



Privación Ilegal de la Libertad realizada por Funcionario Público

Por Gabriel Bombini y Javier Di Iorio

Art. 143: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

- 1) El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;*
- 2) El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;*
- 3) El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;*
- 4) El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;*
- 5) El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito,*
- 6) El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal, omitiere retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.”*

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

En lo que respecta a los antecedentes de la figura en particular prevista en el art. 143, C.P., debe remarcarse en primer lugar que ya figuraba en el código de 1886, pero entre los delitos calificados como “*abusos de autoridad de funcionarios*”. El Proyecto Tejedor, lo contemplaba en el libro de los delitos cometidos por funcionarios públicos, y puntualmente en el capítulo destinado a los “*abusos de autoridad*”. No sufrió modificaciones en 1906¹.

¹ Ver sobre la evolución histórica y sistemática del Título V en general, en Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, Digesto de Codificación Penal Argentina, A-Z editores, Madrid; y en Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000. Para una perspectiva de la evolución de los delitos contra la libertad a lo largo del tiempo, ver Donna, Alberto Edgardo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A, Rubinzel Culzoni Editores, 2005, págs. 112 y ssgtes..-



Asimismo, no es de soslayar que su actual ubicación y punibilidad es producto de la *ley n° 14.616 (del 30/09/1958)*, la que introdujo importantes modificaciones en los *arts. 143 y 144*, e incorpora los *arts. 144 bis –previendo conductas que antes eran englobadas en el art. 143 original y el 144 tercer*. Es consecuencia del Proyecto del Senador Weidman reproduciendo el presentado previamente por el Diputado Ferrer Zanchi, que, en lo medular, rechazaba los múltiples episodios de privaciones de libertad ocurridos durante los años anteriores, y abogaba por un castigo ejemplificador para evitar su reiteración futura². Fue puesta nuevamente en vigencia por la *ley n° 23.077 (del año 1984)*.-

El artículo en cuestión del *código de 1921 (anterior a la reforma del año 58)* fue duramente criticado por Soler –contando con la adhesión de otros destacados doctrinarios, entre los que se enfilan Núñez, Fontán Balestra, Ure, y Buompadre-, por entremezclar pequeñas faltas administrativas con delitos muy graves, y sometidos a idéntica penalidad, sumado ello a que en los antecedentes que sirvieron de fundamento son severamente castigados, o bien en razón de la patente desproporcionalidad sancionatoria que presenta en comparación con otros tipos penales³.-

Finalmente, también es objeto de previsión en el Anteproyecto de 2.006, con un aumento en la escala penal que se eleva en su máximo a los 5 años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Afectación lesiva primaria. Discriminación según cada tipo penal.-

En general, para todos los delitos reprimidos en el *Título V del catálogo de fondo*, y sin perjuicio de las problemáticas derivadas de esta generalización conceptual⁴, el bien jurídico protegido resulta ser la *libertad individual*.-

² Sobre los fundamentos parlamentarios de la aludida legislación ver, Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2º Edición, Hammurabi, 2007.-

³ Así, ha mencionado Soler (obra citada, págs. 44/45), a modo de ejemplo lo que acontecía en el caso del anterior art. 143 inciso 1º del C.P., donde la penalidad era inferior al simple abuso de autoridad, siendo que aquella figura penal no solo abarcaba el disvalor del ejercicio abusivo de la autoridad (art. 248 del CP), sino que también incluía la privación de libertad de la persona.-

⁴ En este sentido, enseña Donna, la dificultad de definir no sólo el bien jurídico protegido, sino de identificar uno común para el título, justificando la sistemática y autonomía actual de estos delitos en razones históricas. Frente a este contexto, propone analizar el tema considerando la idea del interés jurídico entroncado con la “*libertad protegida constitucionalmente*”, dando de este modo mayor amplitud al concepto, y abarcando todas las defensas del individuo frente al Estado y al particular. Asimismo, Soler (obra citada, págs. 3/7) concluye que la dificultad en la sistematización de estos delitos, radica en dos circunstancias puntuales: una de orden histórico (aludiendo al nuevo concepto de libertad a partir de las teorías filosóficas de la ilustración), y otra de índole teórico. Dentro de este último aspecto, centraliza la idea de la pluralidad de sentidos que admite la palabra “libertad” desde el punto de vista de la teoría del derecho, sosteniendo que “...la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica...”.-



Tomando como punto de partida lo antedicho, y siguiendo la exhaustiva investigación de Rafecas⁵, podemos permitirnos la discriminación de *dos categorías englobadoras* de esos tipos penales, teniendo en miras siempre el arriba a la precisión del tópico en estudio.-

Por un lado, considerando aquellos delitos que centran el núcleo del injusto en el *castigo de la privación ilegitima de la libertad*, recae el interés jurídico-penal en la capacidad del ser humano de fijar su posición espacial, abarcando así lo que la doctrina ha identificado como *libertad de movimientos, ambulatoria o de desplazamiento*.-

En la misma línea señalada, en segundo término, adentrando al segmento cuyo estudio se propone centrar en los *arts. 143 a 144 quinto*, y amén de las precisiones que se delinearan de acuerdo al supuesto específico; debe considerarse que los tipos penales que componen el grupo aludido parten de un *presupuesto básico*: cuál es que el *sujeto pasivo se encuentra privado de su libertad (de forma legítima o ilegítima) por un funcionario público*⁶. Entonces en estos casos, la actuación del sujeto activo lesiona a la libertad como *valor supremo e innato del hombre*, pues recae sobre los escasos remanentes de espacios de libertad del detenido, lo que en definitiva se traducen en ataques directos contra su *dignidad personal*. En razón de lo que el legislador recoge el sentido de *libertad personal en su acepción más amplia*, remitiendo a la esencia del ser humano, esto es como atributo básico de la personalidad.-

Afectación lesiva secundaria.-

Ahora bien, en otro orden de ideas, al tratarse de delitos especiales propios, la calidad especial que se requiere en el sujeto activo impone necesariamente la afectación de un bien jurídico de carácter secundario: la *administración pública*⁷. Se trata de una afectación complementaria que campea en la defraudación de la confianza social depositada en el agente estatal respecto a su cabal cumplimiento funcional, es decir se pone el acento sobre las expectativas generales en el correcto desempeño de la función del agente estatal⁸.-

⁵ Rafecas, Daniel Eduardo, La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 74 y ssgtes..-

⁶ Es por eso que la doctrina nacional hable de *atentados o abusos funcionales* que afectan la libertad (Creus, Núñez). En esta dirección dice Creus "...puesto que se trata de abusos funcionales, el autor tiene que ser un funcionario con competencia para disponer o ejecutar restricciones a dicha libertad; el que no tiene esa competencia, si priva de la libertad, lo hace sin abusar de sus funciones, por lo cual -sin perjuicio de la usurpación de autoridad correspondiente- su conducta quedará inserta en cualquiera de los tipos que hemos estudiado precedentemente...".-

⁷ Desde esta perspectiva, coincidimos con Buompadre al caracterizar a la figura en análisis como propia de los "delitos de naturaleza plurifensiva".-

⁸ Rafecas, texto citado, pág. 77.-



Claro está, que siempre queda incólume la posibilidad que, si no se verifica este *daño concomitante*, pueda encuadrarse el supuesto de hecho como algún otro delito común; o inversamente, si no se da la afectación al bien individual, en alguno de los tipos penales que específicamente se reprimen en el *título XI del fondo*.-

Sujeto Activo.-

Se trata de un *delito especial propio*, en la medida en que para su configuración se requiere una cualidad específica en el autor⁹, de tal modo y en lo que será una constante en la selección de tipos penales en comentario, se alude al carácter de *funcionario público* (*art. 77 C.P.*).-

Sin perjuicio de ello, y omitiendo la discusión relativa a tal calidad¹⁰, en el caso particular, se identifican puntualmente los sujetos activos de las conductas reprimidas. Específicamente, el artículo 143, en su inciso 1º, del catálogo de fondo, contiene *dos supuestos típicos autónomos*, por lo que además de presentarse tal condición, deben concurrir otras exigencias del tipo en cuanto al extremo en análisis, pues se imponen mandatos de acción dirigidos a distintos agentes, que cumplen posiciones de responsabilidad dentro del sistema penal bien distintas, y las que además -por su naturaleza- no son intercambiables entre sí¹¹.-

Bifurcación del mandato normativo: repercusión en el sujeto activo.-

Por su condición de funcionario público, el autor especial se encuentra en una estrecha *posición de garante respecto a la intangibilidad del bien jurídico* en cuestión, siendo que en cualquiera de los dos supuestos castigados en la norma el sujeto pasivo se encuentra *bajo su custodia –de forma directa o indirecta–*, surgiendo una obligación legal de libertarlo, y por lo tanto, le es

⁹ Sobre la clasificación que distingue entre delitos comunes o especiales, y dentro de éstos en propios o impropios, ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal Parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002; Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.-

¹⁰ La polémica interpretativa reside en la dogmática penal nacional desde la misma aparición del artículo aludido en el Código Penal Argentino, la cual se acrecienta en razón de multiplicidad de normas allí incluidas que mencionan, y los efectos involucrados, sea cualificando una figura o determinando su propia tipicidad, como así también para condicionar el bien jurídico que se pretende tutelar y el sujeto pasivo o activo de cada una de ellas. No es este el sitio oportuno para evaluar el sentido y extensión de los significados “*funcionario público*” o “*empleado público*”, ni tampoco los antecedentes legislativos de la normativa, solo se mencionara que la mayoría de la doctrina argentina se ha ido inclinando hacia la aceptación de un criterio equiparativo de ambas nociones, caracterizándose al agente por su participación el ejercicio de funciones públicas, existiendo matices en cuanto al baremo que determine esa calidad (Rafecas, obra citada, pág. 286; David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias, T. 2B, Hammurabi, 2007; Jorge De la Rúa, Código Penal Argentino, 2ª edición, de Palma, 2007).-

¹¹ Rafecas, obra citada, pág. 353.-



atribuible el resultado lesivo cuando con su proceder genere un aumento del riesgo de afectación de aquél.-

De tal modo, en el *primer supuesto* donde el mandato normativo consiste en *retener* cuando haya debido *decretar* la libertad del detenido, se trata de un *funcionario público con facultades para resolver, y en consecuencia, disponer la libertad de un detenido*. En la generalidad de los casos, el sujeto activo será el *juez* a cargo de la causa, o el magistrado que tiene a su cargo la ejecución de la pena¹².-

Mientras tanto, en el *segundo supuesto* siendo que la orden normativa recae en *ejecutar* la soltura del detenido, *se trata de un funcionario público que efectiva y directamente tiene a un detenido o preso bajo su custodia*. Es decir, un agente cuya tarea funcional es hacer efectiva la libertad dispuesta por el magistrado competente, sin revistar las de controlar la orden respectiva como paso previo al cumplimiento del edicto -siempre que revista las formalidades ordinarias¹³, siendo que la competencia en relación a la situación típica será determinada por la legislación vigente que regule el ámbito de actuación¹⁴.-

Sujeto Pasivo.-

La redacción de la norma habla de “*detenido o preso*”. Ambos términos, refieren a una persona que se encuentra *legalmente* privada de la libertad, sea por motivos *administrativos* (vgr. averiguación de identidad o antecedentes), *contravencionales*¹⁵ o *judiciales* (vgr. aprehensión, detención, prisión preventiva, condena judicial).-

¹² Ibídem, pág. 354. Añade el autor, las excepciones que se pueden encontrar en aquellos casos en los que la facultad de disponer la soltura, se encuentra en manos de agentes administrativos, como el *art. 5º inc. 1º de la ley orgánica de la policía federal* (Decreto ley nº 333/58, modificado por ley nº 23.950), en el cual aparece justificada la restricción en la necesidad de averiguar la identidad de la persona. Sin perjuicio de las críticas de inconstitucionalidad de estas previsiones, la conducta será encuadrable en el tipo penal estudiado cuando se exceda el plazo de diez horas, o cuando se haya indagado positivamente ese dato sin que exista otro impedimento y se mantenga el estado privativo.-

¹³ A decir de Donna, en este segundo supuesto el sujeto activo es subordinado y brazo ejecutor del primero (obra citada, pág. 153). Por su parte enseña Rafecas: “...de otro servidor público que tiene como función específica ejecutar la orden de libertad dispuesta por el magistrado interviniante... carece de facultades de verificación o contralor del contenido sustancial de la orden, debiendo limitarse a verificar su legalidad formal, para entonces darle curso. El funcionario específico, a quien corresponde este cometido, y por lo tanto a quien está dirigido el mandato normativo, surgirá de las leyes que regulan el ámbito de actuación funcional de que se trate...” (autor y obra citada, pág. 358).-

¹⁴ David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, en Código Penal y normas complementarias, Hammurabi, comentario de Federico Delgado, Juan C. Seco y Máximo Lanusse Noguera, pág. 316.-

¹⁵ Así lo sostiene Buompadre, obra citada, pág. 526; siendo seguido a su vez por Donna.-



Este elemento objetivo del tipo –privación de libertad de modo *legítimo*– denota el límite de la figura en análisis con relación al delito de privación ilegítima de la libertad cometida por funcionario público (*art. 144 bis, inc. 1º, del C.P.*).-

