



Severidades, Apremios y Vejaciones

Por Gabriel Bombini y Javier Di Iorio

Art. 144 Bis: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1º. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.”.-

2.- El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales”.-

3.- El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años. ”

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.-

Este tipo penal no estaba contemplado en el Proyecto Tejedor ni en el de 1.886. Recién se incluye en el Proyecto de 1.891, siendo el fundamento del legislador dar acabado respeto a la garantía normada en el *artículo 18 de la Constitución Nacional*, en cuanto proscribe que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente.-

Se mantiene en el Proyecto de 1906, y con la reforma de *ley n° 11.719* se incorpora al art. 143, inciso primero. Finalmente, la *ley n° 14.616* lo traslada a su actual ubicación y eleva la pena prevista para su comisión¹.-

El *Anteproyecto del año 2.006*, no contiene la materia de prohibición circumscripta en los tres incisos del *art. 144 bis*².

¹ Con anterioridad a la referenciada legislación, los delitos previstos en el actual artículo 144 bis, C.P., en sus tres incisos, integraban el art. 143 original, respectivamente en los *incisos 1º, 8º, y 5º*. Era duramente cuestionado hasta ese entonces por la doctrina, considerando principalmente la diferencia punitiva de sus antecedentes fundantes, no obstante a entender de Soler tal dolencia solo fue superada con la sanción de la *ley n° 17.567* -que llevara la escala a oscilar entre seis meses a tres años de prisión- (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág. 44).-

² Esta circunstancia es a entender de Rafechas una omisión involuntaria fácilmente subsanable en la pertinente y eventual discusión parlamentaria.-



Bien Jurídico.-

El tipo penal en discusión, normativiza y reglamenta penalmente el contenido del artículo 18 de la Constitución Nacional aludido. Se reprime al funcionario público que *ilegalmente privase* a una persona de su libertad, por algunos de los *medios comisivos indicados*: abuso de sus funciones o ausencia de las formalidades previstas por ley³.-

Deben aquí evocarse las consideraciones que fueran mencionadas al inicio del comentario, particularmente en cuanto a la *constitución dual* del interés de tutela, con referencia a la eventualidad que, si bien en primer término el objeto de reguardo será la *libertad individual*, en un segundo plano, su conculcación viene acordada a la *incorrecta actuación de los agentes estatales*⁴.-

Sin perder de vista lo dicho, tampoco puede olvidarse que la circunstancia que un ciudadano se encuentre expuesto frente a la autoridad en el marco de una detención ilegalmente practicada, importará *per se* el peligro de afectación de otros derechos comprometidos no menos importantes que el mencionado⁵.-

Sujeto Activo.-

Nuevamente se trata de un *delito especial improPIO*, donde se requiere la calidad de *funcionario público*, agravando la penalidad del tipo básico del artículo 141 del Cenal, aunque partiendo de los especiales modos típicos comisivos que indica la norma, necesariamente deberá encontrarse *en ejercicio de sus funciones*.-

³ Soler denomina a la figura en estudio como “*Detención ilegal*”, mientras que llama “*Irregularidades en la forma de ejecutar la detención*” a las infracciones que han quedado agrupadas en el art. 143 CP.-

⁴ En palabras de Soler, se adiciona “...el interés del Estado en la corrección formal y sustancial de los órganos ejecutivos, para cuyos abusos o inconductas nadie puede conceder consentimiento válido.” (autor y obra aludida, pág. 52). De manera conclusiva al analizar el bien jurídico protegido se ha dicho que “...en el lenguaje analítico hay dos bienes jurídicos en juego, la libertad y la Administración Pública (su correcto funcionamiento); en el lenguaje dinámico y sensible nos enfrentamos a la libertad republicana en tanto que necesariamente vinculada a la relación entre ciudadanos y poderes del Estado: la libertad contextualizada con el actuar público respetando sus competencias como correlato necesario, equilibrio básico que hace posible la alianza entre las libertades y el monopolio estatal de la fuerza legítima.” (Federico Delgado - Juan Seco Pon - Máximo Lanusse Noguera, en Baigún - Zaffaroni, obra citada, pág. 354).-

⁵ Así lo reconoció la C.I.D.H. en numerosos precedentes, al mencionar que en esos casos la persona se encuentra en una *situación agravada de vulnerabilidad*, de la cual surge riesgo para la integridad física y su dignidad (entre otros, en los casos “Juan Humberto Sánchez”, “Bámaca Velásquez”, “Cantoral Benavides”), o en otros términos “...la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida.” (caso “Torres Millacura Vs. Argentina”, del 26/08/2011).-



La necesidad de contar con facultades genéricas de detención.-

Se ha exigido otra restricción típica objetiva para atribuir la comisión de esta figura: que de entre las distintas facultades que detenta el agente en virtud de su investidura, se encuentre autorizado a proceder a la detención de personas, sea por el ejercicio de tareas relacionadas con la administración de justicia, o bien atinentes a la prevención, defensa o la seguridad⁶.

La diferencia de encuadre legal no es menor respecto del tipo penal básico (*art. 141 del C.P.*), pues comparativamente, además de la penalidad evidentemente más elevada –la que se justifica, tanto por el mayor disvalor de la conducta del sujeto activo, como por la mayor afectación al bien jurídico-, también se advierte su relevancia en la posibilidad de invocar por parte del ciudadano ofendido, como causal de justificación, la legítima defensa de sus derechos o de terceros frente a tal accionar del representante estatal.-

En directa relación con lo expresado, debe decirse que la exigencia funcional que recae respecto del autor en esta norma, implica que no puedan serlo:

a) los *funcionarios extranjeros*, quienes deberán ser considerados autores de delitos comunes o cómplices primarios del delito cometido por funcionarios nacionales⁷;

b) el *ciudadano común*, cuando por expreso mandato legal y en situaciones de excepcionalidad se lo equipara al funcionario público⁸. Esta afirmación comprende también al *personal de seguridad privada*, quienes al igual que los particulares son extraños a la función pública, y por lo tanto las consecuencias de sus conductas en el cumplimiento de su empleo, a todo evento, darán lugar a la atribución de responsabilidad por un delito común.-

Sujeto Pasivo.-

La letra de la ley apunta al funcionario público que “...privase a alguno de su libertad personal...”, presentándose controvertidas opiniones que giran en torno al grupo de personas que resultan protegidas por la norma.-

⁶ Rafecas, quien llega a esta conclusión valorando el bien jurídico protegido, y especialmente la exigencia legal de que la privación de la libertad lo sea “con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por ley”. Siguiendo esta postura, el autor expresa, aclarando que no se trata de una enumeración taxativa, que pueden postularse válidamente para este delito: los funcionarios judiciales, los integrantes de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, y los jueces. Sin embargo, la mayoría de los autores tradicionales sostienen que solo es necesario que esté en ejercicio de sus funciones.-

⁷ Rafecas, obra citada, págs. 286. En cuanto a la primera de las soluciones posibles el autor indica el precedente jurisprudencial dimanado del TOCF *in re “Arancibia, Clavel”*; mientras que para la segunda salida teórica menciona el fallo de la JFCyC en el caso “Automotores Orletti”.-

⁸ Claros ejemplos resultan los arts. 284 del CPPN, y 154 del CPPBA, y en igual sentido el art. 240 del C.P.-



En una primera aproximación podremos separar entre aquellas versiones que no efectúan discriminación alguna; o contrariamente, las que sólo lo limitan a quienes siendo titulares del bien jurídico gozan de cierta disponibilidad del mismo, matizándose dispares las fórmulas empleadas para definir tal extremo.-

En general, se circunscriben al parámetro que considera la *capacidad de expresar su voluntad*⁹.-

Parece ajustado el concepto brindado por *Diez Ripollés*, al expresar que será sujeto pasivo *toda persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento*, ello independientemente de la relevancia jurídica que ésta tenga, o de la posibilidad de la víctima de captar el significado de su decisión, o bien de las limitaciones físicas que pueda presentar (ej. inmovilizados de forma absoluta, en tanto se les coarte los medios que permitan su desplazamiento)¹⁰.-

Desde esta última perspectiva, quedarían excluidos de la selección: los *retrasados mentales profundos*¹¹, los *niños de corta edad*¹², los *esquizofrénicos*¹³, y las *personas inconscientes*¹⁴.-

Respecto de la posibilidad *del detenido legalmente de ser sujeto pasivo de esta figura*, ello, en tanto se considera que continúa detentando un remanente de libertad que aún puede en ese estado ser coartado; se ha argumentado, que conforme la sistemática que luce nuestro código, esta opción debe ser descartada toda vez que se han previsto otras figuras para esos casos, las que absorben la totalidad del disvalor del injusto y priman sobre este tipo penal -*apremios ilegales, severidades, torturas, arts. 144 bis inc. 2º y 3º, y 144 ter*¹⁵.-

Tipo Objetivo.-

Alcance y delimitación de la prohibición normativa.-

El fondo de la figura consiste en *privar de la libertad a otro*, lo que tiene repercusión en la restricción de la *libertad física, de movimiento o locomoción*¹⁶: esto implica colocar a la persona en

⁹ La mayoría de la doctrina nacional opta por esta postura conceptual. Entre ellos, Creus, Rafecas, Soler, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Buompadre.-

¹⁰ Mencionado por Rafecas, obra citada, pág. 293.-

¹¹ Buompadre, Rafecas.-

¹² Creus. Buompadre, alude al “niño de pocos días” (autor y obra citada, pág. 515). Rafecas señala la sentencia dictada por la CCCFed *in re “Acosta”, causa “ESMA”*, donde se consideró a los niños nacidos en cautiverio como sujetos pasivos de este tipo penal.-

¹³ Buompadre.-

¹⁴ Buompadre, Soler, Creus.-

¹⁵ Rafecas.-

¹⁶ Buompadre la resume como “...la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo u otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera



una situación de limitación efectiva de su capacidad individual de establecerse en el espacio, es decir, de impedirle movilizarse fuera de los límites impuestos por el autor¹⁷.-

Son receptados tanto los impedimentos de movimientos queridos por la víctima, como la imposición de aquellos impulsados por el autor, es decir que se divisa un *contenido positivo y/o negativo*¹⁸.-

De lo mencionado, se deriva que no quedan incluidas aquellas conductas que constituyen una *mera dificultad* a la auto-determinación libertaria¹⁹, siendo irrelevante la circunstancia de que la víctima haya podido liberarse pasado determinado lapso temporal.-

Sí debe adicionarse que no es condición para la tipicidad objetiva la *inmovilización* de la víctima²⁰, la *abducción*, ni el *encerramiento*, pues es posible la privación de la libertad aún con ciertos límites espaciales o físicos²¹.-

Es un delito que puede cometerse mediante *acciones*, admitiendo también su consumación en *comisión por omisión*²², y podrá ser realizado por *cualquier medio* que posibilite alcanzar la finalidad restrictiva perseguida por el autor²³.-

Los exclusivos medios comisivos de la norma.-

arbitraria o ilegítimamente en la esfera de reserva o intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley... ” (autor citado, Derecho Penal Parte Especial, T. I, Mave, Buenos Aires, 2000).-

¹⁷ Soler, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos. Es clarificador el concepto –citado por Donna- de Landrove Díaz, definiéndolo como el “...despojo coactivo de toda iniciativa personal en cuanto a la libertad de movimientos o posibilidad de desplazamiento...”.-

¹⁸ Soler, Creus, Donna, Núñez, Estrella-Godoy Lemos.-

¹⁹ Por la claridad que denota el caso, vale mencionar el ejemplo al que alude Rafecas para aclarar la atipicidad de conductas que tiendan exclusivamente a obstaculizar la libertad de movimientos sin más, el que atribuye a Landrove Díaz (1999:440), relativo al bañista a quien se le sustrae la ropa de la que se ha despojado para bañarse.-

