



Privación Ilegal de la Libertad realizada por Funcionario Público Agravada

Por Gabriel Bombini y Javier Di Iorio

Art. 144: *“Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.”*

Consideraciones Generales del Artículo.-

Operatividad de la norma: agravantes del art. 143.-

El artículo presenta un agravamiento de la sanción penal con la que se reprimen las conductas ilícitas tipificadas en el art. 143 del fondal, estableciendo un incremento en el *máximo* de la escala abstracta figurativa por remisión al art. 142 del mismo cuerpo normativo¹. Es así que, sólo el límite superior se eleva, de los tres a los *cinco años de prisión o reclusión* en caso de verificarse alguna de las hipótesis allí previstas.-

Como puede advertirse se excluye de la enumeración de las distintas circunstancias que motivan su aplicación al *inciso 4º del art. 142*. La cuestión resulta de toda lógica si se repara en que el supuesto discriminado estipula el agravamiento cuando *“...el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública...”*, ello pues mal podría quien detenta tal investidura funcional –requisito esencial de las figuras estudiadas-, fingirla o simularla al momento de la comisión de alguna de las acciones que son encuadradas en el 143.-

Nada dice la norma acerca de cómo opera el agravante sobre la pena de inhabilitación especial por el doble tiempo que prevé el artículo agravado (CP, 143). Dos son las posiciones que se

¹ En caso de darse simultáneamente, a pesar de no duplicar el agravante, podrán ser medidos dentro del estiramiento de la pena que permite la nueva escala (CP, 40 y 41). *“Art. 142.- Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1º. si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza; 2º. si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular; 3º. si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor. 4º... 5º. si la privación de la libertad durare más de un mes.”* Las mismas circunstancias resultan previstas como agravantes en el art. 144 bis, último párrafo, para aumentar las penas de todas sus hipótesis delictivas.-



alzan sobre el punto, una que presume que el silencio legal implica un correlato en el aumento también respecto de esta especie², y otra, que ajustada al principio de legalidad y sobre la base del *favor rei*, estima inapropiada tal ampliación en perjuicio del imputado³.-

En cuanto al *aspecto subjetivo* debe mencionarse, que necesariamente a efectos de permitir achacar al funcionario cualquiera de las hipótesis agravantes, el *dolo* del autor debió haber englobado⁴.-

Finalmente, se han elevado distintas críticas en cuanto a la *desproporcionalidad* de las sanciones en su cotejo con las reguladas para las mismas agravantes estipuladas en el tipo penal no cualificado (*art. 141, 142, CP*), en tanto mientras la conminación que amenaza al funcionario público oscila entre los 1 a 5 años en el caso del 144 y en los 2 a 6 años de prisión para la del art. 144 bis in fine, la figura agravada que sanciona al particular va desde los 2 a 6 años de la misma pena⁵.-

Enumeración de las Circunstancias Agravantes.-

A continuación, se muestran los presupuestos fácticos que permiten el alongamiento punitivo en cuestión:

1º. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza.-

El fundamento del acrecentamiento radica, según el caso, en el *medio* utilizado o en el *propósito* seguido por el autor. De tal modo, se circunscribe su ámbito de aplicación al uso de parte del agente de *violencias o amenazas* (“*bis absoluta*”, o “*bis compulsiva*”, *respectivamente*), tanto por sobre la persona de la víctima como de terceros que estén en condiciones de impedir el delito o intenten hacerlo.-

El primero de los conceptos implica la utilización del autor de una energía física, u otro medio equiparado –narcóticos o hipnosis (*art. 78, C.P.*)-; mientras que el segundo, remite al concepto jurídico clásico, en tanto significa un anuncio de un mal grave, posible e inminente, sobre

² Desde esta óptica se llevaría la pena de inhabilitación especial a un máximo de diez años. Sostienen este posicionamiento Creus, Núñez, Fontán Balestra.-