La expresión legislativa entraña *dos categorías distintas* que describen al sujeto pasivo. Así, la voz “*preso*” remite a aquella persona que está privada de su libertad en un establecimiento destinado al efecto, sea como procesado o como condenado; mientras “*detenido*”, a quien está privada de su libertad en las primeras horas del proceso penal, y que desde el lugar en que dicha detención tiene ocasión es trasladada, transitoriamente, a recintos dependientes de la prevención¹⁶.- Por su parte, desde una perspectiva formal que pone el acento en la situación procesal del *titular del bien jurídico* (*detenido o preso*), se ha establecido como parámetro diferenciador que el estado del sujeto pasivo sea: *procesado no condenado*, o *condenado*, respectivamente para cada término¹⁷.-

Tipo Objetivo.-

Primeramente es necesario sindicar que se trata de un *delito de omisión impropia*¹⁸. Ello porque se incurre en la vulneración de la norma prohibitiva al no decretar la orden de libertad o en no ejecutar dicha orden emanada de funcionario competente (omisiones alternativas), con las cuales automáticamente se está reteniendo ilegítimamente al sujeto pasivo (acción- resultado lesivo)¹⁹.-

¹⁶ Rafecas, obra citada, pág. 360, quien ha indicado que la voluntad legislativa es claramente consistente en ampliar el escenario de protección de la norma desde el mismo inicio del proceso penal. En el mismo sentido, David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, obra aludida, pág. 317.-

¹⁷ Buompadre, texto citado, pág. 526; Donna, obra citada, pág. 156; Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 152; Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, T. I, 6º edición, Astrea, pág. 291.-

¹⁸ En cuanto al polémico concepto en cuestión, su clasificación, y los distintos criterios diferenciativos que suelen adoptarse, ver Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, y Slokar Alejandro, obra citada. Debe coincidirse con los referenciados autores en tanto la clasificación de los tipos omisivos no es uniforme en la doctrina, resumiéndolo apropiadamente al enunciar: “*Puede decirse que se han seguido muy diferentes criterios clasificatorios, dando lugar a un intrincado panorama donde, con frecuencia, han coincidido denominaciones y disentido conceptos...*”. Enseñan que el criterio diferenciador dominante, plantea que hay tipos en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparecen en forma tal que la norma es siempre imperativa, y en los que el autor es indiferenciado -cualquiera que se halle en la situación típica- (llamados *propios delitos de omisión*). Contrariamente, la doctrina denomina *improprios delitos de omisión* a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara, requiriendo una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa, y en las que sus autores son siempre calificados, debido a la mayor amplitud de esa formulación se limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica. Finalmente, para mayor profundidad sobre el origen de las clasificaciones de los delitos de omisión impropia, y las diversas categorizaciones, ver Silva Sánchez, Jesús M., ‘El delito de omisión. Concepto y Sistema’, 2º Edición, Edit. B de F, 2003.-

¹⁹ Se inclinan por encuadrar a la figura en esta categoría, Estrella-Godoy Lemos, Buompadre, Creus, Rafecas, Zaffaroni-Baigún. Este último jurista puntualiza, que dentro de esta clasificación, su especie es de aquellas referidas a un resultado sin equivalencia comisiva, siguiendo a Silva Sánchez -1986:347-348-. La doctrina señala en apoyo la jurisprudencia de la CCC. Fed, Sala I, *in re “Llaver Leonardo”*, en causa nº 31958, del 6/7/2000, en donde expresamente se la indicó incluida



El verbo típico consiste en “*retener*” a un detenido o preso, esto es, impedir que recupere su libertad, manteniendo la detención en incumplimiento de las leyes o la orden de soltura. Es decir, que parte de un *presupuesto básico*, cual es que la libertad del sujeto pasivo se impone a consecuencia de la ley o de una orden judicial²⁰.-

Modalidades comisivas exclusivas del tipo.-

Pero este proceder sólo puede verificarse de dos modos para que llene las expectativas del nivel típico que nos ocupa: sea absteniéndose de *decretar* (primer supuesto) o de *ejecutar* (segundo supuesto) la *soltura* de la víctima²¹. Resulta una duplicidad de comportamientos negativos autónomos.-

Pero además, la soltura debe ser debida (*textualmente dice* “...cuya soltura haya debido decretar o ejecutar...”), ello implica que la libertad del sujeto pasivo debe disponerse *necesariamente* conforme la normativa imperante.-

Las hipótesis fácticas que pueden subsumirse en el tipo penal en cuestión podrían ser fácilmente ubicadas si se repara en el ámbito de actuación de agentes ejecutivos (vgr. la omisión dolosa del policía o del integrante del servicio penitenciario en disponer la soltura de un detenido), pero más difícil es determinar cuándo es debida la soltura en los casos en los que el sujeto activo es un magistrado –primer supuesto delictivo²².-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*. La retención del sujeto pasivo debe ser intencional, admitiéndose el *dolo de consecuencias necesarias*, e incluso el *dolo eventual*²³; es decir el autor debe conocer la situación

en esa clasificación.-

²⁰ David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, obra aludida, pág. 314.-

²¹ Ver supra lo dicho en relación al sujeto activo del tipo penal y sus comportamientos típicos, para cada una de las modalidades previstas en la norma. Resulta de destacar, la definición de Soler, al indicar que la figura en análisis “...es una ilegalidad sustancial, mientras que el del inc. 2º, es una ilegalidad por incompetencia...” (texto aludido, pág. 48).-

²² Para estos supuestos, debe coincidir plenamente con Rafecas en que será debida cuando la soltura sea consecuencia ineludible de una resolución, auto o sentencia, propia o de la alzada, que imponga al magistrado una obligación de disponer la liberación del detenido o preso, sea -de oficio o a pedido de parte-, proponiendo así un criterio restrictivo (obra citada, pág. 358).-

²³ Rafecas obra citada, págs. 360/361. Según el autor, Moreno es el único doctrinario que admite el supuesto en casos de “descuido manifiesto” (Moreno, t. IV 1923:379) -en el marco de una crítica a la ausencia de inclusión en el código de fondo de figuras que prevean la punición de casos imprudentes, los que desde su óptica son la generalidad de las hipótesis que se pueden presentar, diferenciándose de lo que acontece en el código penal español (art. 530)-. Sobre las consideraciones generales del tipo subjetivo como integrante de la estructura omisiva, v. Zaffaroni, Alagia, Slokar, obra citada, pág. 583. Estimamos prudente adicionar la cuestión discutida sobre la posición que debe ocupar el *conocimiento de la posición de garante*. Según esos autores las características que hacen a la posición de garante en particular



fáctica en que se enclava el detenido o preso, y plasmar la voluntad de mantener el estado de privación de libertad.-

Se considera como una detención ilegal imprudente la figura del *art. 270 del fondal*, segundo párrafo, la que reprime al juez que *prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima* que podría corresponder al procesado por el delito imputado²⁴.-

Autoría y Participación.-

Como fuera expuesto previamente, asistimos a un tipo penal que ha sido calificado como *de omisión impropia*. Partiendo de esta eventualidad, el tema atinente a la autoría y participación, lejos de ser una materia sobre la cual sean pacíficas las opiniones doctrinarias, se alzan diversas y variadas posturas. Así, teniendo en cuenta las dificultades que presenta la cuestión, y siendo preciso para emitir conclusiones o adoptar posturas definitivas, realizar un desarrollo profundo y elaborado, lo que excedería el propósito de la exposición; nos limitaremos a señalar –aunque sin ánimo de agotarlas- algunas de las posibilidades de encarar el fondo del asunto. Sentada esta advertencia al lector, resta indicar que las diversas consecuencias a las que se puede arribar sobre el punto dependerán en gran parte de la base metodológica desde la que se inicie el abordaje, incidiendo en la posibilidad misma –*discutida, como se verá*– de establecer parámetros diferenciativos entre la autoría y la complicidad –y por ende de *admitir la coautoría, la autoría mediata, la instigación, y las distintas formas de complicidad*–²⁵.-

pertenecen al tipo objetivo, pero no así el deber de evitar el resultado de ella emergente, que como tal pertenece a la anti-juridicidad. En consecuencia, concluyen que: a) el error que recaiga sobre la situación o el estado que funda la posición de garante será un error de tipo que, como tal, eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sin perjuicio de que, en el supuesto de ser vencible, pueda dar lugar a la tipicidad culposa de ésta, a condición de que se den todos los requisitos de esta última; b) el error que recaiga sobre el deber que emerge de la posición de garante (los deberes que incumben como padre, marido, hijo, funcionario, empleado, bombero, policía, etc.) será un error de prohibición (error de mandato) que, en el supuesto de ser invencible, eliminará la culpabilidad (reprochabilidad) de la conducta. Buompson y Creus también admiten el dolo eventual.-

²⁴ Con este alcance lo hace Rafecas, obra citada pág. 362, quien lo caracteriza como la única excepción a la impunidad de detenciones ilegales imprudentes, al igual que Núñez y Soler para quienes es un delito culposo. Asimismo, es indicado por Donna (obra citada, págs. 155), aunque se propone la solución mediante la imputación de esta última figura por aplicación del principio de especialidad, solución idéntica a la propuesta por Creus (obra citada, pág. 290).-

²⁵ Bacigalupo Enrique, ‘Delitos impropios de omisión’, Edit. Temis, 1983, quien centraliza las opiniones doctrinarias, en dos corrientes antagónicas y extremas bien diferenciadas, no obstante otras teorías intermedias que pueden encontrarse, identificando además los diversos resultados a los que arriban. En resumidas cuentas, comenta, por un lado que, con Armin Kaufman como su representante principal, una vertiente niega que en los delitos omisivos impropios sean viables estas formas de intervención plural de personas en un delito, apuntalando los fundamentos en la idea de que la acción y omisión no se encuentran totalmente desvinculados entre sí (*concepto denominado “principio inverso”*), formulado sobre la base de que lo que en la realización de una acción concurre positivamente –causalidad y finalidad- faltará esencialmente en la no realización. Así, pone el centro de consideración, no en la resolución de cometer una omisión,



Ahora bien, en cuanto a los posibles *autores individuales o directos* del delito en análisis, básicamente debe remontarse a lo esbozado más arriba al delinear el sujeto activo y el tipo objetivo, en lo relativo a las calidades y las conductas necesarias para su imputación penal; aunque sin antes recordar que éste –en su calidad de funcionario público- se encuentra en una especial posición jurídica de cuidador garantizando la integridad del bien jurídico²⁶. Podrá ser tanto un *funcionario con competencia para disponer la soltura* por sí mismo (por ej., el agente policial que procede al arresto de una persona cuando transcurre el plazo que la ley autoriza para mantenerlo en esa condición); o bien cumpliendo una anterior disposición de autoridad competente que requiere ser completada con su propia decisión (por ej., el director de penitenciaría que tiene que disponer la libertad cuando se ha concluido la ejecución de la pena, según las disposiciones de la sentencia); o que tiene que *ejecutar* la orden concreta y actual de llevar a cabo la soltura de una persona privada de su libertad que le ha impartido una autoridad competente (por ej., el director de la cárcel de encausados que recibe una orden de libertad expedida en un incidente de libertad provisional)²⁷. También algún colaborador del magistrado podrá incurrir en la tipicidad penal de la figura cuando habiéndose dispuesto la soltura, no la concretare (ej. omite dolosamente entregar el oficio que así lo ordena a la autoridad competente).-

Respecto de la posibilidad de comisión del tipo penal mediante *autoría mediata*, tratándose de un delito especial propio, es necesario la afirmación de la *calidad específica en el autor-determinador*, de lo contrario por más que la posea el instrumento (determinado), no será viable penarlo como autor²⁸.-

sino en la resolución de ejecutar la acción mandada, a pesar de la capacidad de ejecución; y en la determinación de la accesoriiedad en el dolo del agente. En la dirección diametralmente opuesta (sostenida por Claus Roxin), se parte del concepto de “*delito de infracción al deber*”, en los cuales la idea de dominio del hecho no es decisiva para la determinación de la autoría, identificando elementos y características propias de estos delitos (entre los que ubica a los imprudentes y a los de omisión). La tesitura trae efectos en la accesoriiedad y en delitos especiales propios cuando participa un *extraneus* (instigadores y cómplices, en estos casos se soluciona de modo que éste será solo partícipe por no ser portador del deber especial, aun cuando domine el hecho).-

²⁶ Sobre la estructura de los delitos omisivos, su clasificación y las diversas fuentes que determinan el posicionamiento del sujeto activo como garante del bien jurídico, ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, obra citada. Refieren estos autores que esta especial situación, que la doctrina contemporánea llama la “*posición de garante*” (*GarantL"enstellung*), es una teoría que fue primitivamente elaborada por Nagler, quien la consideró como un componente no escrito que se añade al tipo de comisión. Asimismo, la consulta de este material deviene acertada para la ilustración de las distintas formas de participación plural de personas en un suceso ilícito, conceptos que se dan por sentados y que exceden la finalidad del trabajo.-

²⁷ Todos supuestos mencionados por Creus, obra citada, pág. 290.-

²⁸ Sentada esta premisa, las opiniones se diversifican en cuanto a los alcances de la atribución penal de responsabilidad al *extraneus*. Así, algunos autores argumentan que la intervención no quedara impune, pues el código argentino lo considera como *autor por determinación conforme el art. 45 del digesto –Zaffaroni–*. En otra postura, Fontán Balestra, obra citada, pág. 413, admite la imputación de responsabilidad por complicidad del agente. Por su parte, Bacigalupo, obra citada, pág. 175, partiendo de la hipótesis admitida por la generalidad de la doctrina –en la cual el *extraneus* impida