²⁰ Así, señala Soler en comentario al delito del art. 141 del C.P. -al que remite- que “...puede privarse a alguien de la libertad sin afectar la libertad de locomoción, como ocurriría si a un sujeto se le colocaran esposas cerradas en las muñecas. Por eso, es más exacto hablar de libertad de movimientos, como lo hacen Binding y Manzini...”, o incluso cuando el medio elegido por al autor implica en sí mismo un desplazamiento no querido por la víctima: “...La detención puede tener lugar a pesar del desplazamiento en el espacio. Puede producirse en un vagón de tren. Puede consistir en conducir un automóvil más allá de los deseos de la persona conducida sin derecho ni consentimiento, de modo que liberarse importe, cuando menos, el riesgo de tirarse del vehículo en movimiento...” (obra citada, pág. 35).-

²¹ Rafecas, Creus, Soler.-

²² Rafecas, Núñez, Buompadre, Soler, Estrella-Godoy Lemos. Buompadre menciona -entre otros- como ejemplo típico el caso del usuario que no puede abandonar el medio de transporte por negarse el conductor a parar y abrir la puerta.-

²³ Son incluidos en general, sin perjuicio de las circunstancias que agravan la figura (*art. 144 in fine*): la coerción, el engaño, el encierro, la atadura, la sorpresa.-



Sintéticamente hasta aquí puede decirse que para ser típico el comportamiento deberá coartar la libertad de otra persona y ser concretado por un funcionario público con el alcance dado. Pero además es necesario que éste actúe *en ejercicio de sus funciones*.-

Este último concepto queda ceñido en tanto la norma exige que la privación sea: con *abuso de facultades*, o *sin las formalidades prescriptas por la ley*. De allí es de donde deriva la *ilegalidad* del proceder funcional reprochable²⁴, cualidad que torna viable el ejercicio de legítima defensa de parte del damnificado²⁵.-

Es decir, que éste marco ilegal, desde una *óptica sustancial o formal*, se demanda como *escenario de actuación del funcionario* para la procedencia de la imputación del delito especial, y ello dimana de los exclusivos medios comisivos elegidos.-

Es así, que no quedan abarcadas en este tipo penal las conductas acontecidas en el ámbito privado del funcionario y *desconectadas de su función pública*²⁶.-

En este caso, la plataforma fáctica decantará en la figura legal base, aún cuando esa calidad haya sido utilizada *como medio o herramienta para la comisión del evento criminoso*. Siempre será aplicable el agravante del art. 142 inc. 4º del C.P., que estipula el aumento de la penalidad cuando “...el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública...”.-

²⁴ Nótese que a diferencia de los términos utilizados en *la figura básica del 141 del C.P.*, aquí el legislador omite remarcar expresamente el *carácter ilegal* que debe revestir la conducta –evitando la expresión “*ilegalmente*”-, lo que resulta de toda lógica atento los modos de comisión que a continuación exige para su tipicidad. Las modalidades comisivas empleadas por el artículo, colman lo que a criterio de la Corte Interamericana conforman las ‘garantías específicas en torno a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios’, ello en el marco del artículo 7 incs. 2º y 3º de la CADH respectivamente. Ha indicado el aludido organismo internacional que “...Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.” (Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, considerando nº 131).-

²⁵ Cuando la autoridad estatal ejerce coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas su intervención está justificada porque se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación (tipicidad objetiva conglobante), por ello el que sufre la acción del funcionario no puede resistirse ni defenderse legítimamente; por el contrario “...puede justificarse la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima habilitante de la defensa del agredido.” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, págs. 638/639).-

²⁶ Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos. Se ha indicado como parámetro separativo del tipo penal calificado, la exhibición de un “...exclusivo y particular interés...” del funcionario en el atentado contra la libertad (Cámara Penal de Morón, Sala II, 08/10/91. Citado por Donna en Derecho Penal Parte Especial, pág. 267).-



Siguiendo con esta línea de análisis, ha quedado claro que se regulan *dos modos comisivos*²⁷, que pueden darse de forma alternativa o conjunta, y que configuran elementos de recorte de la antijuricidad:

A) Privación libertaria con Abuso de las funciones:

Se exterioriza cuando el funcionario estatal que priva de la libertad carece de facultades de detención, o bien detentándolas, las usa en situaciones que no son las legalmente previstas, o de un modo arbitrario o abusivo.-

Debe recordarse lo mencionado al tratar el punto relativo al sujeto activo del tipo penal, ocasión en la que se ha indicado la necesidad –aunque discutida- para algunos de que se verifiquen además en el funcionario *facultades genéricas de detención*, ello pues en esta tesitura si se careciera de esta competencia, no se colmaría el tipo objetivo del delito. Desde ya debe aclararse que, para aquellos que prefieren excluir como requisito de la tipicidad este extremo, será encuadrable en el *art. 144 bis, inciso primero del fondal*, cuando la maniobra privativa la ejecute un funcionario público aún sin esa competencia específica para detener²⁸.-

Se habla de un desvío, *extralimitación o exceso*, en la utilización de las potestades otorgadas al agente por la reglamentación pertinente. En tanto, el funcionario actúe dentro de los límites impuestos por las normas que regulan su actuación, el delito no tendrá lugar²⁹.-

Se suele diferenciar entre el abuso *funcional propio e impropio*, según el supuesto esté o no previsto en la normativa como hipótesis frente a la cual el funcionario puede privar legítimamente de la libertad ambulatoria³⁰.-

²⁷ Cierta parte de la doctrina considera que estos conceptos introducidos por el legislador configuran especies del género “*abuso funcional*” (Donna, Núñez, Creus).-

²⁸ Creus, Donna, Soler, Núñez, Buompadre. El primero cita como ejemplo típico el supuesto del inspector municipal que para labrar un acta de infracción priva de la libertad al infractor para hacerle firmar la constancia respectiva. Asimismo, Soler al explicar que este abuso puede asumir tanto un *aspecto jurisdiccional, como uno substancial*, “...*Hay abuso en el primer sentido cuando ordena o dispone la privación de la libertad un funcionario público que no tiene facultades para ello. Pero el hecho de tener facultades genéricas no quiere decir que el funcionario munido de ellas sea dueño de tomar cualquier medida. El hecho de éste puede ser sustancialmente abusivo también, como ocurre cuando un comisario envía al calabozo a un citado no infractor, no detenido en virtud de alguna expresa disposición procesal (testigo)...*” (autor y obra citada, pág. 51).-

²⁹ Rafecas. Parte de considerar que el ejercicio coercitivo privativo de la libertad llevado adelante por el poder estatal resulta ser parte de lo que denomina *actividades estatales toleradas*, en tanto son consideradas indispensables para el desempeño de instituciones vinculadas a la administración de justicia, las que solo se justifican en la medida que sean acotadas dentro de ciertos límites.-

³⁰ Rafecas, obra citada, pág. 328. Es también usual en la doctrina, la clasificación que divide entre *incompetencia absoluta o incompetencia relativa* del funcionario para detener, según éste carezca de esa facultad, o teniéndola la ley no la prevea para el caso en que la ejercita (Estrella-Godoy Lemos, Soler).-



B) Privación libertaria sin las formalidades prescriptas por la ley:

A diferencia del anterior, aquí hay un ejercicio sustancialmente legítimo de la facultad de detención, pero que incumple las formalidades prescriptas por la normativa o reglamentación para disponerla o ejecutarla. Es decir, se halla *un mal uso de la función*, ello pues estando presentes los requisitos sustanciales y de competencia funcional, el ejercicio de la privación de libertad es formalmente incorrecto³¹, circunstancia que es conocida por el autor.-

Las formalidades que deban rodear el procedimiento estarán indicadas por la legislación local vigente en materia de solemnidades, principalmente se desprenderán del *código de procedimientos penal* de cada provincia.-

Se suele considerar que encuadrada en este delito: la detención sin que medien las razones de excepción dispuestas por la ley, o sin la orden judicial pertinente para ello, cuando es practicada sin exhibirla al destinatario, o cuando presenta defectos formales esenciales.-

Incidencia del consentimiento de la víctima.-

Resulta *irrelevante* a los efectos de afirmar el injusto el consentimiento que pueda brindar el damnificado. Es una diferencia notable con la figura básica del *art. 141 del C.P.*, lo que resulta entendible si se atiende en que en este último caso la protección radica en un bien plenamente disponible por su titular.-

Por el contrario, en el tipo penal analizado se protege un bien jurídico asentado en un doble pilar, que no sólo involucra la libertad personal del individuo sino también el correcto uso de las facultades ínsitas en los agentes públicos, y el que además supone un resguardo de principios superiores fundamentales de todo estado democrático de derecho, los que se verían en cualquier caso conculcados³².-

Sin perjuicio de lo expuesto deberá verificarse al menos un *disenso positivo* de parte de la víctima³³.-

³¹ Rafecas, Soler.-

³² En igual sentido, Rafecas, Buompadre, Fontán Balestra, Estrella-Godoy Lemos, Soler y Donna. Se remite en lo medular a las consideraciones expuestas al explicar las características del bien jurídico protegido según las distintas posibilidades del conjunto de normas penales objeto del cometario, y a la apuntada finalidad del legislador señalada en los antecedentes del artículo (en relación a la necesidad de brindar acabado respeto práctico del art. 18 CN). No obstante, no es pacíficamente admitido este posicionamiento, encontrándose en una opinión opuesta Creus, quien sostiene "... *recuérdese que no estamos en presencia de un delito contra la Administración pública, sino de delitos contra la libertad, cuyo ataque no se puede dar contra quien, voluntariamente, auto limita esa libertad. El que voluntariamente concurre a una oficina pública acompañando al funcionario que requiere su presencia en ella, no puede decirse que haya sido privado de su libertad...*" (obra citada, T. II, pág. 301).-



Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, por lo que no se incluyen aquellos procederes en los que la irregularidad, sea por ejercicio abusivo o por ausencia de las formas legales, provenga de la *imprudencia* del agente.-

La figura admite el *dolo eventual*³⁴.-

No son exigidos *elementos subjetivos distintos del dolo* para colmar este aspecto, siendo irrelevantes las *finalidades* que motivaron el obrar del sujeto activo, aunque sí necesariamente el autor debe estar en pleno conocimiento de que actúa con abuso funcional o incumpliendo las formas legamente prescriptas³⁵.-

Consumación y Tentativa.-

Es un delito de *resultado* y de carácter *permanente*.-

Por lo tanto esto determina, que se *consuma* con la efectiva privación de libertad del sujeto pasivo, siempre considerando la afectación al bien jurídico protegido, y se prolonga mientras no cesa el estado de sometimiento³⁶.-

Vinculado con este último extremo debe señalarse que, por imposición del principio de lesividad, se exige una mínima continuidad temporal de la acción restrictiva³⁷.-

En general, es admitida la *tentativa*, la que acontecerá cuando el funcionario despliegue las maniobras tendientes a la restricción de la libertad del individuo, aunque sin llegar a su cometido por razones ajenas a su ámbito decisorio³⁸. Piénsese en un caso en que el agente sin motivo alguno comience una persecución sin lograr a concretarla por resistencia del otro.-

Autoría y Participación.-

³³ Soler. Enseña el autor que “...el que encierra a un sujeto que permanecerá cerrado exactamente mientras duerma, no comete el delito de privación de la libertad...”.-

³⁴ Rafecas, Donna. Buompadre, puntualiza que basta con “dolo común”.-

³⁵ Rafecas, Donna, Núñez, Creus. En esta línea lo entendió la CSJN en causa “Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ Recurso de Casación”, sentencia del 07/12/2011, fallo que será comentado en el apartado pertinente.-