³ Rafecas, en “La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos”, edit. Del Puerto, 2010, pág. 271; y Donna, Alberto Edgardo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A, Rubinzal Culsoni Editores, 2005, pág. 170.-

⁴ En esta senda de análisis, explica Rafecas que el inciso 6º del art. 143, puede presentar problemas de aplicación, debido a la posición que debe ocupar el autor en la figura, la que si bien lo sitúa como garante del sujeto pasivo no lo será de manera inmediata o directa.-

⁵ Código Penal y Normas Complementarias, Dirección David Baigún y Raúl Eugenio Zaffaroni, comentario de Federico Delgado-Juan Seco Pon-Máximo Lanusse Noguera, Hammurabi, pág. 370.-



la persona o sus bienes, que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél⁶.-

El agente podrá servirse de ambas modalidades en cualquier momento del *iter criminis* sea para cometer la acción típica o para mantener el estado antijurídico de la misma.-

Las *lesiones* que, en forma prácticamente inevitable y sin las cuales no se podría ejercer la *violencia* aludida, son abarcadas por este tipo calificado⁷.-

En cuanto al segmento final del artículo, dedicado a los *finés o motivaciones* del autor, y que alude a los *religiosos o de venganza*, se refiere a los incidentes que influyan en el ánimo del autor a la determinación de cometer el delito.-

Las primeras, se vinculan a asuntos de carácter religioso, en un sentido amplio, y relacionados a la inclinación o creencia que el autor, la víctima o un tercero profesen, independientemente del destino concreto de la conducta⁸.-

La segunda, cuando la motivación que guía al autor es un sentimiento de represalia por un hecho anterior perjudicial a él o a un tercero –con cierta relación con como para provocar su actuación-, cuya supuesta o real causación se atribuye a la víctima o a un tercero a instancia suya⁹.-

2º. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular.-

⁶ Donna, Buompadre, Creus, Núñez. Este último complementa la idea sentando que no es suficiente la energía física *indirecta* que se ejerza sin contacto físico (p.ej., encerrando a la víctima), ni mediante el engaño que la hace errar a la víctima sobre el carácter del consentimiento que presta para el acto.-

⁷ Creus, Soler. Este último, las llama "*lesiones ligeras*" -daños que pueden lógicamente ser considerados como un resultado físico normal de la violencia, como las equimosis pequeñas o escoriaciones-, y menciona que aquellas que excedan ese nivel, concurren materialmente (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, págs. 40/42). Esta inteligencia es cuestionada por otro sector de la doctrina, que entiende que toda lesión que se produce sobre la víctima desatendiendo al daño causado como integrante de la misma privación de libertad, rechazando su absorción por la violencia y propugnan su concurso ideal (Núñez).-

⁸ Son variados las hipótesis que mencionan los autores, sea que la conducta tenga como destino atacar o favorecer una determinada religión, o para posibilitar el desarrollo de un determinado acto o ceremonia, o bien para impedirlo, para difundir o imponer una determinada idea, etc.. Dice Creus: "...sea para apoyar una determinada idea, sea para combatirla, sea por oponerse a cualquier idea de ese carácter (p.ej., la actitud del ateo que combate todas las religiones)...". Soler explica que "...El fin religioso podrá vincularse con los delitos de privación de libertad principalmente con respecto al encierro de que una persona puede ser objeto en un monasterio o del mantenimiento de la clausura a pesar de la expresión de disenso...".-

⁹ Como se ve, se acepta la venganza directa y también la llamada "transversal", y es indiferente que el fin perseguido con la maniobra se consiga o no. Donna y Núñez coinciden en que no es suficiente el odio que pueda evidenciar el autor.-