Tratándose de la *coautoría* en los delitos de omisión impropia, las posturas oscilan de forma divergente en la doctrina, según los fundamentos metodológicos de los que se parta, variando entre aquellas que permiten admitirla –con ciertos condicionamientos-, y otras que las descartan de plano²⁹.-

La *participación criminal* en el hecho doloso cometido por otro, según el grado de colaboración prestado (*arts. 45 y 46 del C.P.*), siempre estará guiado por el carácter referencial del injusto ajeno, circunstancia de la que se deriva e impone la naturaleza accesoria de la participación (*accesoriedad limitada*)³⁰. Para el caso del *instigador*, instituto considerado como una forma de extensión participativa típica en el suceso criminal de un tercero, tampoco son pocas las discrepancias doctrinarias que se alzan al respecto, precisamente cuando se trata de admitir que el sujeto de atrás carezca de la calidad especial³¹.

a un tercero obligado por su posición de garante, que cumpla con su deber- se inclina por descartar la punibilidad. Respecto de la posibilidad de la autoría mediata por omisión, ver Roxin, Claus, ‘Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal’, Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 511.-

²⁹ Así puede aludirse a las siguientes concepciones, aunque sin agotar el análisis de la compleja temática, y solo a los fines de sugerir las problemáticas que se desprenden de la misma. Roxin, Claus, obra citada, pág. 510, quien partiendo del concepto de *delitos de infracción al deber*, sobre el cual asienta su tesis en este ámbito, admite esta posibilidad de coautoría en tanto exista un deber común, y siempre y cuando ambos agentes –*intraneus*- omitan de manera acordada el cumplimiento del mandato normativo. Menciona el caso de los funcionarios que dolosamente acuerdan permanecer impávidos ante la fuga de un preso a quien deben custodiar. No obstante descarta aquellos supuestos en los que uno de los agentes omite y otro actúa positivamente. En una opinión opuesta, Bacigalupo, obra citada, pág. 173, quien siguiendo a Kaufman y partiendo de las características conceptuales que pueden verificarse como definitorias de la coautoría, vale decir resolución común y división del trabajo según esta decisión conjunta, y la falta en el tipo subjetivo de una voluntad de realización que descartaría el acuerdo común, concluye que no sería posible admitir una bifurcación de la infracción al deber que recae en cada agente colocado en la posición de garantía –de manera individual.-

³⁰ Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, obra citada, admitiendo expresamente la participación en la omisión, citando como ejemplo al agente que instiga a la omisión del cumplimiento de sus deberes de asistencia familiar (obra citada, pág. 797). Debe recordarse, que han explicado que como la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto (accesoriedad limitada), el participante no necesita tener las características del autor, porque no es autor del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente sólo cuando lo hace por la vía del hecho del autor (autores citados, obra citada, pág. 792, partiendo de la teoría de Stratenwerth). De idéntica tónica, Creus, Carlos, Derecho Penal parte General, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 420 y 426, puesto que siguiendo a Núñez menciona “...quien tiene el deber jurídico de actuar, puede ser instigado o ayudado a no hacerlo...”, y añade ejemplificativamente los siguientes casos: el empresario que fábula la cesantía de su empleado para que no preste alimentos a su cónyuge; en la omisión de auxilio, quien le facilita un automóvil al omitente para que se retire del lugar donde debe prestar el auxilio; el que facilita el retiro del guía que deja abandonados a los turistas en la alta montaña. De todos modos, la cuestión no es tan sencilla y reducible a los criterios generales del concepto de “*participe*”, pues deben ser cotejados con argumentos en contra que se levantan para la admisión de la intervención de terceros en la omisión criminal del agente obligado. Desde esta perspectiva, nacen los lineamientos de Kaufman, para quien en esta clase de delitos no es posible aceptar la complicidad, siendo la falta de dolo y de causalidad en el resultado los pilares en los que asienta su teoría (v. detalladamente en Bacigalupo, obra citada, pág. 159). Es admitida la complicidad mediante un hacer positivo, por lo general en forma de apoyo psíquico reafirmando la voluntad de no intervenir del omitente (Roxin, obra citada, pág. 565). Sobre la posibilidad de complicidad mediante omisión, ver Denise Staw, “Algunas cuestiones sobre la autoría y la complicidad por omisión”, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Septiembre 2012, fasc. 9.-

³¹ Roxin Claus, obra citada, pág. 550 y ssqtes., admite la inducción a cualquier conducta, aún cuando sea una omisión. Asimismo, resulta de interés la crítica de descarte realizada por este autor a la tesis de Kaufman. Por su parte Creus, obra citada, pág. 421, en una línea similar, explica “...la instigación aparece como una particular forma de participación en



Consumación y Tentativa.-

Se trata de un delito cuya *consumación* opera en el momento mismo que surge la obligación –*de mera actividad*–, por ley o por mandato de autoridad competente, de liberar al detenido, sea decretando o ejecutando la orden según el caso³².-

Además de carácter *permanente*, ya que recién se agota en sus consecuencias una vez que el sujeto pasivo es finalmente puesto en libertad, por ese funcionario u otro que revise o descubra la maniobra³³.-

Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa* del delito, lo que no resulta difícilcoincidir si se atiende al momento consumativo³⁴.-

Particularidades de la Figura.-

Comparación con otras figuras penales.-

Resulta de suma utilidad para su acabada comprensión el cotejo con otros supuestos típicos. Así, no puede identificarse con la figura prevista en el *inc. 6º del mismo artículo*, pues vale adelantar que el autor de este último delito es ajeno a la detención ilegal, y puede ser cometido por otro funcionario en tanto ésta se mantenga en el tiempo -siempre que omitiere, retardare, o rehusare hacer cesar, o dar cuenta a la autoridad del estado del que toma conocimiento-.-

Tampoco debe ser confundida con la *privación ilegítima de la libertad* cometida por funcionarios públicos y castigada en el *144 bis, 1º, C.P.*, pues mientras que en el tipo penal analizado la detención es inicialmente legal, y luego se convierte en ilegítima; en el otro ilícito desde el inicio ya presenta esta calidad contraria a la ley.-

el delito instigado, que puede ser de cualquier carácter, incluidos delitos propios o especiales y de propia mano...". En cambio para Bacigalupo, obra citada, cuando se disuade a otro del cumplimiento de un deber, se es autor directo del delito de comisión (siguiendo a Kaufman a partir de lo que denomina "disuasión" del cumplimiento de un deber), y no instigador de la omisión. La idea se vincula estrechamente a la planteada inexistencia del dolo de omitir en los delitos omisivos en la tesis de ese autor, lo que pude explicarse en palabras de Roxin de la siguiente manera: "...*Donde no es posible resolución del hecho, tampoco cabe provocarla...*" (obra citada, pág. 551).-

³² Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos, y Donna.-

³³ Núñez, Rafecas y Buompadre. Agrega el primero que el lapso temporal en que se extienda la omisión tendrá repercusión directa en el reproche de culpabilidad concretado en la sanción a imponer al autor, en tanto cuanto más tiempo el funcionario retenga ilegalmente a la persona privada de la libertad, mayor será el disvalor del injusto del comportamiento (obra citada, págs. 363).-

³⁴ Creus, Estrella-Godoy Lemos, Marín, Núñez y Donna. Se ha argumentado la posibilidad de aceptar la tentativa acabada en David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, "Código Penal y Normas complementarias", Hammurabi, T. 5, pág. 318. Un pormenorizado desarrollo sobre la discusión relativa a la admisibilidad de la tentativa en los delitos de omisión y las diversas posturas sobre el punto, en Enrique Bacigalupo, obra citada, págs. 187 y ssstes..-



Finalmente, con relación al delito de *prevaricato* (*art. 270, segundo supuesto, del C.P.*), se remite a lo expuesto en el punto tocante a la autoría y participación.-

Delimitación material del ilícito.-

A su vez, es necesario establecer los *límites materiales de la tipicidad* desde una perspectiva evaluativa de la afectación al bien jurídico-penal³⁵. En esta dirección, si bien se sugiere que una ligera demora más o menos justificada no es típica³⁶, prácticas que podrían aparentar una intromisión de menor intensidad, como por ejemplo una requisa personal llevada a cabo por un funcionario en la vía pública, cuando es prolongada excesiva e injustificadamente en el tiempo podría derivar en la comisión de una conducta típica.-

Finalmente, a diferencia de otras figuras del capítulo -*como las amenazas* (*art. 149 bis, C.P.*)- y en directa relación a lo manifestado al inicio en lo tocante al bien jurídico tutelado, el *consentimiento del damnificado* carecerá de eficacia, lo que se justifica en que interesa al Estado no sólo la corrección de sus funcionarios sino también el cumplimiento de la ley, para cuya violación nadie puede prestar un consentimiento eficaz.-

Art. 143: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

2º.- *El funcionario que prolongare de forma indebida la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente”.*-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

Además de lo dicho respecto de las modificaciones introducidas por *Ley nº 14.616* en el punto anterior, en lo atinente a esta figura debe remarcarse que el proyecto Tejedor ya la preveía -aunque establecía un plazo de 24 horas para el cumplimiento de la conducta ordenada, lo que condicionaba la consumación al vencimiento del término-. El proyecto de Villegas - Ugarriza y García, como así también el código de 1.886, suprimieron el lapso temporal aludido, e incorporaron el tipo penal como artículo 143 inciso 3º, aunque con una penalidad considerablemente menor (de un

³⁵ Este posicionamiento material de la tipicidad es representado principalmente en Latinoamérica por Raúl Eugenio Zaffaroni y Juan Bustos Ramírez.-

³⁶ Moreno citado en Estrella-Godoy Lemos, obra aludida, pág. 87.-



mes a un año, con mas el doble de tiempo de inhabilitación especial). Recién la mencionada reforma de 1958, lo incorpora en su sitio actual³⁷.-

El Anteproyecto del Código Penal de 2.006, conserva la redacción aunque modifica su localización -*art. 129 apartado b*-, y al igual que en el caso del supuesto precedente, aumenta la penalidad a cinco años en su máximo.-

Bien Jurídico. Remisión.-

Se remite a lo dicho al tratar el *inciso 1º del artículo* en estudio, sin merecer este precepto legal en cuanto al ítem respectivo mayores precisiones.-

Sujeto Activo.-

Se trata de un *delito especial propio*, aunque a diferencia de lo que acontece con la figura anterior, el *funcionario público* (*art. 77 del C.P.*) a quien está dirigido el mandato normativo, será quien tenga permitido, en virtud de sus facultades y en los casos autorizados legalmente, *proceder a la detención sin orden escrita* de juez competente, teniendo por ello un plazo perentorio para poner a su disposición al detenido.-

Es decir, un integrante de *agencias ejecutivas con desempeño en la función judicial (agencias policiales, y demás fuerzas de seguridad)*, dejando de lado a aquellos funcionarios que cumplan labores penitenciarias³⁸.-

Sujeto Pasivo.-

No se establecen limitaciones en lo atañe a este tópico, pues la ley solo habla de “...*la detención de una persona...*”. Únicamente debe señalarse que presenta identidad con el caso anterior, en cuanto también parte como presupuesto básico de una *detención legalmente efectuada y que se torna en lo sucesivo ilegítima*, en el caso por ausencia de poner al detenido a disposición del juez competente.-

³⁷ Rafecas, obra citada, pág. 364. Para mayor abundamiento ver, Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, obra citada.-

³⁸ Ibídem.-



Tipo Objetivo.-

Consideraciones generales del aspecto objetivo.-

Es un *delito de omisión impropia*³⁹. Aquí la vulneración del mandato recae en no poner en conocimiento del magistrado competente, en el debido tiempo y conforme las normativas legales estrictas vigentes, al detenido que se tiene bajo custodia (conducta omisiva), prolongando de esta forma su detención, la que a partir de ese momento devendrá en ilegal (acción – resultado lesivo)⁴⁰.- El delito consiste en *mantener la disposición o la autoridad* sobre el detenido más allá de los términos autorizados por ley, evitando transferir esa disposición o autoridad al juez competente⁴¹.- Es necesario señalar que la regulación de los motivos y las circunstancias en los que se permite la detención sin orden judicial escrita, como así también de los plazos en que -en esos casos- debe ponerse a disposición de la autoridad competente al detenido, es una facultad que corresponde a legislativamente a las *provincias* (*arts. 18, 23, 61 C.N.*), por lo que deberá necesariamente compulsarse los respectivos códigos de rito para así permitirse completar los requerimientos típicos de la figura.-

En el ámbito nacional se destaca lo normado por *el art. 286 del CPPN*, el que establece el plazo de *seis horas* para el cumplimiento de ese comportamiento por parte del funcionario policial. En terreno bonaerense, encontramos los *arts. 155 y 156 del CPPBA*, los que imponen la obligación – tanto al funcionario como al particular que aprehendiere en flagrancia- de presentarlo ante el *agente*