³⁶ Núñez al abordar la figura básica del 141 del C.P., alude que *eventualmente será de carácter permanente*, pues verificada la privación de libertad, ésta puede o no prologarse (Núñez, Ricardo, ‘Manual de Derecho Penal’, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 152, pág. 149). En igual sentido pareciera expresarse Buompadre al sostener que sólo *en ciertos momentos* logrará tener esa calidad (obra citada, pág. 517).-

³⁷ Rafecas, obra citada, págs. 80 y 313. En contra, Buompadre (obra citada, pág. 518). Desde la perspectiva en cierres, vale traer a colación que tiene dicho la CIDH que sólo basta que haya durado breve tiempo para que se configure dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos una conciliación a la integridad psíquica y moral (Casos “Juan Humberto Sánchez”, “Bámaca Velásquez”, “Cantoral Benavides”, entre otros).-

³⁸ Creus, Muñoz Conde, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Núñez.-



El *autor directo o individual* de esta figura será el funcionario público que privase dolosamente a una persona de su libertad, abusando de sus funciones o sin las formalidades prescriptas legalmente: El policía que detiene a un ciudadano acusándolo de un delito que sabe que no cometió, o con una orden judicial dirigida a un homónimo a sabiendas que no es él. La conclusión no amerita precisiones más que recordar la necesidad de efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y el conocimiento del agente que su actuación funcional es abusiva o desapegada a las normas ceremoniales.-

Sobre la posibilidad de cometer la figura mediante el concurso de dos o más personas –*en calidad de coautores*-, atento su carácter de delito especial propio, se precisará que todos los intervenientes revistan la calidad de funcionario público, de lo contrario se ingresará respecto de aquel que la careciere, en el terreno de la *complicidad necesaria* cuando el *extraneus* detente la dominabilidad del plan fáctico delictivo³⁹.-

El requisito relativo a la función del sujeto activo señalado, también es aplicable para el caso de la *autoría mediata*⁴⁰.-

Es viable atribuir el resultado lesivo en calidad de co-autor, al funcionario público aún cuando su intervención tenga lugar luego del inicio del suceso, siempre que conozca la ilicitud del comportamiento previo de los restantes integrantes y los secunde en resto del tramo del crimen (*coautoría sucesiva*)⁴¹.-

³⁹ Rafecas, pág. 321. El requerimiento señalado –dominio del suceso en virtud del plan criminal y su función específica decisiva en la ejecución total-, resulta determinante para construir la “coautoría funcional”, siempre que se den sus restantes requisitos admitidos por la doctrina (es decir: decisión común y ejecución según el plan seleccionado). Es por eso, que verificada su participación en la decisión delictiva, a pesar que el acto no implique ejecutar específicamente la ilicitud reprimida por la norma, será coautor cuando su aporte sea esencial al consorcio delictivo (Ej. El custodio del cautivo, o el jefe del grupo de secuestro). En el mismo sentido Buompadre (pág. 515).-

⁴⁰ Son diversas las posiciones para el caso de ausencia del requisito autoral, propiciándose la impunidad del *hombre de atrás*, o solucionarlo por la vía de aplicación de los delitos contra la libertad (coacción art. 149 bis del CP). Otras posturas admiten la complicidad del agente *extraneus*, y también se alzan aquellas que resuelven los problemas acudiendo a la figura del “*determinador*” (Creus Carlos, obra citada, pág. 406). Para el caso del juez como autor mediato de este ilícito, sostiene Rafecas que para un verdadero dimensionamiento disvalor de la conducta deberá imputarse juntamente las normas del delito de prevaricato (obra citada, pág. 327).-

⁴¹ Rafecas, obra citada, pág. 318.-



Por último, en lo atinente a la *complicidad*⁴² e *instigación*⁴³, todo individuo –sea que revista las especiales cualidades previstas en la norma, como quien no las posea- podrá *participar en el delito ajeno* bajo estudio, mediante su aporte o influencia que, en mayor o menor medida, contribuya al ilícito en cuestión.-

Particularidades de la figura.-

Referencia a las detenciones por averiguación de identidad.-

Partiendo del proceder abusivo típico de la figura, y enmarcadas en las facultades que disponen los integrantes de las fuerzas policiales, deben ser mencionadas -a modo de introducción del lector en el tema, excediendo el eje de esta nota y sin intención de concluirlo- las llamadas *detenciones por averiguación de identidad* del ciudadano.-

El tópico se liga de forma directa con un conjunto de supuestos de hecho que se caracterizan por ubicarse en un delgado límite separativo de la configuración del delito analizado. Dentro del escenario detallado, no podrán perderse de vista además las aprehensiones llevadas a cabo en supuestos encuadrados como de *flagrancia*, o para “certificar antecedentes” o en el marco de requisas personales, como así también las privaciones de libertad en el marco de procedimientos falsos.-

Nos interesa puntualizar, atento la multiplicidad de casos que suelen presentarse en la práctica y el empobrecido -cuando no nulo- contralor judicial, aquellas hipótesis en las que la demora se oculta bajo los ropajes de indagar meramente la identidad personal de un ciudadano que circula en la vía pública.-

Circunscripto al territorio bonaerense, la materia es regida por la Ley nº 13.482 (promulgada por decreto nº 1391/06 del 20/6/06, publicada el 28/6/06 BO Nº 25439)⁴⁴, denominada de “*Ley de*

⁴² Fue condenado en calidad de partícipe necesario del delito de Privación Ilegal de la libertad agravada (art. 144 bis, inc. 1º, en función del 142, CP) en concurso con Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, al agente que en el marco de una privación ilegal libertaria dispuesta por un policía respecto de un ciudadano que fuera recogido en la vía pública en estado de ebriedad, no procedió a dar anoticiamiento a sus familiares, ni a brindar comunicabilidad telefónica, omitiendo prestar especial cuidado al estado que presentaba la víctima (enfermedad psiquiátrica); cuando revestía en ese contexto secretario de las actuaciones preventivas y poseía las llaves de los calabozos [T.O.C. nº 3 de La Plata, 25/09/12, “B.L.P., N.L.A. s/ Torturas seguida de muerte – Encubrimiento agravado”, causas nº 3950 y 3548].-

⁴³ Se ha considerado encuadrada en esta figura a título de instigador la situación de quien impartió la orden de detención, habiendo excedido el marco territorial de sus funciones e incumplido las formalidades prescriptas para dicho procedimiento (CNCORR. Sala VI, 10/10/86, citado por Donna, pág. 273).-

⁴⁴ La citada legislación deroga la *ley nº 12.155* –que había entrado en vigencia el 05/08/98-, la que a su vez abolió el cuestionable *decreto-ley nº 9551/80* que en su artículo 13 preveía: “Sin perjuicio de las restantes atribuciones que por esta ley y su reglamentación se otorgan a la Policía de la Provincia para el ejercicio de su misión, podrá proceder a la detención de toda persona de la cuál sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida, en circunstancias que lo



Unificación de las normas de Organización y Funcionamiento de las Policias de la Provincia de Buenos Aires”, la que establece en su art. 15 inc. “c” expresamente la facultad de para limitar la libertad personal. Tal autorización estatal se habilita en aquellos casos en que sea necesario conocer la identidad de un ciudadano, en circunstancias que razonablemente lo justifique, y siempre que se niegue a identificarse o no tenga la documentación que la acredite⁴⁵.-

Sentado el interés del asunto y el marco normativo regulatorio, en primer lugar debe concluirse que resulta plausible el texto actual en su cotejo con el *decreto-ley n° 9551/80*, no solo en cuanto a la disminución del plazo extensivo de la *demora* a la mitad del tiempo, sino también el recorte -*al menos formal*- de los motivos por los cuales se permite tal proceder a la agencia administrativa. En este sentido, la letra empleada por la norma impondría una doble limitación, estableciendo dos requisitos que se elevarían de manera conjunta como condicionamientos a la autoridad:

- i) La necesidad del conocimiento de la identidad del ciudadano demorado deberá estar justificada por *circunstancias razonables*.-
- ii) La *imposibilidad o negativa de la acreditación* de la identidad.-

Pero no obstante el notorio avance señalado en la materia, la cuestión en la actualidad no deja de ser problemática y preocupante. Es que un tema aparte y no de menor relevancia, aún presumiendo que la normativa en ciernes resulte compatible con las garantías estatuidas en la Constitución de la Nación, lo constituirá el análisis de aquel contexto que haya respaldado la intervención del uniformado: esto es cuáles deben ser aquellas circunstancias razonables que la justifiquen.-

Redundan meridianas las críticas que pueden alzarse sobre la expresión empleada en la norma, la que lejos de ser precisa, taxativa y/o delimitada, exhibe notorios quiebres por su vaguedad, amplitud y delegación en el propio agente de aplicación de la medición de los parámetros necesarios. He aquí la capacidad de enmascarar en esa frase legal las tradicionales maniobras de *etiquetamiento y selección criminalizante*⁴⁶.-

justifiquen o cuando se niegue a identificarse. Esta detención no podrá prolongarse más tiempo que el indispensable para aquellos fines, sin exceder el plazo de veinticuatro (24) horas” -el subrayado es propio-. Es la llamada comúnmente en la jerga “*doble A*”.-

⁴⁵ Continúa esta norma reglamentado el procedimiento y el plazo aplicable, al referir: “*Tales privaciones de libertad deberán ser notificadas inmediatamente a la autoridad judicial competente y no podrán durar más del tiempo mínimo estrictamente necesario, el que no podrá exceder el término de 12 (doce) horas. Finalizado este plazo, en todo caso la persona detenida deberá ser puesta en libertad y, cuando corresponda, a disposición de la autoridad judicial competente.*” -el subrayado es propio-.-

⁴⁶ Esta selección penalizante presente en todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder con el fin de imponer una pena, es el denominado *proceso de “criminalización”*. Ubicándonos en etapa secundaria (criminalización secundaria), esto es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente,



Debemos partir de la regla que impide toda privación de la libertad (CN, arts. 16 y 18)⁴⁷, si no lo es en virtud de orden judicial emanada de autoridad competente o de ser sorprendido el individuo *in fraganti* en la comisión de un delito, contravención o falta⁴⁸.-

A todo evento, aquellas circunstancias deberán ser minuciosamente plasmadas en las actuaciones de rigor. Reseñas atinentes al tiempo y lugar, pormenorizando la hora exacta de la intervención, el detalle del escenario que justifique el accionar, las alegaciones del ciudadano interceptado, la inexistencia de la documentación requerida, su estado médico inicial y al momento de la soltura, entre otros, son incidentes que no podrán ausentarse⁴⁹. Solo así el debido contralor ulterior

se la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, y la somete a la agencia judicial, quien en su caso admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (“prisionización”). Colocándose en una función ‘descollante’ a este respecto a las agencias policiales (Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, pág. 7 y 13).-

⁴⁷ Si bien el artículo 18 de la C.N. reza textualmente “arrestado”, no debe ser acotado al concepto técnico procesal de la palabra. A entender de Donna, deberá ser abarcativo de las distintas formas reguladas en los códigos procedimentales locales que en cualquier caso impliquen la restricción de ese derecho (obra citada, pág. 173).-

