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

### **Jurisprudencia**

- C. Apel. Penal C.N.Crim. y Corr., Sala 6 “Chocobar, Luis Oscar Procesamiento y embargo Juzgado de Menores nro. 1” (2018).
- C. Apel. Penal Córdoba. “Díaz, Adolfo Raúl s/Homicidio – Exceso cumplimiento de un deber” (1989). Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>
- C. Fed. Apel. Penal. Sala III “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación” (2011).

- C. Apel. Penal. Santa Fe. Sala IV “P, Guillermo Germán s/homicidio agravado” (2010).
- T.S.J. Córdoba. Sala Penal. “Aguirre, Gustavo Celestino ps.a. abuso de arma agravado reiterado -Recurso de Casación-” (2010).

### **Complementaria**

- BAPTISTA LUCIO, M. FERNANDEZ COLLADO, C. HERNANDEZ SAMPIERI, R (2010) *Metodología de la Investigación* (5ta. Edición). México DF: Mc Graw Hill.
- PEREZ IDIART, H., SAUCEDO, B (2011) *Guía de estudio – Metodología de la Investigación – Colegio Militar de la Nación*. Recuperado de <http://www.hugoperezidiart.com.ar/tallerdetesis-pdf/guia-de-estudios-sept-CL2011.pdf>.-