Se tiene en cuenta para permitir la figura agravada la *calidad del sujeto* sobre el cual se ejercen las conductas castigadas en el artículo anterior. Es así que, se torna imponible cuando el vínculo sea alguno de los siguientes:

a) ascendiente: por consanguinidad, en línea recta y sin límite de grado,

b) hermano: sea que comparta ambos o sólo uno de los padres (hermanastro), y también en casos de adopción,

c) cónyuge: existiendo matrimonio válido y no disuelto, descartándose el concubinato.-

No se encuentran abarcados parientes por *afinidad*¹⁰ ni tampoco los *descendientes* que han sido excluidos de manera expresa de la enumeración¹¹.-

Sobre el cierre, se amplía el marco a un grupo de personas que aunque no definido sí es identificado con la frase “...*otro individuo a quien si deba respeto particular*...”, lo que debe ser entendido como referencia a un vínculo específico –no general- entre víctima y victimario que imponga aquella consideración respetuosa¹².-

3º. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor.-

Se asocia el aumento de la pena al *resultado* derivado del ilícito castigado, por cuanto importe un daño grave, que puede pesar sobre: la persona, la salud o los negocios del ofendido.-

La aplicabilidad de este agravamiento estará *condicionada* a que la circunstancia no constituya otro delito castigado más severamente castigado, lo que tiene motivo con el remate de la norma.-

En todos los casos el perjuicio deberá ser *grave*, es decir, de acuerdo al caso concreto y a las circunstancias particulares deberá revestir cierta entidad. Además, tendrá que derivarse de la actividad ilícita misma del agente y no del medio utilizado para arribar a ese desenlace consumativo ilegal¹³.-

¹⁰ Donna, Buompadre.-

¹¹ De allí que la mayoría de los autores nacionales, señalan que el motivo del agravante no radica en *el vínculo de sangre*, sino en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la víctima. No obstante, siempre será factible tenerla por suplida la omisión en función de la expresión “...*o de otro individuo a quien si deba respeto particular*...” que se establece como corolario de la cláusula.-

¹² De tal modo, se han utilizado diversas expresiones para caracterizar el lazo entre víctima y victimario: “*particular respeto*” (Estrella-Godoy), “*acatamiento personal*” (Núñez), “*respeto especial*” (Donna). Los autores citan como ejemplos incluidos a los *padres adoptivos, tutores y maestros*.-

¹³ En este sentido Creus, quien sostiene que no quedan incluidos los casos en que el daño emerge de la actividad desplegada *para* realizar el ilícito que, si constituye el delito de lesiones, operan en concurso con la privación de



La doctrina comenta que se alude al acaecimiento de un *resultado preterintencional* no abarcado por el dolo del autor¹⁴.-

En cuanto a los supuestos sobre los que puede extenderse el menoscabo, debe decirse que: *i)* para el caso que la afectación recaiga *sobre los negocios* del ofendido implica una perturbación en su ocupación, profesión, empleo o trabajo, produciéndole un perjuicio de carácter económico o patrimonial, que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante¹⁵; y *ii)* mientras que cuando cae sobre la *persona*, afecta bienes jurídicos inherentes a la personalidad, distintos de la libertad misma (por ejemplo, su honor u honestidad), siempre que no se cometan sobre la víctima delitos específicos¹⁶.-

iii) Tratándose del daño sobre la *salud*, la determinación del alcance deberá ser analizada sin perder de vista los diferentes grados de lesiones regulados en nuestra ley penal, considerando la limitación de la parte final del inciso, y partiendo de la base que las *lesiones ligeras* son incluidas en las *violencias del inc. 1º*. Siendo así las cosas, quedarían incluídas las *lesiones leves* –que excedan ese mínimo caudal dañino y representen cierta entidad- y las *graves*¹⁷.-

Claro que no son comprendidas las lesiones culposas o dolosas, aún causadas durante el estado de cautiverio, en forma autónoma o independiente de la privación. En esos casos concurrirán de forma material¹⁸.-