⁴⁸ En este segundo caso, nos referimos a la necesidad de verificar una *causa razonable* para proceder a la detención, justificada en circunstancias, datos, indicios que hagan presumir la comisión de un ilícito y la participación en el mismo, sumado a la *urgencia* en la efectivización de ese poder coercitivo como pilares básicos. Sobre los límites que deben regir estas intervenciones en uso de las facultades policiales resulta de suma utilidad los parámetros sentados por la C.S.J.N. in re “Daray” (fallos, 317:1985, 22/12/1994) donde se aludió a llamada “la causa razonable” como valladar legal y constitucional. Ello sin perjuicio de la mutación del criterio a la se arriba ulteriormente en el caso ”Fernández Prieto” (fallos, 321:2947, 12/11/1998), donde la elevada vara sentada en el precedente aludido fue atenuada. Se trata de una temática compleja y extensa cuya profundización sobrepasa el objeto del presente. Ver detalladamente sobre la evolución jurisprudencial y demás alcance de la garantía, en Carrió, Alejandro, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Hammurabi.-

⁴⁹ En tal sentido, lo sostuvo la CIDH, indicar “Particularmente, el artículo 7.2 de la Convención establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. Al respecto, el Tribunal considera pertinente recordar que el artículo 7 de la Convención Americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del artículo 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención. En tal sentido, la detención del señor Torres Millacura, aún si fue realizada para fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo. Al no haber sido registrada la detención del señor Torres Millacura, la Corte considera que los policías incumplieron

uno de los requisitos previstos en la Ley 815 y que, por lo tanto, el Estado violó los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento.” (Caso “Torres Millacura Vs. Argentina”, considerandos nº 74 y 76, fecha sentencia 26/08/2011).-



jurisdiccional será posible⁵⁰ y aquella facultad no devendrá en una *carta en blanco* para la detención de personas por parte de las agencias ejecutivas⁵¹.-

Los bordes son delgados, y las soluciones en aquellas provincias en las que leyes como estas tienen vigencia⁵², se logran desde el plano judicial por medio de la *declaración de inconstitucionalidad de normas* regulatorias de tal facultad por ser supuestos inconciliables con los postulados de nuestra carta magna⁵³, lo que demuestra la necesidad impostergable de un replanteamiento legislativo del tópico.-

Lo cierto es que, resulta incuestionablemente desproporcionado, a luz de las posibilidades tecnológicas actuales⁵⁴, argumentarse de manera razonable la necesidad estatal de demorar más allá de un lapso prudencial, y menos aún desplazar a una sede policial, al indocumentado al exclusivo fin de constatar ese único dato⁵⁵.-

⁵⁰ Es que de otra manera, si la actividad administrativa no pudiera ser controlada en una instancia judicial ulterior, la exigencia se tornaría ilusoria. A la misma conclusión se arriba, si se alivianaran para el privador perteneciente a aquella fuerza de seguridad los requisitos impuestos a los jueces para coartar idéntico derecho.-

⁵¹ En estos términos lo ha sostenido la Sala II de la Excmo. Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, al afirmar: "... deben limitarse dichas facultades policiales, por cuanto la averiguación de identidad no constituye una carta en blanco para que la policía prive de libertad a cualquier ciudadano que les resulte sospechoso, ya que ello constituye un agravio para el Estado de Derecho y una injerencia arbitraria y abusiva en la intimidad de las personas [art. 7 inc. 3ero CADH; art. 17 inc 1 PIDCyPJ]." (CAyGMdP, Sala 2da c. 10852 "Wekesser, Martín s/ incidente de nulidad", de fecha 4.10.2006, reg. 246).-

⁵² La salvedad se asienta en la previsión de la Constitución de La Rioja la que prohíbe expresamente la posibilidad de detener personas por averiguación de antecedentes (art. 24).-

⁵³ Tal el caso resuelto por el Sr. Juez titular del Juzgado de Garantías nº 4 de la ciudad de Mar del Plata, Dr. Juan Francisco Tapia, en causa “G. Lucas Oscar s/ Habeas Corpus Preventivo”, en fecha 30/06/2008, en relación al inc. 3º de la ley nº 13.482, destacándose la violación de la garantía primaria libertad, los principios de igualdad, de razonabilidad, de legalidad y control judicial efectivo, en tanto tal facultad puede ejercerse mediante una simple consulta informática a la Jefatura Departamental respectiva desde la vía pública. Destacó el magistrado aludido que de lo obrado en el supuesto examinado, la práctica demuestra que, a pesar que el interceptado detente su cédula identificadora, la detención se practica para la averiguación de la existencia de medidas impeditivas, lo que en definitiva sería asimilable al derogado instituto de averiguación de antecedentes (punto e, del considerando VI del decisorio). En igual sentido, con citas al mencionado precedente, en la Capital de la provincia de Catamarca, en fecha 03 de abril de 2013, en el legajo caratulado bajo Expte. Nº 043/13 “Actuaciones referentes a irregularidades s/ procedimientos policiales y detenciones arbitrarias”, a cargo del Dr. Mario Rodrigo Morabito -Juez de Menores de Segunda Nominación de Catamarca- declarando la inconstitucionalidad del inciso “b” del art. 8 del Decreto-Ley Provincial Nº 4663, en tanto faculta al personal policial a la detención de toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se nieguen a identificarse.-

⁵⁴ Se remarcó en el aludido fallo de la Pcia. de Catamarca “...los medios telefónicos y técnicos que la ciencia ha puesto a disposición de todo el mundo, en especial del Estado, permiten averiguar rápida y prácticamente sin molestias los datos que la policía, según su proceder, necesitaba investigar, por lo que la falta de los mismos o la falta de coordinación del Estado para realizar este tipo de procedimientos de identificación no puede recaer en un perjuicio concreto de ningún ciudadano catamarqueño.”.-

⁵⁵ En este sentido, se ha mencionado “Un funcionario no puede detener con fines de identificación personal cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito (ley nº 23.950); por ende, la privación del derecho a la libertad ambulatoria con pretexto de mera identificación constituye una agresión ilegítima, pues de lo contrario ello significaría la supresión de la orden judicial requerida por la Constitución (art. 18).” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, ‘Derecho Penal, Parte General’, Ediar, 2002, págs. 639).-



La cuestión se agrava aún más en tanto la práctica indica que el lapso temporal reglamentado, cuando es respetado, en la generalidad de los casos es dilatado hasta su máximo, como así también al atender al exclusivo ámbito de clandestinidad en que suelen acontecer con la consecuente generación de un clima claramente propicio para permitir o fomentar la afectación impune de otras garantías básicas, y a la luz de la banalidad social con que se conoce el tema. Ni que hablar de los perjuicios que se desprenden cuando se advierte que el sujeto pasivo de la medida no alcanza la mayoría de edad⁵⁶.-

Hipótesis concursales con otras figuras del catálogo de fondo.-

De tal manera, se admite la relación concursal de la privación ilegal de la libertad con la aplicación de *severidades, de apremios ilegales y torturas* (*arts. 141 bis, inc. 2º y 3º, y 144 ter del C.P.*), propiciándose para alcanzar una real dimensión del disvalor de injusto su encuadramiento en los términos del *art. 55 del C.P.*⁵⁷.

De igual modo, se tornaría posible frente a la comisión de *delitos contra la integridad sexual*, siempre y cuando la restricción ambulatoria se extienda por un lapso superior al necesario para la realización de aquellos ilícitos del *Título III del Libro Segundo del Código Penal*⁵⁸. Es que pasado ese segmento temporal esencial, la restricción libertaria se autonomiza, y concurre de forma ideal integrando el mismo hecho jurídico (*art. 54, C.P.*).-

⁵⁶ En este sentido, sobre esta temática específica minoril el fallo resuelto en fecha 30/10/2008 por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata, en los autos “*Defensoría Oficial de Responsabilidad Juvenil nº 16 s/ Habeas Corpus*” (*causa nº 15918*), donde se hubo declarado la inconstitucionalidad del art. 15 inc. “C” de la ley nº 13.482 en lo que respecta a la detención de personas menores de 18 años de edad. Así, luego de ocuparse con igual solución de las infracciones contravencionales pautadas en el decreto-ley nº 8031/73, partiendo de la incompatibilidad de tal facultad con el nuevo sistema de responsabilidad juvenil inaugurado con ley nº 13298 y 13634, y valorando los principios receptados en los actuales estándares internacionales (CDN); consideró que resulta desproporcionada, tildándolas de arbitrarias, ilegales y por ello inconstitucionales. Asimismo, igual solución procesal se adoptó en el fallo dictado en autos “*RAVINO, JUAN MANUEL S/ HABEAS CORPUS-HABEAS DATA*” (Expte. Nº 915/10, del Juzgado de Garantías del Joven nº 2 de Mar del Plata, sent. de julio del 2011) con relación al último párrafo del art. 15 de la ley nº 13482, en cuanto prevé el plazo de 12 horas para la detención en casos de jóvenes que fueran fehacientemente identificados, toda vez que la constatación de capturas o paradero puede realizarse en escasos minutos y desde la vía pública; y del inc. c) del art. 15 de la ley 13.482 -prevé la posibilidad de detener a los jóvenes en los casos que se nieguen a ser identificados o no tengan la documentación que acredite la identidad- ya que la misma podría corroborarse por medios alternativos.-

⁵⁷ Soler, Rafecas. Ver lo analizado *infra* en el delito reprimido en el *art. 144 bis inc. 2º, C.P.*-

⁵⁸ En estos casos, debe mencionarse que el art. 119 del C.P. prevé entre sus agravantes -para los supuestos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal-, en el apartado e), que la pena se elevará si “...El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas *policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones...*”, será de ocho a veinte años de reclusión o prisión. Rafecas, expone que si la comisión de este delito implica un grave sufrimiento en el sujeto pasivo, y se dan los demás requisitos de la tortura, será la figura del art. 144 ter, C.P., la aplicable desplazando aquella figura; considerando la mayor escala penal y el bien jurídico protegido (obra citada, pág. 191).-



Frente a la comisión del delito en análisis, quedará absorbida la conducta subsumible *a priori* en un *Abuso de Autoridad*, en tanto importará incurrir en alguna de las tres acciones que contempla el art. 248 del C.P.⁵⁹.

No sucede tal fenómeno, cuando importe el ingreso en morada o casa de negocio ajena -dependencias o en el recinto habitado por otro-, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo, o bien cuando sea allanado sin las formalidades legales o en los casos previstos por ley, donde eventualmente concurrirá idealmente con el delito de '*Violación de Domicilio*' (art. 150 del C.P.) o '*Allanamiento Ilegal*' (art. 151 del C.P.).-

En el caso que la figura del art. 144 bis, inc. 1º, C.P., sea cometida mediante *Amenazas*, se resolverá encuadrando el sustrato fáctico en el *aggravante del último párrafo* del mismo artículo –*ello en función de la remisión del art. 142 del fondo*–, salvo que el amedrentamiento sea acompañado por el uso de armas, *caso en que las amenazas resultarán ‘Calificadas’*, y dará formación a un *concurso ideal* (art. 54, C.P.).-

Desde ya que, si en el marco de un mismo contexto fáctico, la privación de la libertad se concreta de manera ilegal respecto de *dos o más individuos*, la responsabilidad penal de los funcionarios deberá abarcar la dual afectación del mismo bien jurídico protegido, en consecuencia, ese proceder deberá ser imputado conformando un *concurso real*⁶⁰.

Parámetros de diferenciación con otras figuras.-

Es preciso señalar los contrastes entre la figura analizada y otros tipos penales que pueden lucir *prima facie* aristas tocantes:

i) Así, la divergencia con el supuesto que se castiga en el art. 143, inc. 1º, C.P., resulta de cotejar que en éste último tipo penal la detención de la persona es inicialmente legal y luego se convierte en

⁵⁹ Art. 248, CP, prevé: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que: a) dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o b) ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o c) no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.* Pero exclusivamente, tal confusión acontecerá cuando el proceder infraccionario del agente recaiga en el acto mismo privativo de la libertad (Ej. El funcionario que priva de la libertad sin orden judicial ni con los motivos excepcionales que estipula la legislación procesal, no podrá ser responsabilizado paralelamente por no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe). Se trata de lo que la doctrina llama ‘delito complejo’.