³⁹ Lo expuesto previamente sobre este concepto, debe ser complementado con la mención a las problemáticas que origina esta categoría, sin perjuicio de las que ya han sido señaladas. Siguiendo a Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alejandro, Alagia Alejandro, texto citado –*quienes hablan de impropios delitos de omisión*-, puede resumirse que el origen radica en que no todos estos delitos así denominados están escritos y previstos, por lo que cuando no lo están, generan una actividad complementaria y “correctora” judicial, que requiere individualizar las características de los autores conforme a los modelos legales que se hallan escritos. Así las cosas, considerando a los tipos improprios de omisión no escritos como “abiertos”, se alzan *objeciones constitucionales* contra ellos. Se ha dicho sobre el punto que: “...La circunstancia de que esta característica del autor en algunos tipos omisivos improprios se encuentre “no escrita” no obedece a un defecto legal...Pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de estricta legalidad. No en vano y desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión de completividad incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal. No hay una diferencia sustancial entre el casi desaparecido crimen culpae, que pretendía construir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos omisivos no escritos que operarían como falso te de los tipos escritos...”.-

⁴⁰ Buompadre, Creus, Rafecas, Marín, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Baigún-Zaffaroni. En lo medular se remite a lo expresado *ut supra* sobre esta categoría clasificatoria de los delitos.-

⁴¹ Núñez, obra citada, pág. 153, denominando al delito como sustracción de un detenido a un juez. En igual sentido se expide Soler, quien alude a la circunstancia de ausencia de traspaso de autoridad o poder ejercido sobre el detenido refiriendo: “...reteniéndolo a la propia disposición...”.-



fiscal “*inmediatamente*”; sin perjuicio de la triple comunicación del inicio de las actuaciones judiciales, exigida en cualquier caso, por imperio del 296 del mismo cuerpo normativo⁴².-

Modo comisivo específico.-

La figura exige para su configuración que la prolongación de la detención lo sea en virtud del medio comisivo allí expresamente descripto: la *omisión de “poner al detenido a disposición del juez competente”*. Esto lleva al análisis de dos matices diferentes:

a) Por un lado, uno que encierra la *puesta en conocimiento* de un modo feaciente al magistrado competente de la existencia de una persona privada de su libertad. Admitiéndose sobre el punto un *criterio amplio*, tanto en cuanto a los medios por los cuales sería susceptible informarle, como así también a la posibilidad de que esa comunicación sea viable a los auxiliares del juez. Aquí también deben considerarse las distintas figuras que aparecen según cada *diseño procesal de los ritos provinciales*, trayendo a colocación lo referido a los diversos esquemas de las provincias en el ejercicio de la aludida facultad no delegada al estado nacional, dato que no resulta menor si se atiende a que, de ello dependerá quién sea la *autoridad* ante quien se deberá cumplir el mandato legal imperativo para evitar caer en la prohibición típica⁴³.-

b) Pero además, una segunda consideración, relativa a los *términos materiales de ilícito*, evaluado a la luz del *principio de lesividad*; la que impone que para que el tipo objetivo quede agotado, la *prolongación indebida sea consecuencia exclusiva y directa de la ausencia de puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional* del detenido que se encuentra bajo dominio del funcionario. Es decir, que la hipótesis analizada *ex post facto*, indique que el juez, de haber tenido conocimiento

⁴² Es interesante la crítica de Rafecas respecto a la “desconfianza del legislador sobre la actuación policial”, la que se evidenciaría de la diferencia de las “normas procesales locales” con otros ordenamientos jurídicos europeos que recurren -comparativamente- a plazos más extensos que los referidos. En este mismo sentido, señala el autor el fallo de la C.I.D.H. *in re “López Álvarez”*, en cuanto a la exigencia de un necesario contralor judicial inmediato en las aprehensiones en flagrancia. Asimismo, resulta del caso indicar en relación al tema en danza, sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, los desarrollos de Alejandro Carrió, en particular al abordar las condiciones requeridas para la procedencia de detenciones sin orden escrita y la necesidad de reconocer los motivos previos, los estándares jurisprudenciales, como así también la pormenorizada descripción de la evolución de la jurisprudencia de la CSJN y de la Cámara de Casación Penal en esa materia (en Alejandro D. Carrió, “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, 4º Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 190 y ssgtes.).-

⁴³ Buompadre expresa que será el magistrado con competencia para la investigación de los delitos de acción pública (obra mencionada, pág. 527). En el ámbito de la provincia de Buenos Aires será el Agente Fiscal en turno al momento de la aprehensión. Creus por su parte afirma que será típica la comunicación dolosa a un juez que no es competente (texto aludido, pág. 292).-



de la detención en forma y tiempo debido, hubiese ordenado anticipada y necesariamente la inmediata libertad de la persona⁴⁴.-

Tipo Subjetivo.-

Es un tipo penal *doloso*. Respecto de la admisión del *dolo eventual* para la verificación del aspecto subjetivo del tipo penal es núcleo de discusión en la doctrina. Así mientras en general es admitida la suficiencia del *dolo eventual*⁴⁵, algunos autores sostienen que la inclusión del término “*indebidamente*” en el texto legal, implica la incorporación de un elemento subjetivo del tipo que por lo tanto impone la exigencia de dolo directo en el autor para su configuración⁴⁶.

Autoría y Participación.-

Teniendo presentes las advertencias que fueran reveladas a esta altura de la exposición en el artículo anterior -en torno a los inconvenientes que se derivan de intentar compatibilizar las numerosas opiniones en esta materia con los fines y objetivos de este trabajo-; puede considerarse como *autor directo* del ilícito, al funcionario público que haciendo uso de sus facultades proceda a la detención legítima de una persona, aunque dolosamente omita ponerlo a disposición del juez competente conforme la prescripción formal del digesto provincial. Aquí deberá recapitularse en lo alusivo a la necesidad de concreción del daño sobre el bien jurídico tutelado para que la conducta sea materialmente imputable.-

Son semejantes con el inciso anterior las opciones teóricas, y sus soluciones, que se advierten en esta disposición, en cuanto a la posibilidad de cometer la conducta prohibida por dos o más agentes en calidad de *coautores*, como así también respecto a otras formas de participación – *complicidad o instigación*- y en lo atinente a su comisión por intermedio de un instrumento que la ejecute –*autoría mediata*-, por lo que remitimos a lo antes ensayado.-

Consumación y Tentativa.-

⁴⁴ Rafecas, obra citada, pág. 367, arribándose a esa conclusión partiendo de una consideración de la ubicación sistemática del delito y de la aplicación del principio de subsidiariedad. Igual solución en Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 322, quienes mencionan la posibilidad de incurrir en un supuesto de tentativa de delito imposible puesto que la consumación, desde esta óptica, depende de la apreciación judicial.-

⁴⁵ Buompadre, Creus, Baigún-Zaffaroni.-

⁴⁶ Así lo plantean Estrella-Godoy Lemos, obra citada, enrolando en esa opinión restrictiva del elemento subjetivo a Moras Mom-Damianovich.-



Primeramente creemos que no se admite como posible la *tentativa*⁴⁷. Lo cual esta ceñido a que se trata de un delito cuya *consumación* formal opera en el momento en que transcurre el plazo legal en que el funcionario debió haber comunicado la detención al juez competente, sin perjuicio que deberá constatarse la afectación al bien jurídico conforme fuera expresado previamente.-

Aparece redactado como un delito de *carácter permanente*⁴⁸, ya que recién se agota en sus consecuencias lesivas y reprochables una vez que el sujeto pasivo es finalmente puesto en libertad.-

Particularidades de la Figura.-

El artículo 143 Inc. 2º, C.P.: tipo penal abierto y de complemento.-

En principio, se trata de un tipo penal abierto⁴⁹. Ello pues deberá ser siempre completado en su tipicidad recurriendo a la normativa procesal aplicable al caso según corresponda, tanto para determinar el plazo legal en que deba ser puesto a disposición de la autoridad competente como para la ubicación precisa de ésta.-

Por lo demás, es subsidiario y complementario de los *arts. 144 bis, inc. 1º y 143 inc. 1º del C.P.*: toda vez que en el supuesto bajo estudio el sujeto pasivo esta legítimamente privado de su libertad –de lo contrario podría encajar en el primer caso-, y además porque no ha sufrido una detención ilegal en los términos del segundo artículo aludido.-

De tal modo, el legislador ha previsto estratégicamente abarcar no solo las privaciones de la libertad acontecidas en desapego a la ley, sino también las distintas afectaciones que el bien jurídico pueden sufrir cuando esa restricción sea acorde al marco normativo legal luego de que la autoridad proceda en ese sentido.-

Art. 143: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

3º.- El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido... “.-

⁴⁷ Núñez, Baigún-Zaffaroni, Marín. En contra de esta posición Donna, quien sostiene que podría ser discutida.-

⁴⁸ Rafecas, Buompadre, Estrella-Godoy-Lemos, Marín, Creus, Núñez.-

⁴⁹ Ver sobre este concepto lo dicho por Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alejandro y Alagia Alejandro, ob. citada; Juan Facundo Gómez Urso, La tipicidad Penal, FJD Editor, 2005.-



Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

La norma proviene de los Proyectos de los años 1891 y 1906, siendo que el proyecto Tejedor contenía una cláusula similar. Desde su sanción no tuvo modificaciones. El Anteproyecto del Código Penal de 2.006, lo incorpora como *art. 129 apartado “c”*, previendo una sanción que se extiende hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Si bien el objeto de protección continúa siendo la libertad personal o individual -resultando de plena aplicación lo expresado sobre el punto en los tipos penales anteriores-, debe adicionarse particularmente que aquí se afecta el derecho de toda persona privada de su libertad, legítima o ilegítimamente, a *comunicarse libremente* con terceros⁵⁰.-

Sujeto Activo.-

Estamos en presencia nuevamente de un delito en el cual la calidad de *funcionario público* es necesaria para calificar como autor, aunque por las características de la conducta reprimida, deberá exigirse una *mínima capacidad funcional* que permita la realización de la misma generando un contexto situacional apto para la ilicitud. Es decir, el sujeto activo debe detentar la custodia o guarda del detenido, o al menos el *poder de hecho* sobre aquel para poder calificar válidamente como ejecutor⁵¹.-

En estrecha vinculación con lo expresado, no podrá ser autor del delito el *juez* a cuya disposición se encuentra detenido el sujeto pasivo, en tal caso, si decretara su incomunicación indebida, a todo evento, será imputable esa acción como constitutiva de la figura de *Abuso de autoridad* del art. 248 del C.P.⁵².

⁵⁰ Debe recordarse la crítica de Donna, al analizar el tema relativo al bien jurídico protegido en el Título, considerándolo asociado a la idea de la “*libertad protegida constitucionalmente*”, concluyendo así en su postura que el interés bajo resguardo reviste una amplitud mayor que la libertad individual, siendo para ese autor el tipo penal en análisis una clara muestra de ello.-

⁵¹ Rafecas, obra citada, pág. 271. Asimismo, lo sostienen Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 89, Baigún-Zaffaroni, pág. 324 y Núñez, pág. 153. Por su parte Creus, pág. 293, explica que el funcionario deberá detentar la “*guarda*”, aclarando que no comete este delito, sino un abuso de autoridad del art. 248 del Cód. Penal, aquel que dispone indebidamente la incomunicación no teniéndola (cita como ejemplo, el del secretario de juzgado que dispone ilegalmente la incomunicación de un detenido que se encuentra en la alcaldía de jefatura).-

⁵² En esta postura Núñez, y Creus. En contra, Estrella-Godoy Lemos, considerando que al no estar prevista la limitación en la ley, la interpretación que excluye al juez no es procedente y puede resultar autor mediato de la figura. Buompadre, obra citada, pág. 530, en esta misma línea argumental, señala que el magistrado será el sujeto activo por excelencia, y excepcionalmente lo es la autoridad policial. También es admitido por Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 324.-



Sujeto Pasivo.-

Es el *detenido en sentido amplio*, abarcativo de toda persona privada de su libertad.-

Aunque tomando como base esta afirmación, debe hacerse una aclaración diferenciadora de los tipos penales anteriores, en razón que en éste se *comprenden tanto detenciones legítimas como ilegítimas*, lo que eventualmente podría derivar en la aplicación de normas concursales en relación a otras figuras penales⁵³.-

Tipo Objetivo.-

Se reprime al funcionario público que incomunicare a un detenido de forma indebida. Por ello para poder colmar las exigencias típicas, la incomunicación debe ser:

a) Abarcativa de todos los medios de comunicación, es decir *total; constante e impersonal*, lo que comprende a cualquier tercero que quiera mantener contacto con el detenido. Debe remarcarse que no alcanzan a ser reprimidos otros *cercenamientos intencionales* -según las leyes penitenciarias vigentes-, tales como restricciones de ingresos de libros u otros objetos inocuos, lo que solo podrá traducirse en una sanción administrativa de la autoridad⁵⁴.-

b) Además debe ser *indebida*, lo que implica que debió haberse apartado de la normativa procesal, sea por: *i)* no estar prevista para ese caso, *ii)* por carecer el sujeto activo de competencia para disponerla –ordenándola sin capacidad o ejecutándola sin orden legítima⁵⁵- aunque mantenga el poder de hecho sobre la víctima⁵⁶.-

La discusión se origina, dividiendo a la doctrina nacional, en el siguiente supuesto: cuando la incomunicación es dictada por quien tiene competencia para ello pero se *exceden los plazos legales previstos*⁵⁷.-