5º. Si la privación de la libertad durare más de un mes.-

El agravante funciona haciendo operar el reproche ante un parámetro esencialmente cuantitativo: la *extensión temporal* de la acción.-

libertad. Coincidentemente, Estrella-Godoy Lemos y Buompadre, para quienes las lesiones culposas o dolosas causadas de forma autónoma e independiente de la misma privación no es incluida por el agravante, y concurre materialmente (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2º Edición, Hammurabi, 2007, pág. 61).-

¹⁴ Soler, Donna, Buompadre. La expresión inicial del agravante al referirse a “...si resultare...” apuntala esta interpretación.-

¹⁵ Estrella-Godoy Lemos, Núñez y Soler.-

¹⁶ Creus Carlos, en Derecho Penal. Parte Especial, Astrea, Tomo I, pág. 283. Soler alude de manera ejemplificativa al escándalo sufrido por una mujer honesta encerrada en una casa de prostitución.-

¹⁷ Partiendo de la escala legal prevista para los distintos grados de lesiones, solo las *gravísimas* priman frente a la agravante en estudio. La doctrina menciona como ejemplos del agravamiento: la enfermedad sufrida por las condiciones de detención, o el aborto sufrido por el shock del evento.-

¹⁸ Creus, pág. 61; Soler, pág. 40/43.-



Se deberá exteriorizar, al menos, por más de un mes calendario¹⁹; siendo que el plazo se contara según las pautas que dispone el Código Civil²⁰.-

Art. 144 bis “in fine”: *“Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, la pena privativa de la libertad será reclusión o prisión de dos a seis años.”.-*

La norma establece de antemano una escala punitiva agravada, que va de *dos a seis años* de prisión o reclusión, para las mismas hipótesis que fueran incluidas en el art. 144, por remisión al art. 142, ambos del código sustantivo.-

El texto, ubicado sobre el final del artículo, tiene repercusión sobre todas la figuras penales contempladas en cada uno de sus tres incisos. De tal modo, siendo las mismas circunstancias las que permiten su funcionamiento para la aplicabilidad de la punición más severa, en honor a la brevedad se remite al tratamiento del punto pertinente, debiendo únicamente resaltarse dos cuestiones.-

Respecto del *inciso 1º, art. 142 CP*, esto es cuando mediaren *violencias o amenazas*, cabe resaltar que en la praxis estarán íntimamente vinculadas a los apremios ilegales, severidades y vejaciones, por ser aquellas el modo comisivo por excelencia de estos delitos, guiados además por motivaciones de venganza²¹.-

En segundo lugar, un breve comentario relativo al *inciso 5º*: Cuando la privación libertaria se extienda por más de un mes, en el caso de las figuras criminales tipificadas en los incisos 2º y 3º del 144 bis, CP, habría que evaluar si no podría ser considerada la plataforma como una tortura²².-

¹⁹ Siguiendo a Buompadre, se destacan aquí dos cuestiones, en tanto no incluye casos en los que el alcance temporal sea de un mes exacto, y paralelamente el parámetro lo determinara el mes en que se consuma el delito –que no necesariamente será de treinta días-. En igual sentido Núñez y Estrella-Godoy Lemos.-

²⁰ Remite en consecuencia a los arts. 25 y 26, CC; en función del art. 77, párr. 2º, Cód. Penal. En igual sentido Creus, Donna, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos.-

²¹ Rafecas, obra citada, pág. 269. En este sentido, el Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (creado en el año 2010 por acuerdo entre la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, y el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA), en su informe final del 2012, identificó al aludir agresiones físicas, como el segundo contexto más frecuente, a aquellas que tienen lugar frente a “denuncias o reclamos” de los detenidos en los establecimientos penitenciarios federales.-

²² Por ejemplo el confinamiento en celdas de aislamiento independientemente de los motivos que se aleguen de parte del que las imponga (“seguridad”, sanción, etc.) que se prolonga por ese tiempo o más, debiendo recordarse la evolución cuantitativa de las tres figuras que fue analizada.-