⁶⁰ Se ha decidido: “*La unicidad de la acción no es idónea para fusionar en un solo hecho, dos elementos subjetivos y dos resultados: si los coautores quisieron detener a dos personas, y ejecutaron esa resolución criminosa, ofendiendo dos libertades, resulta indiferente que ejecutaran esa determinación simultáneamente con un solo acción o sucesivamente con un pluralidad de acciones... Concurren esos hechos real y no idealmente*” (TS Córdoba, 28/03/69, “Carino Armando Victorio”, en igual sentido CNCrim. y Corr., 4/11/52; mencionados por Estrella-Godoy Lemos, pág. 103, puntos 5 y 6).



ilegítima; mientras que en el primer caso del *art. 144 bis*, la actuación del funcionario reviste tal carácter desde el mismo origen de su maniobra.-

ii) Tampoco puede confundirse con la *figura básica*, prevista en el *art. 141 del C.P.*, pues radican medulares características distintivas en cuanto al *sujeto activo*, en las *modalidades típicas* de comisión normativizadas en el tipo cualificado, y en el interés que se protege con inmediata repercusión en el consentimiento que pueda prestar el damnificado.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

CSJN, "Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ Recurso de Casación" (sent. del 07/12/2001, Expte. A.17.XXXVI.REX).-

Al dictarse sentencia condenatoria respecto de *Ronaldo Fabián Abraham Jonte*, imponiendo la pena de un año de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el término de dos años, al considerarlo penalmente responsable del delito de *Privación ilegal de la Libertad -art. 144 bis, inc. 1º, del Código Penal*-, la interposición contra dicho pronunciamiento de recurso extraordinario, generó el abocamiento en la cuestión del máximo tribunal. En lo que interesa a este análisis, la Corte realizó consideraciones atinentes al *elemento subjetivo requerido por la figura*. Los embates defensistas alegaban que la sentencia del tribunal sentenciante careció de un análisis adecuado de la conducta intimada, al omitir un razonamiento comprensivo de circunstancias relevantes –entre ellas, en qué radicaba la ilicitud, en base a qué elementos se le adjudica el dolo requerido por el tipo penal, y por qué motivo se descartan las explicaciones que el acusado mismo diera⁶¹.-

En este fallo, dictado en fecha 07/12/2011, la C.S.J.N. se expide en torno al tópico referenciado, mencionando la necesidad que se confirme el *conocimiento del autor que la privación libertaria resultaba arbitraria o abusiva en el caso concreto*; estableciendo el Procurador Fiscal de la Nación en su dictamen, cuyos fundamentos hizo propios el Tribunal, que “...no resulta pertinente deducir el dolo solamente del resultado de la acción gravosa. Conviene recordar en este punto, que esta clase de privación ilegal de la libertad exige la conciencia de que la conducta es sustancial o formalmente arbitraria y el conocimiento positivo de la ilegalidad del acto...”.-

⁶¹ En este contexto, debe señalarse que el imputado, funcionario policial, argumentó como versión alterna haber detenido a los nombrados en virtud del legítimo ejercicio de su cargo, pues concurría la situación prevista en el *art. 1º de la ley n° 23.950*, esto es, existían circunstancias debidamente fundadas que hacían presumir que los jóvenes habían cometido, o estaban por cometer un delito o una contravención y, por otro lado, no habían acreditado fehacientemente su identidad.-



De tal modo, se sostuvo que los agravios esgrimidos por el recurrente no implicaban meras disconformidades con la valoración probatoria del órgano de juicio, sino que las conclusiones del decisorio lesionaban principios de índole constitucional. Ante ello, se declaró procedente el recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada, devolviéndolos para que se dicte un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos establecidos.-

Por lo demás, en relación a los parámetros que deben guiar la actuación de las fuerzas de seguridad en materia de *detenciones sin orden judicial*, en los momentos iniciales del proceso, alecciona el tema la profundización en la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes jurisprudenciales en los cuales tuvo oportunidad de encarrilar estos asuntos, especialmente en cuanto a la validez de la prueba obtenida en ese contexto. Un análisis de tales criterios, excedería el trámite del presente trabajo, de modo tal que sólo se mencionaran algunos precedentes que, siempre que se tenga precaución en reparar en la mutabilidad de las posturas adoptadas por el tribunal en el decurso de sus plurales composiciones y cada contexto fáctico que sirvió de escenario, constituirán materia que no puede dejar de consultarse.-

Cabe resaltar en este sentido, lo resuelto en las causas: “*Daray*” (*Fallos* 317:1985), “*Fernández Prieto*” (*Fallos* 321:2947), “*Tumbeiro*” (*Fallos* 325:2485), “*Peralta Cano*” (*Fallos* 333:1674), “*Monzón*” (*Fallos* 325:3322) y “*Szmilowsky*” (*Fallos* 326:41).-

Art. 144 bis:- “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo:

2.- El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales”.-

3.- El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.”

Antecedentes Históricos, y/o Legislativos, y/o Proyectos.-

Tanto en el código de 1.886 y en el Proyecto Tejedor la figura formaba parte de los *abusos de autoridad* (art. 243).-



El traslado a este título aconteció con el código de 1.891 (*art. 143*); lugar donde se mantuvo hasta que, con la reforma establecida mediante *ley n° 14.616*, pasó al actual *art. 144 bis en su inciso 2º*, manteniendo su texto aunque aumentando la penalidad sancionatoria.-

Bien Jurídico.-

Se ha opinado que el interés que se pretende proteger se orienta hacia el *remanente de libertad* del que dispone todo detenido en virtud de ser sujeto de derecho, y que añade directamente a su *dignidad como persona*, y a aquel derecho, como *atributo de la personalidad*. Es decir que, *tanto en el inciso 2º como en el 3º* del artículo *144 bis*, y más enfáticamente en el *artículo 144 ter del Código Penal*, deja de ser castigado puntualmente el ataque directo a la libertad de desplazamiento o locomotiva, y más allá de la denominación que pueda dársele, la figura se asocia puntualmente a las pautas que imponen ciertos *estándares mínimos* establecidos por la Constitución Nacional juntamente con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en relación a la *forma en que debe llevarse a cabo toda medida de encierro*⁶².-

En este sentido, también se ha sostenido que la libertad individual que se intenta resguardar mediante la disposición, se ve conmovida a raíz de ciertos *procedimientos* que se caracterizan por su *carácter mortificante* que se imponen al sujeto pasivo, la que encuentra asiento en su derecho de evitar tales sufrimientos, y en no ver agravada con ellos la detención –preventiva o por condena- que ya sufren⁶³.

En fin, el núcleo de defensa se acerca a mantener la incolumidad de la *integridad personal* de todo ciudadano que, aunque sea de manera ocasional y momentánea, se encuentre condicionada por el proceder ilegítimo, menoscabiante y humillante de un funcionario al que el Estado le ha conferido el uso de la fuerza pública para que oficie como fiel guardián de sus derechos constitucionales⁶⁴.

⁶² Rafecas, Daniel Eduardo, La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 217/221. Debe recordarse la diferenciación que hace el autor, como estrategia expositiva de su tesis doctoral, al dar tratamiento conjunto a los delitos cuyo objeto de castigo recae en las características que presenta esa privación de libertad (“delitos que hacen al cómo de la detención” por oposición a la otra categoría que llama “delitos que hacen al sí de la detención”); y en este contexto, la necesidad que las conductas reprimidas tengan lugar en un marco de cautiverio de la víctima.-

⁶³ Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, T. I, 6º edición, Astrea, pág. 302. Puede advertirse la diferencia que el autor propone en su concepto en función de cada una de las hipótesis típicas del artículo.-

⁶⁴ Ha dicho la CIDH: “*La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del ius cogens.*” (Caso “Torres Millacura vs. Argentina”, considerando nº 84, fecha sentencia 26/08/2011)



Puede concluirse sin hesitación alguna, que las figuras incluidas en los *incs. 2º y 3º del art. 144 bis, C.P.*, se ven identificadas con el concepto de “*tratos crueles, inhumanos y degradantes*” emanado del ámbito internacional de derechos humanos, del que huelga remarcar su importancia en virtud de la jerarquía que se le ha dado a los tratados que le sirve de sustento⁶⁵, ello sin perjuicio de la cláusula de garantía que incorporara ya el constituyente de 1853 a nuestra Carta Magna⁶⁶.-

Sujeto Activo.-

La literalidad de la norma habla del “*...funcionario que desempeñando un acto de servicio...*” cometiere las vejaciones o aplicare los apremios ilegales.-

Abarca entonces en primera medida, como potencial autor de la conducta criminosa, conforme hemos venido diciendo hasta aquí, al *funcionario público* cuyo concepto fuera abordado oportunamente.-

Requisito típico complementario: desempeño de un acto de servicio.-

Pero además como complemento típico legal se requiere que el agente se encuentre desempeñando un *acto de servicio* al momento de la ejecución ilícita, esto es: un acto propio de su actividad.-

Las discrepancias en la doctrina tienen génesis ya en este punto, en cuanto a las competencias que debe detentar el agente para calificar válidamente como autor ante tal exigencia. Dicho de otro modo, se debate si cualquier funcionario público puede cometer este delito, o si se requieren determinadas características en el acto de servicio que este desempeña.-

Así, amén del retome de la cuestión en lo venidero, una parte de los juristas no designa exclusión alguna en las tareas propias del funcionario, bastando que pueda ser incluido en los términos del *art. 77 del fondo*⁶⁷. Otro sector en cambio ha exigido, que el agente realice las conductas ilícitas en un contexto puntual: al *momento de la detención o mientras esta perdure, sea*

⁶⁵ Su prohibición ha sido consagrada reiteradamente con un carácter absoluto, inderogable y ajenizado de cualquier tipo de circunstancias que pretendan justificarlas, tales como guerras, amenazas de guerra, lucha contra el terrorismo, estado de sitio o emergencia, commoción o conflicto interno, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (Cfr. C.I.D.H., en “Caso Tibi”, “Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri”, “Caso Maritza Urrutia”).-

⁶⁶ En esta dirección, refiere Donna que el bien jurídico protegido en el precepto legal en estudio se asienta en el cumplimiento de las garantías dimanantes del *art. 18 C.N.*-

⁶⁷ Estrella-Godoy Lemos, Creus, Buompadre, Donna. Mencionan los primeros que comprende a cualquier funcionario, aunque “*...no tenga facultades para detener a las personas o guardar presos, aún a aquel cuya actividad en la administración ninguna vinculación tenga con la prevención o represión de delitos o contravenciones, o con el mantenimiento del orden público.*” (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2º Edición, Hammurabi, 2007, pág. 99).-



legal o ilegal, con lo que el acto de servicio funcional encontraría límite en una conexión necesaria con este escenario⁶⁸.-

Sujeto Pasivo.-

La delimitación del segmento afín a las personas que son abarcadas por la figura como *víctimas*, atañe forzadamente a la anticipada discusión doctrinaria en torno a la necesidad que la conducta típica esté vinculada -o no- a un *acto funcional privativo de libertad*. Es que el artículo alude en su texto a *personas de manera genérica* sin brindar más datos.-

Por lo que partiendo de este contexto se identifican dos criterios antagónicos:

1.- Una tesis que se asienta en la *ausencia de referencia expresa* en el pasaje del artículo a la necesidad de que se trate de una persona detenida, y que por lo tanto, no exige que la conducta del funcionario esté conectada con un accionar coactivo⁶⁹.-