⁵³ Vgr. art. 141 bis, inc. 1º, del C.P.. Buompadre, menciona como únicos supuestos excepcionales de sujetos pasivos *no imputados*, a testigos o intervenientes en reconocimientos en ciertas circunstancias, con citas a los arts. 275 y 283 del código de procedimiento de Corrientes. Por otro lado Rafecas, obra citada, pág. 274, menciona como víctima de este delito al contraventor en la Ciudad de Buenos Aires, con citas al art. 25 de la ley de procedimientos respectiva, y al testigo que comparece mediante el uso de la fuerza pública..-

⁵⁴ Rafecas, obra citada, pág. 274, poniendo el acento en la letra de la norma y en una interpretación compatible con la *estricta legalidad*.-

⁵⁵ Núñez, pág. 153; Creus, pág. 292.-

⁵⁶ Son específicos en incluir estos supuestos de procedencia Rafecas, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos, Creus.-

⁵⁷ Rafecas, obra citada, págs. 272, se expresa por la negativa de considerarla como típica, pues entiende que no es lo mismo prolongar la incomunicación que disponerla ilegalmente, siguiendo en la idea a Ure, y fundado en el principio de estricta legalidad. Es admitida por Creus, Marín, Fontán Balestra. Con mejor técnica legislativa el art. 531 del Código Español, prevé expresamente esta hipótesis.-



Pero también la incomunicación debe ser indebida desde un prisma reglamentario⁵⁸, esto es atentatoria de los reglamentos que signan la cuestión.-

La conducta puede ser cometida: *por acción*, esto es por actos positivos que impiden la comunicación del detenido, pero también por *omisión (comisión por omisión)*.-

Tipo Subjetivo.-

Se trata de un *delito doloso*, el cual admite el *dolo eventual*, por lo que este aspecto de la tipicidad se satisface mediante el conocimiento del agente sobre los elementos objetivos detallados y la voluntad de incomunicar al detenido.-

No se prevé legislativamente su figura imprudente.-

Autoría y Participación.-

De lo dicho en las líneas que preceden, será *autor directo o individual* el funcionario público que –por actos u omisiones- impida de manera indebida y dolosa al detenido que se encuentra bajo su custodia, la libre comunicación –total, constante e impersonal- con terceros.-

Es interesante la discrepancia que suele plantearse en la doctrina en lo tocante a la hipótesis en la que el funcionario público dispone, sin tener la guarda del detenido, su incomunicación ilegal –*vgr. el caso del Juez*–; toda vez que algunos autores plantean un caso de *autoría mediata*, sea que el delito se consume o quede en grado de conato, enrolándose en esta postura quienes parten de no exigir en el sujeto activo un poder de custodia o de hecho sobre el detenido⁵⁹. Debe recordarse que para poder ser autor mediato del tipo penal –especial propio- siempre se necesitarán las cualidades mencionadas previamente, por lo que respecto del desenlace punitivo de la intervención del *extraneus* se remite a los antecedentes desarrollados⁶⁰.-

Debe aducirse asimismo la plena aplicación del citado *principio de accesoriedad limitada* que regirá en lo atinente a la *complicidad* de otros intervenientes en el hecho ajeno (*art. 45 y 46 del CP*),

⁵⁸ Toda vez que acierta Creus, al afirmar que no permitir que el detenido reciba visitas fuera de las horas reglamentarias destinadas a ese efecto, no constituye este delito, aunque el detenido esté en calidad de comunicado (obra citada, pág. 293).-

⁵⁹ En esta senda de interpretación Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 89. Ver igualmente lo dicho al tratar el sujeto activo de la figura.-

⁶⁰ Menciona Creus el caso del que hace ejecutar los actos de impedimento por otro: el oficial sumariante de una seccional que coloca al contraventor en una celda, ordenando al oficial de guardia que no permita que se comunique con nadie (texto citado, pág. 293).-



y la viabilidad de la *instigación* siempre que se verifiquen sus notas relevantes y propias que permitan su imputación.-

Finalmente, cuando las conductas que pretendan subsumirse en el inciso 3º del art. 143 del C.P., consistan en *omisiones dolosas* cuyo resultado lesivo sea equiparable al producido por la acción positiva (*comisión por omisión*), los problemas en cuanto a las categorías que integran la *autoría en sentido estricto* –es decir, autoría mediata y coautoría- y las distintas formas de complicidad – primaria, secundaria e instigación- resurgen, siendo de aplicable lo ya expuesto sobre el punto⁶¹.-

Consumación y Tentativa.-

La *consumación* del delito se alcanza cuando los actos interruptivos de la libre comunicación logren efectivamente su objeto, esto implica cuando el detenido pretenda comunicarse con un tercero, o a la inversa, y el agente se lo impida alcanzando su propósito.-

Perdurará en el tiempo mientras el estado descripto se mantenga -delito *permanente*- Es un delito de *resultado*.-

Por otro lado, se *agotará* en sus efectos cuando se levante la incomunicación, sea por parte del agente que la dispuso indebidamente, o bien por otro que advierta la maniobra y la haga cesar, o cuando el detenido de algún modo pueda interrumpirla.-

Creemos que es posible la admisión de la *tentativa* del delito estudiado⁶². Imagínense las diversas posibilidades de que el detenido a pesar de los obstáculos interpuestos por el agente logre comunicarse conforme lo pretendido (ejemplo, se le coarta la posibilidad de mantener comunicación telefónica con familiares pero logra mantener contacto al concretarse la visita programada).-

Particularidades de la Figura.-

Directa vinculación con normas procesales locales.-

En primer lugar, no puede pasarse por alto la vinculación de esta figura con normas procesales que autorizan la *restricción del derecho del detenido a comunicarse libremente*. Como se vió oportunamente la incomunicación debe ser *indebida*, ello se involucra directamente con la raíz del instituto. La referencia radica particularmente en aquellas que la permiten con un alegado interés de *reguardo del proceso investigativo* en curso y con el norte de evitar el armado de una versión entre los distintos imputados, o que se facilite el ocultamiento de efectos o pruebas por indicación a

⁶¹ Ver infra al tratar el ítem autoría y participación en el art. 143 inciso 1º del fondal.-

⁶² Rafecas, Núñez, Baigún-Zaffaroni.-



terceros⁶³, de allí que se haya indicado que la figura consiste en una *garantía procesal*⁶⁴. Así, vale destacar lo prescripto en el *Código de Procedimientos de la Nación*, que autoriza al funcionario policial autónomamente a disponer la incomunicación del detenido por el *plazo de 10 horas – improrrogable salvo autorización judicial*. En este mismo sentido, encuentra notoria similitud el *inciso 8º del artículo 294 del C.P.P.B.A.*, al regular las facultades policiales, permitiendo la incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 152 por un término *máximo de doce (12) horas*, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial⁶⁵.

Complementariamente, desde una óptica eminentemente formal se ha entendido que “*Es una medida de coerción procesal por la que se le impide al imputado mantener contacto verbal o por escrito con terceros para evitar que estorbe la investigación*”, remarcándose que no puede impedirse la comunicación con la defensa (*ver art. 152 CPPBA, segundo párrafo, citado*)⁶⁶.

La incomunicación ilegal: caso de severidad especialmente previsto.-

Desde otro prisma, la adopción de esta medida puede ser considerada como un caso especial de *apremio o severidad*⁶⁷. En lo particular, a priori creemos que se vinculará exclusivamente a las características y circunstancias del caso concreto, en función del un sufrimiento abusivo sufrido, que en algunos casos excederá mínimamente las reglamentaciones previstas para el desenvolvimiento del encierro, aunque en otras alcanzará una entidad tal para conformar la categoría de apremio o vejación. Aunque debe adicionarse que la nota distintiva en este caso será el ejecutor del proceder infractorio.-

⁶³ Respecto de la regulación en los distintos códigos procesales de provincia y de las variantes en los plazos previstos, v. Buompadre, Estrella-Godoy Lemos. En otro orden de ideas, en el marco del análisis del “derecho a contar con un abogado defensor”, como derivación del de inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN), Carrió, ob. cit., pág. 401 y ssgtes., aborda la situación de la incomunicación como práctica cotidiana abusiva en el ámbito de la Capital Federal al amparo del anterior código de procedimientos. Contexto en el cual identifica y profundiza el criterio jurisprudencial variante de la CSJN en los fallos “Jorge Antonio” (236:657), “Vélez Carreras” (282:153), y Lambruschini (306:2161), en la que se delimita el alcance de la aludida garantía, en cuanto a la distancia del lugar de alojamiento del detenido con el de asiento del tribunal de juzgamiento. Aunque debe hacerse notar las particulares circunstancias que rodeaban la plataforma fáctica de los casos examinados.-

⁶⁴ Núñez, obra citada, pág. 153.-

⁶⁵ Artículo 152, CPPBA: “*Con motivación suficiente el Fiscal podrá ordenar la incomunicación del detenido por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La medida cesará automáticamente al vencimiento de dicho término, salvo prórroga por otro término por resolución fundada del Juez de Garantías a instancia del Ministerio Público Fiscal. En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor, en forma privada, inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal.*”.-

⁶⁶ Irisarri, Carlos Alberto, Código de la Provincia de Buenos Aires comentado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 298. Debe coincidir con el autor, en que el segundo párrafo incorporado al art. 152 del ceremonial bonaerense “... desacomoda la vieja crítica de que se instituía para lograr una confesión... ”.-

⁶⁷ Así coinciden Soler, Fontán Balestra, y Rafecas, con diversas inclinaciones sobre el punto. Para más, ver *infra* al abordar el art. 144 bis, incs. 2º y 3º del fondal.-



A todo evento, debe adelantarse que en el ámbito internacional tales maniobras han sido consideradas contrarias a la dignidad humana en función de asignarles carácter de tratamiento cruel e inhumano que importan cuando son aplicadas en determinados contextos o con cierta intensidad⁶⁸.-

Jurisprudencia de la CSJN.-

CSJN, “G. J. C. s/ habeas corpus” (G. 507. XXXIV, 01/11/99).-

Se habilita la competencia de la Corte atento el recurso extraordinario interpuesto por la Fiscalía General ante la Cámara, en razón del rechazo in límine de la acción constitucional de Habeas Corpus interpuesta por un detenido, de parte del juez de primera instancia entendiendo que los hechos relatados resultaban extraños a los supuestos taxativamente previstos en el art. 3 de la ley 23.098, decisorio confirmado por la Alzada respectiva. El objeto de la presentación radicaba en la interrupción de un tratamiento de rehabilitación de un drogodependiente, y la falta de atención médica de un problema urológico padecido por el denunciante, como así también la obstaculización del contacto entre el detenido-denunciante y su defensor de confianza.-

La C.S.J.N., dejó sin efecto la sentencia apelada, afincada en la protección de la dignidad y el respeto de la persona, principios con los que se debe cumplirse toda privación de libertad. Para el caso que nos ocupa son destacables los siguientes considerados: *“Que cabe señalar que la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, concede al interno el derecho a la salud, y obliga a proporcionarle oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos, como así también, a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su abogado, respetando la privacidad de esa comunicación sin otra restricción que la dispuesta por el juez competente (arts. 143 y 158).”* (Del voto de los Dres. Belluscio y López). *“Que idéntica gravedad reviste la afirmación de G. con relación al incierto destino de sus pedidos de entrevistarse con su defensor. Las limitaciones injustificadas de la comunicación del detenido con el exterior constituyen por sí solas motivo suficiente para considerar indebidamente agravadas las condiciones de detención (conf. doctrina de Fallos: 318:1894); pero si, además, lo que se había denunciado era la obstaculización por parte del personal penitenciario del contacto del detenido con su abogado, la entidad de la lesión a los*

⁶⁸ De tal modo, y sin perjuicio de lo que se diga luego, lo sostuvo la C.I.D.H. destacando el carácter excepcional, y los graves efectos psíquicos y morales que ocasiona en sujeto pasivo, en los casos: “Maritza Urrutia” -27/11/2003-, “Bámaca Velásquez”, “Cantoral Benavidez” -nº 69, 18/08/2000-, “Faires Garbis y Solís Corrales” -13/03/89-, “Godínez Cruz”, “Suárez Rosero vs. Ecuador” -12/11/97-.-



derechos constitucionales del demandante exigía una reacción inmediata, que iba más allá del mero hacer saber al defensor oficial la existencia de un pedido de audiencia.” (Considerando 11 del voto de la mayoría).-

Art. 143.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

4º.- El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena (primer supuesto), o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto (segundo supuesto).”.-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

La norma proviene del proyecto Tejedor, el que traía un supuesto análogo al actual –aunque refería a “sentencia ejecutoriada” y al “jefe de penitenciaría-*s*, y al igual que el Código de 1886, lo incluía entre los “abusos de autoridad”.-

Fue mantenido en los proyectos de 1891 y de 1906. El Anteproyecto del Código Penal de 2006, conserva la actual redacción, aunque lo incorpora como *art. 129 apartado d*, y al igual que en el caso del supuesto precedente aumenta la penalidad elevándola a cinco años de prisión⁶⁹.-

Bien Jurídico Protegido. Remisión y Crítica.-

Es lo que respecta a este tema, no debe apartarse de lo expresado en general para las figuras bajo análisis hasta el momento. Aunque sí parece razonable la *crítica* que parte de cuestionar la afectación que le pudiere generar al bien jurídico protegido en el Título una conducta como la que se reprime en el primer apartado, por lo que se ha opinado que pareciera elevarse al grado de delito una falta administrativa fácilmente solucionable⁷⁰.-

⁶⁹ La única modificación resulta el cambio del término “reo” por “culpable” (Baigún-Zaffaroni).-