Por este motivo, la acción vejatoria o apremiante debería recaer sobre una *persona que no esté detenida*, pues en tal caso la hipótesis sería absorbida por el supuesto legal que a continuación reprime el inciso siguiente⁷⁰; o bien se afirma que resultaría indistinto que esté o no en esa condición pues el criterio diferencial entre ambos apartados recaería en que el funcionario careciera o tenga respectivamente la guarda del sujeto pasivo⁷¹.-

2.- Una teoría que se sostiene en la existencia entre los apremios o severidades de una vinculación con la privación de la libertad cometida por un funcionario, es decir que ese estado es el que sirve de marco a las conductas criminalizadas, sea por estar el *sujeto pasivo detenido* o porque aquellas *sean ejecutadas en el mismo acto de su detención*⁷².-

⁶⁸ Rafecas, Soler. Menciona el primero de los doctrinarios una necesidad que recaería en la vinculación entre el autor y sus específicas actividades funcionales con el bien jurídico protegido, que lo posicionan en *calidad de garante* de su protección; vale decir, de evitar que la libertad del otro, ahora restringida válidamente o no por su accionar, sea afectada más allá de los límites constitucionales permitidos. Sólo esa *especial relación de poder* lo hará posible de la atribución de responsabilidad penal que corresponda (obra citada, pág. 221 y ssgtes.). Debe adelantarse que este dato se vincula a la discusión que más adelante será expuesta, en cuanto a la necesidad que exista una privación de libertad que sirva de marco a las modalidades comisivas en cuestión.-

⁶⁹ Entre sus sostenedores debe agregarse a Buompadre, Donna, Núñez y Creus.-

⁷⁰ Núñez, expresando en ese sentido: “*No se trata de relaciones entre la autoridad y un detenido o preso, sino de las que presupone todo acto de autoridad respecto de un particular, cualquiera que sea la ocasión en que se produce.*” (Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 155). Así lo resolvió la CNCrim. y Corr., Sala VI, 07/06/05, en causa nº 25243, al procesar como presunto autor del delito previsto en el art. 144 bis inc. 2º, a un suboficial por haber asentado un bastonazo en una manifestación a un camarógrafo de televisión (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 112, punto 25).-

⁷¹ Buompadre, Donna, Estrella-Godoy Lemos.-

⁷² Rafecas, Soler. El primero de los autores define al sujeto pasivo como *todo aquel que se encuentre sometido a una relación funcional de poder*, que por mínima extensión que tenga en el tiempo, implique una restricción de su libertad locomotiva. Sostiene su postura en una interpretación sistemática e histórica del tipo, en el principio de *lex stricta*;



Creemos que esta posición es la más adecuada, compatible con el bien jurídico cuya tutela se pretende y acorde con la sistemática y ordenamiento propuesto en el Título. El *límite* siempre estará dado por la condición de *preso -en sentido amplio-* del sujeto pasivo, caso en el cual siempre será considerado en el inciso tercero del mismo artículo.-

Tipo Objetivo:

Los verbos típicos empleados por la norma.-

Se castiga, como se transcribió al comienzo, al funcionario público que desempeñando actos de servicios, *cometiere vejaciones o aplicare apremios ilegales.*-

Siendo de este modo entonces, la cita verbal típica estará constituida por las siguientes maniobras: **a)** “*cometer*” vejaciones, o **b)** “*aplicar*” apremios ilegales; esto es en cualquier caso un mismo comportamiento: *imponerlos, ejecutarlos o infligirlos.*-

Vejaciones y Apremios ilegales: Concepto. Distinción. Alcance.-

Llegados a este punto, tanto las *vejaciones* como los *apremios ilegales* en tanto elementos del tipo deben ser conceptualizados, empresa ésta que necesariamente irroga la tarea de referencia consistente en repasar anticipadamente la noción central del *art. 144 ter del fondal: la tortura.*-

Siguiendo a Rafecas⁷³, se puede mencionar que un primer *parámetro* implica un umbral mínimo de afectación de los derechos del sujeto pasivo, que recae en la concreta conculcación de su dignidad personal. La segunda frontera por su lado, está construida sobre la siguiente idea: el sufrimiento no deba llegar a ser de tal intensidad que constituya la aplicación de *torturas*.-

Inaugurando una la consigna que propone el establecimiento de ribetes distintivos de cada modalidad, debe adelantarse que se las ha diferenciado por su distinto grado de *intensidad afectivo*.- Siendo así, y a pesar del silencio de nuestro Código sobre el punto, podemos delinear las siguientes definiciones:

excluyendo aquellos supuestos de hecho que no guardan relación con el carácter protectorio que ha querido dar el legislador en este título ni con la esencia de las conductas que se han querido castigar en esta figura, los que a todo evento deberán reconducirse a otros delitos comunes (vgr. la represión policial de manifestaciones, los tratos verbales denigrantes en el ingreso de espectáculos públicos o en declaraciones testimoniales, en las academias de instrucción militar, en allanamientos). Asimismo, señala de manera crítica a la postura antagónica que se intentan superar los cuestionamientos relativos al bien jurídico y a la sistematicidad del título, recurriendo a un sentido laxo del mismo o aludiendo a la protección de otros intereses (obra citada, págs. 221/222 y 225).-

⁷³ En el apartado “fronteras del comportamiento típico”, el autor inicia el segmento considerando tales extremos como un *piso* y un *techo* respectivamente, que delimitan el alcance del tipo penal en tratamiento (obra citada, págs. 226/228).-



Vejaciones: todo tratamiento denigratorio o humillante, sea físico o verbal, practicado con el exclusivo propósito de mortificar al destinatario, atacando su *sentimiento de dignidad* o de respeto que merece como persona y con el que espera ser tratada⁷⁴.-

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a ese concepto jurídico, el cual es vinculado al origen etimológico de la palabra. En la doctrina internacional de los derechos humanos el término es asociado a los *tratos degradantes*.-

Es *en sí misma un fin*, por el cual el autor busca *denigrar, agraviar, humillar o mortificar a la víctima*, independientemente del móvil ilegal⁷⁵ que lo guíe⁷⁶. Esta es la cualidad que la caracteriza, y a la vez la diferencia del apremio ilegal en donde la finalidad radica en conseguir algo del receptor.-

Se ha puesto de resalto, que posee un contenido afectivo más acentuado en el *aspecto psicológico o moral* de la persona que en el físico, ello a pesar que se pueda manifestar lógicamente mediante *actos materiales* como insultos, patadas, cachetadas, o actos ridiculizantes⁷⁷.-

⁷⁴ Creus, Estrella-Godoy Lemos. En el mismo sentido, Buompadre explica que “...afectan su decoro como persona...”.-

⁷⁵ Así el fallo del Tribunal en lo Criminal nro. 3 de Bahía Blanca, *causa nro. 858, caratulada: “Vargas, Carlos Adolfo s/ apremios ilegales”*, estimando que los vejámenes son conductas que deben analizarse desde la tesis restrictiva que entiende que sólo pueden llevarse a cabo con personas privadas de la libertad (con citas a Soler y Rafecas) los que deben entenderse como todo trato denigratorio o humillante hecho con el propósito de mortificar o aumentar el sufrimiento del destinatario que es un fin en sí mismo, y sobre la base de la falta de vinculación de la conducta con una privación de la libertad, valorando que el motivo de las conductas recayó “...derezadamente (en) una actitud represiva orientada a enjugar la resistencia de la víctima y su progenitora...”; absolvió al imputado por la atipicidad respecto de la figura seleccionada por el MPF, toda vez que además la acción penal respecto de las lesiones se encontraba prescripta.-

⁷⁶ En esta línea, lo resuelto en fecha 06/12/2011, por la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa N° 46.662, caratulada “B., R. A. y otros s/ recurso de casación”, al establecer que “El delito de vejaciones, reprimido por el artículo 144 bis inciso tercero del C.P., se configura cuando un funcionario público, que tiene en sus manos el poder que le otorga la función, molesta, hace padecer o maltrata a una persona, tanto física como moralmente, de modo ilegítimo, dispensando un trato antirreglamentario, violatorio de lo normado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, humillando y mortificando al sujeto pasivo, atacando su sentimiento de dignidad y el respeto que merece como persona, denigrándola, siendo el acto vejatorio del autor un accionar encaminado a producir humillación en el sujeto que lo padece y que lo mortifica moralmente para la reprochabilidad de la conducta la motivación que lo haya determinado. Por el contrario, las severidades consisten en tratos rigurosos que pueden traducirse en atentados contra la incolumidad personal, en particulares modos de mantenimiento o detención del inculpado, en la privación de actividades que tiene derecho a realizar, o bien, en restricciones indebidas...”. En el caso, el tribunal confirmó la sentencia condenatoria en relación al delito del art. 144 bis inc. 3º del CP, respecto de funcionarios policiales que prestando servicio en la Seccional Primera de la Comisaría de Luján, ingresaron al sector de calabozos de la dependencia, donde se encontraban alojados alrededor de cuarenta detenidos, y blandiendo distintos elementos –en su mayoría con forma cilíndrica de tipo romo contundente (cables, palos y mangueras de goma), aplicaron a los allí alojados múltiples castigos corporales, obligándolos también, previo trasladarlos a los zurracos hacia el patio de la seccional –alambrado en su techo-, y conocido en la jerga carcelaria como “jaula”, a desnudarse y prosternarse de rodillas, espetándoles improperios y vituperios con tono humillante y mortificante a su dignidad humana.-

⁷⁷ Creus, obra citada, pág. 302. Constituye “prima facie” el delito previsto en el art. 144 bis, inc. 2º, CP (vejaciones) en concurso ideal con el delito de lesiones leves (art. 89, CP), la conducta oficial de la PFA, consistente en dirigirse a un menor, a quien creyó ver apoderarse ilegítimamente de una gaseosa en un maxi-quiosco, insultarlo y empujarlo contra unas heladeras y pegarle dos cachetadas. Expresó el órgano interviniente “Así, aún de ser cierta su versión en cuanto a la sustracción de la botella que habría observado mientras estaba detenido a la espera que lo habilite el semáforo, no



Apremios ilegales: consisten en el ejercicio de *presiones*, psíquicas o físicas, para obtener un determinado comportamiento a cambio del apremiado. El origen del concepto debe ubicarse en una perspectiva histórica, particularmente identificada y orientada hacia la consecución de una confesión del imputado como prueba por excelencia⁷⁸.

Es la *especial meta* perseguida por el autor lo que la caracteriza, y la contrasta -como quedara dicho- de la anterior modalidad comisiva. De tal modo, se advierte entre los actos apremiantes y lo que se persigue del apremiado, una *relación de medio a fin*⁷⁹.

La letra de la ley califica al apremio como *ilegal* a condición de permitirle ser típico. Lo que implica que existen ciertos comportamientos permitidos por el ordenamiento jurídico, en pos del cumplimiento de determinados objetivos: sea para el cumplimiento de una orden legítima o la obtención de una prestación –siempre del mismo tenor- de parte de su receptor⁸⁰. Siendo así, se observa la distinción con el concepto anterior, si se repara entonces en que hay acciones que la ley no consiente en ningún caso, como las que constituyen vejaciones⁸¹.

actuó conforme lo ordena la normativa legal vigente ante la comisión de un delito “in fraganti”, sino que increpó al niño y lo sometió a esos actos vejatorios, pese a que desde un primer momento –al decir del damnificado y sus amigos- le pedían que lo dejara pues S. no estaba sustrayendo objeto alguno, tal como también en ese momento le dijera el comerciante. De este modo, la actuación de B. merece un reproche penal y, por ello, debe continuar sometido a proceso.” (Causa 35.801 – caratulada: “B., I. N. Sobreseimiento”. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sala I, rta. 21 de mayo 2009).-

⁷⁸ Rafecas, obra citada, pág. 235. Indica que el fundamento de su inclusión radica en abarcar los momentos iniciales del proceso, particularmente la aprehensión policial y las maniobras desplegadas a fin de encarrillar la investigación mediante la obtención de datos sobre el ilícito pesquisido, contexto en que destaca las llamadas “confesiones espontáneas”.-

⁷⁹ “La figura del artículo 144 bis inciso 3º del Código Penal contiene dos clases de conductas: los premios ilegales y las vejaciones. Los primeros, se cometan con el fin de la obtención de algo. En cambio, las vejaciones se agotan en sí mismos, más allá del móvil que los guíe, puesto que sólo intentan humillar o denigrar a quien los padece”, conforme la Sala III del TCPBA en fecha 29/10/2009, en la causa Nº 5.926 caratulada “G., J. F. s/ Recurso de Casación”.

⁸⁰ De un modo exemplificativo pueden mencionarse los comparendos judiciales de detenidos para cumplimiento de actos procesales. Enseña Rafecas que se trata de un elemento de recorte normativo, que permite al funcionario público llevar a cabo tales comportamientos –“coertio”-, que son en principio típicos, los que se rigen por la normativa que regulan el ejercicio del poder penitenciario (obra citada, pág. 242). En palabras de la cámara 5ª Apel. Criminal Mendoza, 09/04/91, autos ‘Fiscal c. R.P.M.W. y M.G., V.G.’: “...El adjetivo *illegal* que califica el apremio evidencia que ciertas medidas apremiantes pueden ser legales pero se tornan ilegales cuando no aparecen justificadas de hecho. Medidas legales pero injustas.” (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 106, nº 15).-

⁸¹ Soler expone sobre el tema: “Bajo estas figuras caen dos clases de acciones: aquellas que la ley no consiente en ningún caso y aquellas que, siendo legalmente posibles, son arbitrarias en el caso concreto. Con respecto a la primera categoría, ciertas formas de mortificación están prohibidas por preceptos constitucionales: toda especie de tormento y los azotes, C. N., art. 18. En realidad, la misma disposición constitucional fija, además, el límite de la coerción: la estrictamente necesaria como precaución. Todo exceso, aunque sea “a pretexto de precaución” genera responsabilidad. Las medidas ilícitas son las contenidas en los reglamentos. En consecuencia, cualquier transgresión de esos límites constituye delito, siempre que, de acuerdo con el precepto constitucional, represente una mortificación para el detenido. Pero el delito puede también ser cometido aplicando una medida legal en sí misma; pero no justificada de hecho. La palabra “illegal” está empleada aquí en un sentido muy amplio, comprensivo tanto de la ilegalidad formal como de la sustancial.” (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág. 53).-



Debe subrayarse asimismo que el término se asocia en la doctrina internacional a los *tratos inhumanos*⁸².-

Tipo Subjetivo.-

Se trata de un *delito doloso*, en el que sería suficiente con la verificación de un *dolo eventual* en el agente⁸³.-

La *finalidad* perseguida en el caso de los apremios ilegales debe haber sido querida para permitirse ser típica la conducta afflictiva –*constituye un elemento subjetivo distinto del dolo*–, emergiendo en este punto serias dificultades probatorias de tal extremo, ello sin perjuicio de la posibilidad de atribuir en esos casos la misma figura penal aunque en su modalidad vejatoria considerando que la penalidad resulta ser idéntica.-

Autoría y Participación.-

Los actos apremiantes o vejatorios pueden ser impuestos mediante la *actuación individual o grupal de funcionarios* en el desempeño de su cargo. Cuando estos obren conjuntamente, conservando el dominio funcional y siguiendo un plan previo, su *aporte activo* a la empresa criminal, podrá ser punible a todos ellos en calidad de *co-autores*. La imputación de la maniobra a una multiplicidad de personas, dependerá pura y exclusivamente de cada supuesto de hecho, de las características y contenido de las conductas ilegales⁸⁴.-

Pero debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo reprochable la *inacción* del agente frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo y este imponga facultades de resguardo de la integridad física del damnificado.-

⁸² Ver sobre este concepto, Carlos Mahiques, ‘La noción jurídica de tortura’, Educa, 2003.-

⁸³ Rafecas, Buompadre. Señala no obstante el primero de los autores, diferencias en virtud de la naturaleza y las características de cada modalidad, así mientras que en las vejaciones habrá de apreciarse dolo directo; en los apremios ilegales el dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado -debido a la finalidad del autor- (obra citada, pág. 234). Para Creus y Donna solo es admisible el dolo directo.-

⁸⁴ La responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de parte del agente de la conducta típica, ej. la aplicación del golpe, sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles para el designio delictivo colectivo. Se consideró coautores del delito de vejaciones en concurso ideal con lesiones leves, a funcionarios policiales que procedieron a golpear a un conductor ante su negativa a descender del rodado, pese a que no se mostrara agresivo ni intentara huir del lugar, considerando que su conducta no se adecuó a los principios de razonabilidad, sino que eligieron un uso abusivo de la fuerza que entrañó fuerza física, valorando que el uso de la misma sólo es legítimo cuando su despliegue es necesario e imprescindible, y que siempre debe ajustarse y ser proporcional a las particularidades del caso (STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 12/05/2011, “O.,L.A. y otro”. Citado por Donna en ‘El Código Penal y su Jurisprudencia’, pág. 219).-



En lo que concierne a las variantes que se despliegan para el caso de carecer el sujeto activo de la especial condición que se requiere para ser autor de la figura –tanto directo como mediato- se remite a lo expuesto con anterioridad en el comentario. Huelga señalar que a diferencia del *art. 144 ter del digesto penal*, se carece de una reglamentación expresa de esa situación⁸⁵.-

Desde ya será perfectamente viable, siempre que se acrediten las exigencias propias del concepto, la *instigación y participación* de funcionarios o terceros.-

Consumación y Tentativa.-

La ilicitud penal en tratamiento se *consuma* en el mismo momento de la afectiva aplicación del acto sobre el sujeto pasivo, tratándose de un delito de *consumación instantánea*.-

A partir de ese hito, según la clase de apremio o vejación de que se trate, la antijuridicidad del injusto se mantiene hasta tanto opere su *agotamiento* en virtud del cese del padecimiento, tanto sea por una decisión voluntaria o no del ejecutor –*delito permanente*-.

Se trata de un delito de *resultado*, pero no obstante para su consumación no es necesaria la verificación de *lesiones* de ningún tipo⁸⁶, aunque si servirán como parámetro para la categorización de la agresión y para la medición de la pena, ello sin perjuicio de la posibilidad de la concurrencia formal entre ambas figuras penales.-

Se admite la *tentativa*.-

Particularidades de la figura.-

Relaciones concursales del ilícito con otras penalidades.-

En cuanto a la *privación ilegal de la libertad*, es posible admitir el concurso material tanto con el *art. 144 bis inc. 2º y 3º (art. 55 CP)*, aunque necesariamente deberá verificarse que la afectación al bien jurídico no resulte exclusivamente de la conculcación que aquella lleva ínsita en sí misma⁸⁷.-

⁸⁵ El *art. 144 ter, CP, inc. 1º, segundo párrafo*, estipula: “*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.*” -en relación a los previstos en el primer párrafo para el tipo doloso básico-. Soler enseña para los casos del inciso 2º y 3º en estudio que: “*En todas estas hipótesis, aunque se trata de delitos especiales, es posible la participación accesoria de sujetos que no revistan la calidad de funcionarios, o que sean funcionarios de una jerarquía distinta a la requerida para el autor principal.*”.-

⁸⁶ En este sentido, el ST Rio Negro, 30/09/99, “Alcaraz” (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 119, punto 37).-

⁸⁷ Sostiene Soler que “*Nada tiene que ver con la privación misma de la libertad el hecho de imponer al que ya está preso -legal o ilegalmente- vejaciones, apremios o severidades ilegales. Si el autor de éstas es, además, autor de la ilegal privación de la libertad, debe responder por las dos infracciones en concurso real.*” (autor y obra citada, pág. 52).-



Respecto a las *lesiones leves* (*art. 89, C.P.*), se torna compleja la situación si se atiende al agravante previsto en el último párrafo del *144 bis* (*que remite al 142 inc. 3º*, y agrava la pena a una escala de dos a seis años de prisión, si “...*resultare grave daño a la persona, a la salud... del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor...*”). Aunque los tribunales tradicionalmente lo han hecho encuadrar en una hipótesis concursal partiendo de la heterogeneidad de los bienes jurídicos tutelados⁸⁸, se ha propuesto considerar el supuesto como un *concurso aparente*, aplicándose la figura en estudio por su mayor penalidad represiva⁸⁹.-

Con las *lesiones graves*, el tema deviene en una solución distinta en tanto que podría darse el supuesto de concurso ideal, atento la penalidad que se aumenta para el caso del agravante del *art. 92 en función del 80 inc. 9º del C.P.* elevándola a una escala que va desde los de tres a los diez años de prisión⁹⁰. Finalmente, en cuanto a las *lesiones gravísimas*, se admite la posibilidad que por la gravedad nociva de la ofensa que llevan intrínsecamente sean identificadas -su propia naturaleza- con actos de tortura, de hecho el *art. 144 ter -en su segundo inciso, segundo párrafo-* estipula expresamente la escala represiva para el caso.-

También puede concurrir con los ilícitos que se individualizan en el *art. 143, C.P.*, en sus *incisos 1º, 2º, 4º -primera parte- y 5º* del fondal, que fueran desarrollados previamente.-

Finalmente, tratándose de casos de apremios ilegales, en tanto por definición se pretende obtener un determinado comportamiento del sujeto pasivo mediante la imposición de las aflicciones, cuando se consiga una declaración o confesión del imputado, se podrá presentar un *concurso ideal con la falsedad (ideológica)* volcada en el acta respectiva por el actuario que haya intervenido. Ello en tanto, cuando menos habrá podido omitir dolosamente ese dato, plasmando como voluntaria una deposición que no lo fue.-

En esta línea de análisis, si el *propósito* buscado se centra en obtener dinero, cosas o documentos, la figura castigada en el *art. 144 inciso 2º o 3º del código sustantivo* se subsumirá en el delito de *extorsión* (*art. 168 C.P.*), ya que es reprimido con una pena mayor –de cinco a diez años de

⁸⁸ CNCrim. y Corr., Sala VI, 29/12/00; Cám. Apel. Crim. Concepción del Uruguay, 12/11/57; TOC nº 9, 04/04/06; CNCrim. y Corr., Sala I, 04/03/05, “Estrada” (citados por Estrella-Godoy Lemos, pág. 103 y ssgtes., puntos 7, 13, 24, 27).-

⁸⁹ Rafecas, obra citada, pág. 232. Quien propugna la misma solución aún para el caso de que opere el agravamiento del *art. 80 inc. 9º del C.P. en función del art. 92* que prevé el aumento si el autor abusare de su función o cargo, cuando fuere integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.-

⁹⁰ Rafecas, obra citada, pág. 233.-



prisión-, siendo que el disvalor que importan los apremios es incluido en la *intimidación* que exige aquella figura⁹¹.-

Idéntica sanción punitiva para ambas modalidades.-

A pesar del diferente rigor afectivo que pueda ejercer sobre el sujeto pasivo y de los contrastes conceptuales que se puedan ensayar, ambas modalidades son castigadas con *idéntica penalidad: prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo.*-

Desde esta óptica, se propugna en la doctrina un reajuste de *lege ferenda* que advierta, corrija y repare en el distinto grado de rigor de cada modo de tratamiento, ello sin perjuicio del amplio margen que prevé la escala punitiva para la graduación judicial de la sanción (*C.P., art. 41*).-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

Vinculados a los actos iniciales de la investigación penal, y al significado que desde un plano histórico-etimológico se les ha dado a los *apremios ilegales*, en tanto parámetro apreciativo en el contexto de la valoración judicial como elemento de prueba cargoso, no pueden dejar de mencionarse las llamadas *confesiones espontáneas*.-

Suelen ser la esencia perseguida de este delito cuando es cometido por funcionarios policiales en los albores de la pesquisa, obteniendo valiosos pero ilegales datos para encarrilarla, valiéndose de opresiones sobre el detenido. Informaciones sobre otros intervenientes en el ilícito o ubicación de la res furtiva desapoderada, son el norte pretendido mediante su aplicación.-

De tal modo, resulta de suma utilidad al menos aludir de forma enumerativa la jurisprudencia emanada del máximo tribunal argentino en los fallos *Montenegro* (303:1938) y *Francomano* (310:2384), en los cuales se evaluó el valor convictivo y la principalmente la validez de aquellas expresiones, propiciándose la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente por ser la concreción de la violación de garantías constitucionales.-

Art. 144 bis: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo:

⁹¹ Ibidem, pág. 247.-



3.- el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.”.-

Antecedentes Históricos y/o Legislativos, y/o Proyectos. Bien Jurídico Protegido.