⁷⁰ Rafeas, obra citada, pág. 369, aludiendo de manera crítica a la falta de actualidad del tipo penal, en virtud que resulta de mayor importancia, el respectivo computo de pena y su auto aprobatorio –pues de estos se derivan la pena que resta cumplir-, que la existencia del testimonio de la sentencia. De otra opinión, Donna Edgardo (ob. citada, pág. 162) al remarcar la gravedad de la lesión de la maniobra reprimida, en tanto bien jurídico “libertad individual”, toda vez que la firmeza del auto condenatorio y la capacidad de la persona de someterse a la ejecución, son los requisitos procesales básicos e ineludibles para que el condenado comience válidamente a cumplir la pena impuesta.-



En lo que atañe al segundo caso estipulado, la atención deberá posarse, como se verá, especialmente en el interés objeto de resguardo a condición de verificarse su tipicidad objetiva.-

El artículo transcripto regula dos conductas punibles claramente diferenciables, y que por sus características dispares, a fin de clasificar la exposición deberán ser abordadas separadamente: **a) recepción indebida o irregular; y b) colocación indebida**, de reos.-

• **Primer Supuesto: “recepción indebida o irregular de reos”.-**

Sujeto activo.-

Se trata también de un *delito especial propio*, pero no sólo se requiere la calidad de *funcionario público* (art. 77, C.P.), sino en particular, ser el responsable de un establecimiento penitenciario, o bien su reemplazante.-

Los términos del artículo son claros, está dirigido al “...*jefe de prisión, u otro establecimiento penal... o su reemplazante...*” siempre que esté destinado a alojar condenados. Se considera que la referencia normativa impone una interpretación restrictiva y taxativa de los posibles integrantes del círculo de autores del delito.-

Al aludir al *reemplazante*, la norma admite la posibilidad de que el sujeto activo sea quien no detentando tal designación jerárquica, lo sustituya en esa tarea: el funcionario que se encuentre facultado específicamente para esa decisión⁷¹, sin que baste un mero poder de hecho.-

-

Sujeto Pasivo.-

Sólo resultan sujetos pasivos del delito, atento la redacción utilizada, aquellas personas *condenadas* privadas de su libertad por sentencia firme y con pena pendiente de cumplimiento.-

Por lo que no se incluyen supuestos en los que se trate de personas procesadas no condenadas, ni destinadas a cumplir medidas de seguridad⁷², ni mucho menos de quienes estén

⁷¹ Marín, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Este último, lo describe como el funcionario que está obligado a comprobar la presentación del testimonio válidamente extendido y su correspondencia con la persona que se le entrega, cualquiera que sea su jerarquía (texto aludido, pág. 295).-

⁷² Rafecas (siguiendo a Soler -IV 1983:47- y a Moreno -1923:381-), Buompadre, Donna. En relación a la posibilidad de que el *procesado* sea incluido en este tipo ver Estrella-Godoy Lemos, texto mencionado pág. 91, haciendo hincapié en que la delictuosidad de la norma reside en la irregularidad del proceder del funcionario.-



cumpliendo la pena en libertad. Una lectura acorde al principio de estricta legalidad, permite concluir que la intención legislativa al mencionar la expresión reo es la de incluir sólo condenados⁷³.-

Tipo Objetivo.-

El artículo castiga el jefe de prisión u otro establecimiento penal –o su reemplazante-, cuando recibiere a un condenado sin el respectivo testimonio de la sentencia firme impuesta. Es decir, que el establecimiento sobre el que se construye la figura es una *detención legítima y perfectamente válida*, y en donde el sujeto pasivo ha recibido sentencia adversa a sus intereses, siendo trasladado al establecimiento pertinente para su cumplimiento.-

El *verbo típico* está delineado en la *recepción* del reo sin ese requisito, lo que se verifica ante su admisión o ingreso, sin que sea necesario el alojamiento del mismo.-

La referencia al “*testimonio de la sentencia firme*”⁷⁴ alude a la constancia documental en que se plasme copia o transcripción de la sentencia condenatoria impuesta, la que generalmente incluye el respectivo cómputo de pena y la fecha de agotamiento de la misma⁷⁵.-

Se propone que no sólo la ausencia o faltante del testimonio viabiliza la atribución de responsabilidad penal al funcionario receptor, sino también cuando no se encuentre debidamente autenticado o por algún motivo éste sea inválido⁷⁶.-

Como está redactada la norma, no configura el tipo penal el *mantenimiento* de la detención sin el respectivo testimonio si la autoridad lo tuvo al momento de la recepción.-

Comprende establecimientos penales en general, esto es cárceles, penitenciarias o unidades penales, en tanto estén destinados al cumplimiento de la pena.-

Tipo Subjetivo.-

⁷³ Rafecas llega a la misma conclusión fundándola en que si bien la acepción “*reo*”, resulta –con una interpretación profana- abarcativa de procesados y condenados, un razonamiento integrador que considere la redacción global del artículo y en el que se atienda a la voz empleada por el legislador a lo largo del mismo (*pues, tanto antes del inciso cuarto como en lo ulterior alude a “preso o detenido”*) (obra citada, pág. 370).-

⁷⁴ Rafecas, critica el término utilizado, siendo que a su parecer en la actualidad se habla de *copia de sentencia*, proponiendo que sea asociada la expresión con referencia al art. 494 -segundo párrafo- del CPPN (ob. citada, pág. 369).-

⁷⁵ Creus expresa que se trata de un *exigencia formal de internación*, que puede estar constituido por una copia autenticada de ella o de su parte resolutiva o por la mención circunstanciada de ésta contenida en la orden que dispone el ingreso, expedida por autoridad competente (estas formalidades dependen de las reglamentaciones locales) (obra citada, pág. 294).-

⁷⁶ Estrella-Godoy Lemos, Donna, Creus.-



Estamos en presencia de un delito *doloso*, en el cual el autor debe conocer la ausencia del testimonio y tener la voluntad de recibir al reo. Sin perjuicio de las divergencias sobre el punto, se puede admitir su comisión con *dolo eventual*⁷⁷.-

No se prevé su figura imprudente.-

Autoría y Participación.-

Será *autor inmediato o directo* del tipo penal reseñado el funcionario público –que colmando las exigencias relativas al grado jerárquico repasadas- dolosamente incurra en otorgar el permiso de admisión, conociendo la carencia o vicios de la formalidad apuntada⁷⁸.-

La *coautoría funcional* parecería posible sobre la base del mutuo acuerdo de esos funcionarios públicos que mediante el reparto de tareas desoyieran el mandato prohibitivo.-

También se vislumbra realizable que la figura sea cometida mediante *autoría mediata*, sin presentar dificultades –siempre que se den las particularidades exigidas para el instituto- en los casos en los cuales los intervenientes (*autor mediato e instrumento*), o bien sólo el primero, revista el carácter autoral requerido como elemento del tipo⁷⁹.-

Las distintas formas de la participación –*instigación y complicidad*- de igual manera podrían hallarse vinculadas sin inconvenientes a este delito. Huelga reiterar, que es preciso no perder de vista el concepto de referencia en virtud del cual permanece el aporte del tercero –*sea esencial o de cualquier otro modo, arts. 45 y 46 del fondal*- ligado a un hecho principal doloso ajeno.-

Consumación y Tentativa.-

Se trata de un delito *mera actividad*, que se *consuma* en el momento de recibir al reo sin estas formalidades⁸⁰.-

⁷⁷ Estrella-Godoy Lemos, Núñez. En contra, Baigún-Zaffaroni, Creus y Donna, quienes expresan la dificultad de encontrar supuestos en los que el funcionario actúe con esa clase de dolo.-

⁷⁸ Según Creus, pueden darse situaciones de error que eliminan la culpabilidad (p.ej., que la persona recibida sea un homónimo de otra con la cual se la confunde y que es la que figura en el testimonio acompañado), y hasta de *error iuris* (sobre la validez formal del testimonio o sobre la competencia del funcionario que aparece autentificándolo).-

⁷⁹ Es del caso recordar, las diversas posiciones que rondan sobre el tema, las que van desde propiciar la impunidad del *hombre de atrás*, hasta proponer soluciones por la vía de aplicación de los delitos contra la libertad (coacción art. 149 bis del CP), sin perder de vista las posturas que admiten su complicidad, o bien aquellas que resuelve los problemas acudiendo a la figura del "*determinador*" (Creus Carlos, Derecho Penal Parte General, 3º edición, Astrea, pág. 406).-

⁸⁰ Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Marín, Buompadre -quien critica a Núñez por exigir el alojamiento del reo para la consumación del ilícito extendiendo el grado de consumación del delito-. El requisito de su alojamiento también es exigido por Creus (obra aludida, pág. 294).-



Es discutida la aceptación de la *tentativa*⁸¹.-

No obstante, la cuestión relativa al perfeccionamiento delictivo, está íntimamente vinculada a la necesaria afectación al *bien jurídico* que debe exigirse por imperio del principio de lesividad. En este escenario es criticada por Rafecas la interpretación que no considera ese perjuicio, pues sería admitir que se trata de un delito de peligro abstracto y desconocer la ubicación sistemática dada por el legislador a la figura y la realidad penitenciaria en tanto que muchas veces en la práctica implicaría para el detenido una mejora en sus condiciones de alojamiento⁸².

Particularidades de la Figura.-

Escasa aplicación en la praxis judicial.-

Resulta una figura de escasa aplicabilidad, conclusión a la que no es difícil arribar, si se repasan las deficiencias y peculiaridades que fueran apuntadas *ut supra*, particularmente las limitaciones en cuanto a los sujetos intervenientes.-

A este panorama debe añadirse las críticas que se ensayan en cuanto al limitado atropello al bien jurídico que pretende tutelar.-

- **Segundo Supuesto: “colocación indebida de condenados”.-**

Sujeto pasivo.-

El *inciso 4º del art. 143 del C.P.*, además de abarcar al supuesto anterior –recepción indebida o irregular-, estipula juntamente la “*colocación indebida de reos*”. De allí que, al igual que la hipótesis previa, sólo abarca *condenados privados de libertad con pena pendiente de cumplimiento*⁸³.

Se ha justificado la exclusión actual de los *procesados* como sujeto pasivo de la figura en una circunstancia histórica y legislativa, ya que sería consecuencia de que la *ley nº 14.616* trasladó la previsión hasta su existente ubicación -en la que solo se alude “*reos*”-. Hasta ese entonces se incluía

⁸¹ En contra de su verificación Núñez, Marín. La estiman viable Baigún-Zaffaroni. La misma tesis es predicada por Creus, señalando a modo de ejemplo el supuesto en que cuando la intervención de otro funcionario impide el ingreso mientras se está realizando la recepción mediante las anotaciones en los libros del penal, antes de proceder al alojamiento de la persona.-

⁸² Rafecas, obra citada, págs. 370 y ssgtes., señalando que en la misma postura se sitúa Ure, aunque sin aludir a la objeción sistemática. Asimismo, es destacable el esfuerzo del autor por agrupar los casos en que se intenta justificar la afectación al bien jurídico, que como se adelantara son objeto de duros cuestionamientos.-

⁸³ Rafecas, Soler, Núñez, Creus. Se remite en lo medular a lo expuesto anteriormente en el primer supuesto en este apartado. Estrella-Godoy Lemos, expresan que algunos autores -entre los que menciona a Ure y Vázquez Iruzubieta- afirman la posibilidad de incluir a procesados apuntalando su opinión en la realidad penitenciaria nacional.-



a toda persona sometida a proceso pues se situaba en la parte final del inciso dedicado al castigo de severidades y vejaciones⁸⁴.-

Sujeto Activo. Remisión.-

Siendo que la norma regula juntamente ambos supuestos, sobre los posibles postulantes como autores del delito en estudio ver lo dicho previamente en el primer supuesto.-

Tipo Objetivo.-

La faz objetiva de la figura queda colmada con la colocación del condenado en lugares del establecimiento penitenciario que no sean los señalados a ese efecto.-

Por lo que la acción típica es “*colocar*”, entendida como ubicación o alojamiento en esos sitios indebidos del reo.-

Los lugares del establecimiento en donde se los coloca, son aquellos que reglamentaria o legalmente difieren de los determinados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al reo, o estipulados para la aplicación de sanciones correctivas disciplinarias.-

Pero una vez más debe señalarse que, para su aplicación es menester la verificación en el supuesto de hecho de una efectiva *conculcación del bien jurídico* –sin perder de vista que sigue siendo la libertad individual-, escenario que se evidenciaría a partir de un *empeoramiento de las condiciones de detención* del reo⁸⁵.-

Por ello, para dar por cumplido el extremo imputativo en abordaje, el sujeto activo deberá:

- i)* colocar al reo en un lugar no previsto para ello,
- ii)* pero además deberá tener disponibilidad en el lugar correspondiente, y
- iii)* que esa decisión sea perjudicial para la situación del detenido⁸⁶.-

Consumación y Tentativa.-

⁸⁴ Rafecas, obra citada, pág. 276.-

⁸⁵ Rafecas, Creus, Buompadre, Marín, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Baigún-Zaffaroni, Núñez. En cuanto a las circunstancias que pueden constituir ese agravamiento de la detención, si bien deben ser valoradas en el caso concreto, de manera general es dable admitir todo tipo de cercenamiento de derechos, como puede concretarse si se reducen las actividades diarias del detenido. Es interesante el comentario de Donna, sobre dos supuestos extremadamente delicados, cuales son los casos de menores alojados con detenidos mayores de edad, y de los acusados de cometer delitos contra la integridad sexual mezclados con la población carcelaria común.-

⁸⁶ De lo contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda derivar el proceder del funcionario de tipo administrativa, o aún de índole penal aunque subsumible sólo en un puro ilícito contra la Administración Pública, el comportamiento no será típico en esta figura del capítulo V. Creus menciona como ejemplo, el de colocar al condenado peligroso en una granja con sistema de semilibertad.-



Es un delito *permanente*, que se consuma con el simple acto de colocación del detenido en esos espacios del establecimiento⁸⁷, y se prolonga mientras perdure.-

Se admite la *tentativa*⁸⁸, lo que sería aceptable si se piensa en supuestos en los que el agente adopte las medidas del caso a fin de disponer la colocación del reo, aunque sin conseguirlo por razones ajenas a su voluntad.-

Autoría y Participación. Remisión.-

Son idénticas las consideraciones que merece esta norma con las realizadas en la ocasión anterior en lo que tiene que ver con los distintos supuestos de co-delincuencia que pueden experimentarse en la práctica.-

Particularidades de la Figura.-

Subsidiariedad implícita con los apremios y vejaciones.-

Se presenta una particular relación con el art. 144 bis incs. 2 y 3º, del C.P., en tanto castigan las *severidades y vejaciones*, pues el tipo penal en análisis es subsidiario de estas figuras. De tal modo, al verificarse un aumento efectivo e injustificado del sufrimiento del detenido, excediendo el que se halla ínsito en la colocación indebida del condenado, siempre será permitido subsumirlo como una vejación o severidad según el caso⁸⁹.-

En esos casos, la comisión de estos delitos se transforma en un techo, absorbiendo todo el contenido del injusto, y dando lugar a un *concurso aparente* de normas⁹⁰. Lógicamente si se dan los requisitos que serán detallados para las torturas, podrá incluso ser encuadrada en el art. 144 ter del fondal.-

Por lo demás, similar crítica que a su predecesor corresponde efectuar atendiendo a su *escasa aplicabilidad*, ya no sólo apuntalada en el estrecho margen de aplicación en función de los

⁸⁷ Buompadre, Creus, Estrella-Godoy Lemos, Núñez.-

⁸⁸ Donna, Núñez, Creus.-

⁸⁹ En este contexto resultan atinadas las valoraciones de Soler sobre el punto al mencionar: “En el inc. 4º se han reunido las figuras que componían antes los incs. 6º y 5º, última parte, remitiéndose al artículo siguiente la primera, relativa a severidades, vejaciones y apremios. Para que esta separación resulte fundada, tomando en cuenta las diferentes escalas penales de los arts. 143 y 144 bis, parece razonable ahora distinguir las vejaciones y severidades que han quedado en el art. 143 sobre la base de considerar que estos hechos consistan exclusivamente en un abuso de autoridad o un específico incumplimiento de deberes, sin que además comporten una tortura o una vejación. Por lo tanto, colocar al preso en un lugar del establecimiento no puede ser colocarlo en una situación que aumente efectiva e inmerecidamente el procedimiento. Colocar al preso en celda oscura de castigo sin que haya cometido la falta que lo autorice, es acción que caerá bajo las penas mayores del artículo 144 bis.” (autor y obra citada, pág. 49).-

⁹⁰ Rafecas, Soler, Marín, Creus.-



intervinientes como víctima y victimario, sino también a su vinculación señalada con las severidades y vejaciones.-

Art. 143.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

5º.- *El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad, que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo flagrante delito.*“.-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

El inciso proviene del proyecto Tejedor, y también lo incluían el Código de 1886, y los proyectos de 1891 y 1906⁹¹. El Anteproyecto del Código Penal de 2006, lo incorpora como *art. 129 apartado “e”*, previendo una sanción de hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico. Remisión.-

No merece consideraciones particulares, por lo que se remite a lo mencionado.-

Sujeto Activo.-

Sólo pueden ser autores del ilícito los funcionarios públicos, aunque en el caso puntual del *inciso 5º* se castiga particularmente al “...alcaide o empleados de cárceles de detenidos y seguridad...”. Veamos:

a) En cuanto a la expresión “*alcaide*” debe ser entendido como el *jefe de la alcaidía o cárcel de encausados*, por lo que reviste prístina identidad con el sujeto activo de la figura del inciso 4º analizado previamente⁹².-

⁹¹ Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 333.-

⁹² Buompsonde, obra citada, pág. 532. Estrella-Godoy Lemos, mencionan que para el caso que exista en el establecimiento director o jefe, también quedarán comprendidos por ser también empleados (obra citada, pág. 93). Finalmente Creus, menciona que es el jefe del establecimiento de detenidos, nombre tradicional que aún sigue usándose, pese a que administrativamente se menciona con él al que ejerce directamente la custodia de los detenidos en cualquier establecimiento de detención aunque no sea su director.-



b) Se propugna, en general, una interpretación restringida al referirse a los *empleados* de los sitios mencionados como sujetos activos de la infracción, abarcando únicamente *agentes penitenciarios con facultades de recibir detenidos*, y no aquellos dedicados a otras tareas ajenas a esa función específica⁹³.-

Sujeto Pasivo.-

Se postulan como víctimas del ilícito, atento la ampliación que se origina en comparación con el inciso anterior ante el retome escriturario a la expresión *preso* utilizada en el texto legal, *toda persona privada de su libertad procesada* –cualquiera sea el estado procesal- aunque sin condena⁹⁴.-

Tipo Objetivo.-

Consideraciones generales de la tipicidad objetiva.-

Se exige para su verificación la *recepción del preso* en un establecimiento carcelario de detenidos y seguridad, *sin la orden* de la autoridad competente.-

Esta última expresión está limitada al aval judicial respectivo, esto es a la autorización escrita del magistrado a cargo de la causa en virtud de la cual se dirige la imputación penal al detenido disponiendo su alojamiento, o bien de otra autoridad judicial pertinente acorde al diseño procesal⁹⁵.-

Resta señalar únicamente en cuanto a esta referencia normativa, que es propiciada la aplicabilidad de la figura también en los casos donde el permiso presente *algún vicio o defecto formal* que devenga en su invalidez⁹⁶, como podría ser aquel que recayere en los datos del alojado. El *error* no sería invocable frente a casos de manifiesta ilegalidad –ej. ausencia de la firma autorizante⁹⁷.-

⁹³ Donna, Estrella-Godoy Lemos, Rafecas, Buompadre -quien indica en la opinión opuesta a Moras Mom-Damianovich, y cita ejemplificativamente el caso, atípico, del *ordenanza o del escribiente* que realizaran el comportamiento descripto.-

⁹⁴ Buompadre, Soler. Sostienen Estrella-Godoy Lemos, que la figura solo excluye al condenado con sentencia firme, el que ya sería incluido en el supuesto del artículo anterior, y comprende al que condenado sin sentencia firme -por estar sometido al régimen de prisión preventiva- (texto aludido, pág. 93). Rafecas, precisa que la diferencia radica en que el sujeto pasivo no estará sujeto al régimen legal de ejecución de pena. Aunque afirma que, a diferencia del inc. 4º -primera parte- en donde no se incluye al procesado, es típico el caso del condenado recibido en cárcel de procesados por ser un preso (obra mencionada, pág. 374). Baigún-Zaffaroni, aluden a la “*persona presa*” por lo que no diferencian entre condenadas o con causas en trámite como si lo hace el primer supuesto del inciso cuarto (obra citada, pág. 333).-

⁹⁵ Se sostiene que de este modo se incluye en la redacción un elemento de *recorte de la anti juridicidad*, el que si bien es exigido a nivel de la tipicidad, no agota la valoración de la antijuridicidad de la conducta. Ello pues, un supuesto podría superar el nivel típico, por no existir orden de autoridad competente, pero su accionar podría estar justificado de otro modo (Rafecas, obra citada, pág. 373, siguiendo a Jescheck).-

⁹⁶ Estrella-Godoy Lemos, Creus.-

⁹⁷ Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 336.-



La ley habla de “...cárceles de detenidos y seguridad...”, lo que debe ser entendido en un sentido comprensivo de todo establecimiento destinado a su alojamiento, siempre que no sea para el cumplimiento de pena privativa de libertad⁹⁸.

Debe coincidirse, en que queda claro que se descartan los casos en donde la recepción del detenido tenga lugar en centros de detención que no sean exclusivamente destinados a esa finalidad: *clínicas psiquiátricas, régimen de rehabilitación cerrado, comisarías, o institutos de menores*⁹⁹. Aunque si calificarían los establecimientos psiquiátricos cerrados dependientes del servicio penitenciario en los supuestos de encierro por aplicación del supuesto del art. 34 inc. 1º del CP¹⁰⁰.

Expresión final: “caso de flagrante delito”.-

En cuanto a la locución incorporada en la parte final del artículo, como excepción al mandato prohibido: cuando se trate de *flagrante delito*, debe completarse con la incorporación de la normativa procesal respectiva que será la que determinará en qué casos pueda calificarse de tal modo (*arts. 153 y 154 del CPPBA, y 285 del CPPN*). Sin perjuicio de ello, en virtud de las conductas reprimidas en los restantes tipos penales del artículo y de la normativa procesal vigente, resulta extremadamente reducida la aplicabilidad de esta salvedad en la práctica, pues quedarían excluidos agentes policiales y judiciales.-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, siendo que se integra el requerimiento del aspecto subjetivo con el conocimiento del agente de la recepción del preso sin el aval pertinente. Sería viable completar este aspecto mediante *dolo eventual*.

Autoría y Participación.-

Partiendo de la circunstancia de que el tipo penal castiga la recepción de un preso en un establecimiento carcelario sin la orden de la autoridad competente, redundan de manera patente las

⁹⁸ Estrella-Godoy Lemos, explican que abarca la recepción irregular del detenido en establecimientos que también alojan condenados (obra aludida, pág. 93). Rafecas señala que la referencia normativa del término “cárcel” se encuentra en el *arts. 178 y 180 de la ley n° 24.660*, aludiendo al objeto de estos establecimientos, cual es *retener y custodiar* personas sometidas a proceso. En igual sentido Baigún-Zaffaroni.-

⁹⁹ Rafecas, obra citada, pág. 374.-

¹⁰⁰ Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 334.-



similitudes con la figura del *art. 143 inc. 4º, primer supuesto* –“recepción indebida de condenado”-. Siendo ello así derivamos el estudio de este apartado al tratamiento expuesto en esa oportunidad.-

Sólo amerita la referencia al empleado que no cumple la función de recepción y carece de competencia, podrá ser posible de responsabilizarlo por la participación en una privación ilegítima de libertad, o podrá incurrir en delito contra la Administración Pública (art. 246, inc. 3º)¹⁰¹.-

Se ha mencionado que el *art. 144 bis, inc. 1º, CP*, desplazaría la figura del *art. 143, inc. 5º, CP*; caso que se presentaría cuando el sujeto activo de esta última figura procediera además a privar ilegalmente de la libertad¹⁰².-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* con la recepción del preso sin las aludidas formalidades¹⁰³.-

Debe resaltarse que se vislumbra admisible la *tentativa*¹⁰⁴.-

Particularidades de la Figura.-

Ya hemos mencionado la deficiencia en la *técnica legislativa* empleada y la *escasa aplicabilidad* que caracteriza a varias de las figuras que integran el art. 143 del código de fondo.-

Pero quizás sea ésta la que en este aspecto sobresalga del resto. La crítica se vale esencialmente en la voz de cierre de la norma, de allí que resultan objeto de discusión no sólo su utilidad sino las hipótesis que encuadrarían en la excepción. Así, mientras cierta parte de la doctrina nacional la estima inaplicable y obsoleto¹⁰⁵, otro sector intenta establecer cuáles son los casos comprendidos¹⁰⁶.-

¹⁰¹ Supuesto mencionado por Creus, obra citada, pág. 296.-

¹⁰² Creus, pág. 296.-

¹⁰³ Núñez, Marín, Buompadre. Creus entiende al igual que en el supuesto del 143, inc. 4º ya analizado, que se consuma con el alojamiento del detenido.-

¹⁰⁴ Donna, Baigún-Zaffaroni y Creus, quienes creen posible la tentativa (obras citadas, pág. 167, 337, y 296 respectivamente). Núñez y Marín de opinión opuesta.-

¹⁰⁵ Rafecas, realiza una crítica de descarte del supuesto, invocando la obligación procesal de ponerlo a disposición de autoridad judicial competente; y concluye en que es un arcaísmo de los más notorios del código pero a la vez inofensivo, sin aplicación práctica, e inválido por imperio de la garantía del debido proceso (obra citada, pág. 376).-

¹⁰⁶ Soler alude al caso del particular que aprehendiere en flagrancia cuando no pudiere entregarlo a otra autoridad (obra citada, pág. 50), Laje Anaya y Gavier refieren a la aprehensión efectuada por personal del servicio penitenciario (Rafecas, obra mencionada, pág. 376). Por su parte, Buompadre, Creus, y Estrella-Godoy Lemos se limitan a mencionar que estos casos en los que el funcionario –en sentido genérico- o el particular lograren aprehender a una persona, son autorizado por ley.-



Art. 143.- “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

6º.- El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.“.-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

Proviene del Proyecto de 1891 (*Inc. 10º del antiguo art. 143*), siendo que la ya aludida *ley n° 14.616* lo pone en la situación actual.-

El Anteproyecto del Código Penal de 2006, lo incorpora como *art. 129 apartado f*, previendo una sanción de hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Continúa siendo el centro de resguardo la *libertad individual*, remitiendo a lo ya expuesto en oportunidades anteriores. Sí debe destacarse, que el norte perseguido por el legislador ha sido reprimir las conductas de funcionarios públicos reticentes a colaborar en el descubrimiento de una detención ilegal, o bien que se nieguen a adoptar conductas que pudieren haberla evitado, contribuyendo -de manera indirecta- a su prolongación.-

Sujeto Activo.-

También la literalidad de la norma habla de funcionario competente que tuviere noticias de una detención ilegal. Debe inclinarse por una postura doctrinaria que exige una vinculación especial entre el sujeto activo y los sucesos reprochados, sea porque tenga obligación de hacerlos cesar o la de dar cuenta a la autoridad que deba resolver.-

En lo que respecta a esta *competencia funcional* que impondrá y determinará el mandato normativo, se han reconocido distintas fuentes de las que puede originarse. De tal modo, se destaca que puede derivar del ámbito *procesal penal* o *procesal administrativo*¹⁰⁷:

a) Dentro del primero, quedan abarcados jueces, fiscales, y el personal policial a cargo de la investigación en la jurisdicción territorial en que se comete la detención ilegal: La regla es que la

¹⁰⁷ Rafecas, obra citada, pág. 379.-



conducta exigida es la de *hacer cesar el delito*. Aunque según el caso, el agente deberá previamente *dar cuenta a la autoridad* que deba resolver –segundo mandato legal- (vgr. el personal policial deberá previamente solicitar orden judicial de allanamiento para irrumpir en la morada en donde se encuentra la persona en cautiverio).-

b) Dentro del segundo grupo, quedan comprendidos los funcionarios jerárquicos de los que depende la unidad operacional en que acontece el delito, sean integrantes de la misma fuerza o bien autoridades superiores ministeriales. También aquí se prevén las dos vías señaladas anteriormente para esquivar el alcance del tipo: *hacer cesar la detención ilegal o poner el conocimiento de quien pueda hacerlo*, reservadas respectivamente para las autoridades superiores de la misma fuerza, o bien de rango superior o intermedio del órgano administrativo o ministerio del que ésta depende.-

Ahora bien, lo afirmado no implica exigir que el funcionario al obrar indebidamente tenga estar *en desempeño de sus funciones*; por lo que, si no lo está, siempre que se mantenga su competencia por la *proximidad de sus deberes funcionales* para la protección del bien jurídico continuará vigente el mandato legal¹⁰⁸.-

El sujeto activo de esta figura en el origen es *ajeno a la detención ilegal*, la que es llevada a cabo por un tercero¹⁰⁹.

Sujeto Pasivo.-

Será la persona que se encuentre privada de su libertad en virtud de una *detención ilegal*, este es el presupuesto del que principia la atribución de responsabilidad penal en cabeza del funcionario.-

Tipo Objetivo.-

Características generales: delito omisión pura.-

Es un delito de *omisión pura*, pues importa un mero incumplimiento al hacer positivo ordenado¹¹⁰.-

¹⁰⁸ Ibídem. Además menciona el jurista, en una idea contraria y que se inicia en la literalidad de la ley, a Fontán Balestra, quien suprime la calidad de que el funcionario *sea competente* para denunciar el hecho a la autoridad que deba resolver, lo que es criticado por la ampliación inusitada del tipo penal.-

¹⁰⁹ Donna, Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos. Menciona Rafecas que deberán seguirse las reglas de la teoría de la imputación objetiva para atribuir el resultado lesivo, en virtud de lo que se le atribuye la prolongación de la situación de cautiverio, ya que a pesar de su competencia funcional para abortar el delito, o dar cuenta a aquella autoridad que pueda hacerlo, permanece con su comportamiento omisivo aumentando el riesgo jurídicamente permitido. Soler, obra citada, pág. 50, alude a que el agente realiza una actuación posterior sin promesa previa expresa o tácita, lo que la distingue de una *connivencia*. Agregan Baigún-Zaffaroni que podría verificarse un acuerdo coetáneo.-

¹¹⁰ Estrella-Godoy Lemos, Marín. En contra Baigún-Zaffaroni, considerándolo como omisión impropia.-



En este sentido, se ha enseñado que la figura está construida como un delito de *infracción al deber en sentido estricto*¹¹¹, por cuanto es indistinto si el sujeto una vez advertida la detención ilegal no hace nada en absoluto o realiza una acción que no implique el cumplimiento del mandato legal¹¹².-

Desdoblamiento de las omisiones típicas.-

El mandato imperativo del tipo penal dependerá de la competencia del funcionario, que oscilará en: **I) Hacer cesar** la detención ilegal, o **II) Dar cuenta** a la autoridad que deba resolver¹¹³. La determinación estará condicionada por el *ámbito* en el que se desempeñe y la jerarquía que ocupe dentro del mismo, extremos ya tratados en el apartado dedicado al sujeto activo.-

Tratándose de la segunda opción, cumplida con la conducta legal impuesta, se libera de su posicionamiento de garante y lo transfiere al receptor de la novedad. En tanto en la primera variante, la exigencia será mayor aunque el cese de la ilegalidad de la detención, no siempre lleva al recupero de la libertad de la persona.-

Como ya se dijo la *preexistencia de una detención ilegal, de la que es ajena el agente*, es exigida como presupuesto de procedencia y elemento objetivo del tipo. Se incluyen todas las detenciones ilegales previstas en el título, es decir las infracciones encuadrables en el *144 bis inc. 1º, las del 143 inc. 1º y 2º del C.P.*, pues constituyen *estados de detención ilegal*¹¹⁴.-

Mandato legal: su nacimiento y cese. Conocimiento de la detención ilegal.-

Los verbos típicos utilizados: *omitir, retardar o rehusar*; denotan en cualquier caso la *reticencia funcional* a interrumpir el iter delictivo aún en curso¹¹⁵.-

Las conductas son ordenadas y reprochables desde que el agente toma *conocimiento* de la detención ilegítima. Pero además, se establece un *término* al mandato legal -fundado en el objeto del

¹¹¹ Ver sobre el tópico Roxin Claus, obra citada, pág. 385.-

¹¹² Rafecas, texto aludido, pág. 378.-

¹¹³ Buompadre, obra citada, pág. 533, sostiene tomando a Fontán Balestra, que la figura se trata de una sola hipótesis delictiva, que se caracteriza por conductas alternativas, siendo que en ambos casos el funcionario tiene competencia para hacer cesar la detención. El argumento radica en que todo funcionario que tenga conocimiento de un hecho delictivo está obligado a denunciarlo ante la autoridad competente, sino fuera competente quedaría abarcado en el 277 del CP.-

¹¹⁴ Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Expresando éste ultimo la inclusión de toda privación ilegal, sea ilegítima desde el comienzo o que adopte esa condición en lo ulterior, siendo que la ley al hablar de detención, se refiere a cualquier privación de libertad (a título de cumplimiento de pena o de cualquier otro), en que el sujeto pasivo se halle a disposición y bajo la guarda de otro funcionario (obra citada, pág. 298).-

¹¹⁵ Rafecas, obra citada, pág. 379, refiere que la letra del texto legal ha recibido críticas por la deficiencia de la redacción, toda vez que resultarían redundantes, pues retardar o rehusar son variantes del verbo omitir.-



reproche al agente:- es preciso que la detención ilegal de la que toma conocimiento el funcionario *no haya cesado*¹¹⁶.-

Es indistinto la *forma o el medio* por el cual se tomen esas noticias¹¹⁷, pero siempre deberán tener cierta entidad como para considerarlas objetivamente ciertas.-

Ello no implica que el *contenido* necesariamente deba informar sobre la ilegalidad de la detención, pues si no lo hace, igualmente será exigible el comportamiento en la medida en que el funcionario por su calidad especial le conste que lo es¹¹⁸.-

Tipo Subjetivo.-

Es un delito *doloso*, aunque se admite el dolo eventual¹¹⁹. Quedaría configurado cuando al presentarse la situación típica, siendo conocida por el sujeto activo, omita voluntariamente ejercer el encargo impuesto por ley¹²⁰.-

Autoría y Participación.-

Será *autor directo o individual* del delito analizado, el funcionario público que teniendo competencia que incurra en las conductas prohibidas, recordándose que siempre será *ajeno a la detención ilegal* que sirve de base para la atribución de responsabilidad penal¹²¹. Se ha mencionado como encuadrable en este delito el supuesto en el cual el juez no decrete la libertad de una persona que se encontraba rebelde o prófuga que resulte habida, cuando la acción penal o la pena se encontraren claramente prescriptas¹²².-

¹¹⁶ Desde este hito entrará a regir el art. 277 inc. 1º, d, del C.P..-

¹¹⁷ A diferencia de otros delitos, vgr. art. 144 cuarto incisos 2º y 3º, en el que el legislador incorpora en la redacción la expresión “...en razón de sus funciones tomase conocimiento...”, en esta figura se admite un conocimiento meramente informal o extraoficial.-

¹¹⁸ Rafecas, obra citada, pág. 382, postulando que la mera alegación sobre la ilegalidad no colmaría esa exigencia típica. Discrepamos respetuosamente con el autor sobre este punto, pues desde nuestra perspectiva, la especial calidad del sujeto activo y su posicionamiento en relación al bien jurídico imponen la carga de indagar aunque sea mínimamente sobre esa circunstancia despejando la eventual duda. Por su parte, Estrella-Godoy Lemos, plantean graduar la exigencia según el mandato normativo que recaiga sobre el agente –hacer cesar, o dar cuenta a quien deba hacerlo-, siendo que para aquel cuya competencia impida hacerla cesar será más amplia, la obligación nace con la *simple noticia* (obra citada, pág. 94).-

¹¹⁹ Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 347.-

¹²⁰ En contra Buompadre, para quien solo es posible mediante *dolo directo* del agente. Creus refiere que el dolo pide el *conocimiento cierto* (la duda no basta, sin perjuicio de que con ella se incluya la conducta en otras infracciones funcionales que pueden llegar a ser delictuosas, p.ej., la del art. 249, Cód. Penal) de la detención y de su ilegalidad, y la voluntad de no cumplir con las obligaciones que la ley impone al agente (pág. 299).-

¹²¹ De lo contrario será coautor de la detención ilegal en curso. Tampoco se exime de responsabilidad el agente cuya competencia reside en dar cuenta a la autoridad, cuando conoce que ésta está implicada de alguna manera en el delito – rige el principio de confianza- (Rafecas, obra aludida, pág. 378 y 382).-

¹²² Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 316.-



Respeto de la posibilidad de comisión del tipo penal *por autoría mediata*, como establecer una imputación en calidad de coautores, se entiende que no resultaría viable, circunstancia que parte de considerar que la orden legal de actuar nace y recae exclusivamente en la persona -o las personas- del funcionario público que tomen noticias de la detención ilegal cometida por otro.-

El personal subalterno se exime de responsabilidad si da cuenta a su superior cuando no está en condiciones de conocer quién es la autoridad que deba resolver¹²³.-

La *instigación* a que un funcionario omita hacer cesar una detención ilegal o dar cuenta a la autoridad que si deba hacerlo, como también la posibilidad de que se verifique algún grado de colaboración *primaria o secundaria* en esa omisión, parece posible en tanto se determine al autor a tal proceder o se colabore con el funcionario omitente –sea de un modo sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer, o de cualquier otra forma (*arts. 45 y 46 del C.P.*).-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* cuando el autor infringe la conducta legal, es decir en el primer momento en que estando en condiciones de dar aviso a la autoridad o de hacerla cesar, no lo hace¹²⁴; siendo indistinto si esta concluye con ulterioridad por otros motivos.-

Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa*¹²⁵.-

Particularidades de la Figura.-

Diferenciación con la obligación de denunciar genérica (art. 274, C.P.).-

No debe confundirse, en tanto median importantes diferencias con la obligación de denunciar impuesta en cabeza de todo funcionario público (art. 274, C.P.). De tal modo, además de ser diverso el interés tutelar de las normas y correlativamente las expectativas punitivas, existe ausencia de semejanzas en cuanto mientras el funcionario que omite denunciar (*art. 274 del CP*) no responde por el resultado lesivo derivado de su conducta –toda vez que es un delito de peligro, que afecta a la administración pública, y desconectado de la consecuencia lesiva-.-

Por el contrario, en el supuesto del *art. 143 inc. 6º del fondal*, sí lo hace, pues le es atribuible al agente la prolongación de la detención ilegal de la que tuvo conocimiento e incluso se lo amenaza con idéntica sanción punitiva que a los restantes autores del artículo.-

¹²³ Rafecas, obra citada, pág. 382.-

¹²⁴ Buompadre, Rafecas, Núñez, Estrella-Godoy Lemos.-

¹²⁵ Estrella-Godoy Lemos, Creus, Núñez, Marín. Donna, obra citada, pág. 169, y Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 347, por su parte se inclinan por su admisión.-



De allí que solo pueda ser cometida la *detención ilegal por omisión* en tanto aquella cometida por otro funcionario no haya cesado o agotado en sus efectos.-