Remisión.-

Se remite a lo expresado en el supuesto anterior en lo atinente a ambos extremos.-

Sujeto Activo.-

También el sujeto activo de la figura debe lucir la calidad de *funcionario público* (art. 77, C.P.), pero el círculo de postulantes resulta más acotado. La consecuencia anida en la expresión “... *a los presos que guarde...*” seguida al tiempo verbal típico imponer empleado por la norma. La introducción indica que: sólo podrá serlo un *agente estatal que tenga a su cargo la guarda del preso*.-

Siendo así el alcance de la voz cobra absoluta relevancia. De tal modo implica que sólo los funcionarios públicos cuyas funciones consistan en la *custodia de la integridad* del detenido –directa o indirectamente- podrán serlo⁹².-

Esto comprende tanto aquella guarda que se ostente de forma permanente, como la que sea detentada de hecho u ocasionalmente, en tanto esa tarea sea abarcada dentro de sus competencias funcionales⁹³.-

Pero no sólo aquellos que guardan de manera inmediata o directa pueden ser autores, sino también quienes lo hagan de forma mediata o indirecta, en tanto se verifique una vinculación entre aquel como garante de la protección integral del detenido.-

Es decir conclusivamente, que tanto puede cometer el delito aquel guardia o custodio, como el director o Alcaide del establecimiento penal en el que el preso se encuentra alojado.-

Va de suyo, que para el caso en que el funcionario que lo aplique, no esté guardando al detenido -en los términos referenciados-, quedaría cubierto su proceder igualmente por el supuesto anterior (CP, inc. 2º, del art. 144 bis).-

⁹² El art. 9º de la ley nº 24.660, prescribe que “La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder.”.-

⁹³ Estrella-Godoy Lemos, Rafecas, Soler, Creus, Buompadre, Donna, Núñez.-



Sujeto Pasivo.-

La norma exige que se trate de un *preso*. El término incluye a *toda persona que esté privada de su libertad en un establecimiento penitenciario* destinado a ese efecto: al de guardarlos. Lo caracterizará el personal operativo que allí se desempeñe, con una labor preparada y entrenada para ello, y la reglamentación disciplinaria interna aplicable.-

Por ello, se presupone que su estado de detención debe ser *legítimo*.-

El alcance de la palabra debe ser asociado con un *concepto amplio*, que incluirá tanto a sujetos condenados como procesados privados de su libertad de manera preventiva, independientemente de la denominación que se les otorgue a la situación procesal y al sitio en que se aloje⁹⁴.-

Lo dicho no debe ser entendido como limitativo del *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las conductas potencialmente encuadrables en la norma, pues el tipo penal incluye también aquellas aplicadas durante traslados, o bien en sitios de alojamientos provisorios. Desde el mismo momento en que el detenido es puesto a *disposición de hecho de la autoridad penitenciaria* ingresa bajo el amparo del tipo penal⁹⁵.

En síntesis, el alcance de la figura queda sellado por la calidad de la persona y no por la circunstancia situacional en que las maniobras puedan tener lugar, lo que a todo evento coadyuvará a desentrañar aquella característica.-

Tipo Objetivo:

Identidad del verbo típico y las modalidades comisivas. Remisión.-

Tanto las *acciones típicas* como los conceptos de *vejaciones y apremios ilegales*, no difieren de lo analizado oportunamente en ocasión de afrontar el estudio del *inciso 2º*.-

Nota distintiva de la figura: Severidades.-

Como quedó sentado la esencia sancionatoria de la figura hace foco en el funcionario público que impusiere *severidades*, vejaciones o apremios ilegales, *a los presos que guarde*.-

⁹⁴ Como fuera mencionado en el marco del abordaje del art. 143 inc. 5º, C.P., resultan incluidos los menores de edad internados en Institutos. En igual sentido para la figura en análisis, lo sentenciado por CNCrim. y Corr. Sala IV, 23/03/05, “Fernández Raúl” (citado por Estrella-Godoy, pág. 120, punto 44). En cambio, no son abarcados los detenidos en *comisarías* por ser ajenos al concepto.-

⁹⁵ Rafecas, obra citada, pág. 254.-



Pero se adicionan a las modalidades reprimidas en el artículo anterior la aplicación de *severidades*. Pueden ser definidas como toda imposición que determine un aumento del sufrimiento del detenido *contrario o abusivo a las reglamentaciones* que regulan la vida intramuros, siempre que no alcance la categoría de apremio o vejación.-

La nota que demarca esta noción se concentra en el desapego a la reglamentación que delinea el tratamiento de reclusos que supone un agravamiento de su detención, es decir en el carácter *anti-reglamentario del procedimiento*⁹⁶.-

Pero vale remarcar que siempre resultarán subordinadas o residuales de la intensidad de las otras modalidades.-

El choque de la medida con el estatuto que rige la materia puede tener diverso origen. Se dijo ya que se abarca toda orden que aumente la aflicción del detenido, lo que en general puede provenir tanto desde una *perspectiva sustancial* como *formal*:

- a) por ser *contraria* a la reglamentación: por ausencia de previsión absoluta, o en particular para determinado supuesto, o bien por estar directamente prohibida por esas disposiciones;
- b) por ser *abusiva* de aquella: por su aplicación más intensa, sea durante más tiempo que el estipulado o en condiciones más severas;
- c) por ser impuesta por *autoridad no competente* para disponerla⁹⁷.-

Tipo Subjetivo. Consumación y Tentativa. Autoría y Participación. Remisión.-

Siendo asuntos totalmente compatibles y sin necesidad de efectuar aclaraciones, teniendo la precaución de identificar las cualidades que distinguen la modalidad central de la figura, se remite a lo dicho en los puntos pertinentes del parágrafo anterior.-

Particularidades de la figura.-

Escenarios fácticos típicos de comisión.-

⁹⁶ Estrella-Godoy Lemos las definen como “privaciones innecesarias y abusivas, privaciones abusivas de derechos o beneficios”. Núñez y Buompadre la caracterizan como *tratamientos rigurosos y ásperos* que se aplican al preso.-

⁹⁷ Explica Soler que “...toda vejación es antirreglamentaria, de acuerdo con el art. 18 de la C.N. Por lo cual tanto puede cometerse este delito azotando a un preso (castigo prohibido) como poniéndolo en celda especial o privándolo de visitas (castigos lícitos). En estos últimos casos, la delictuosidad puede derivar de la incompetencia misma del funcionario que los aplica. Un guardián tiene menos facultades que un inspector, éste menos que un alcaide y éste menos que un director. Pero inclusive tomada la medida por el funcionario competente, aquélla puede constituir vejación si de hecho no está justificada, y ha sido dispuesta en conocimiento de su injusticia.”.-



Se trata de contextos en los que por las características que los denotan, la propagación configurativa de las conductas ilícitas constitutivas del *inc. 3º del 144 bis del C.P.*, en la modalidad que trasunta en eje de la figura, resulta altamente alcanzable.-

Teniendo siempre como principio rector la mínima afectación del respeto de la *dignidad personal de todo detenido*⁹⁸, es válido mencionar:

a) La aplicación abusiva de *sanciones y castigos* en el marco del cumplimiento de una pena o de cualquier detención, supuestos en los que para encajar en la norma en estudio no deberán estar previstas en la reglamentación, o bien excederse cualitativa o cuantitativamente de sus previsiones, o ser dispuestas por quien no tiene competencia para ello.-

b) El *ejercicio de fuerza* de parte de personal penitenciario en el trato de presos, el que sólo está permitido para el ejercicio de las facultades inherentes a la función (*excepcional*), siempre que sea *proporcional y razonable* la relación entre el medio empleado y el fin perseguido⁹⁹. Ello sin perjuicio de que sea considerado como una agresión ilegítima que habilite la resistencia del agredido¹⁰⁰.-

c) Las hipótesis típicas pueden estar enlazadas e iniciarse en circunstancias que ilegítimamente impuestas puedan repercutir en *agravamientos de las condiciones de detención*,

⁹⁸ En esta senda valorativa, la C.I.D.H. ha sentado en reiteradas ocasiones que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal (cfr. lo resuelto en los casos “Tibi”, “Instituto de Reeducación del Menor”, “Bulacio”, “Neira Alegría y otros”, “Cantoral Benavides”, entre otros).-

⁹⁹ En el derecho interno está determinado por el art. 77 de la ley nº 24660, y el art. 205, que estipula que los programas de formación, actualización y perfeccionamiento del personal penitenciario contendrá el estudio de las Reglas Mininas para el Tratamiento de Reclusos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Particularmente este último reglamento, adoptado por Asamblea General (resol. 34/169, del 17/12/1979), prevé que ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º, en concordancia con el art. 2º), y en su artículo 3º, reza que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas (en el mismo sentido, ver los comentarios incorporados al propio reglamento). También resulta provechoso la mención de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990). Finalmente, también en el ámbito internacional, se ha mencionado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del art. 5º de la Convención Americana (CIDH, 17/09/97, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”).-

¹⁰⁰ Así, Zaffaroni, Alagia y Slokar “...El derecho a la integridad física se afecta cuando el empleo de fuerza o violencia contra el sospechoso de la comisión de un delito o contra la persona cuya conducta es necesario interrumpir, supere los límites de la racionalidad en el ejercicio del deber de coacción directa. El funcionario actuará violando su deber y, por ende, se legitimará de defensa contra él cuando aplique fuerza innecesaria, lo arrastre de los cabellos o lo golpee cuando ya no pueda ofrecer resistencia, o lo haga en la cabeza cuando pueda golpear una parte no vital. Sin duda que configura una agresión ilegítima el uso indebido del arma reglamentaria, por su mayor entidad lesiva. Más allá de cualquier disposición reglamentaria, es una agresión ilegítima el uso de un arma con poder letal sólo para detener a quien se fuga sin ejercer violencia o habiendo cesado en ella.” (autores citados, en obra referenciada, pág. 640).-



traducibles en restricciones de derechos reglamentados concedidos a favor de quien se encuentra privado de su libertad en virtud del ejercicio del poder punitivo estatal¹⁰¹. Tal entorno, por caso vale indicar: hacinamiento, aislamiento, falta de luz natural y de ventilación, carencia de elementos indispensables para el descanso y la higiene personal, restricciones del contacto familiar, han sido calificadas en los términos de *tratos degradantes o crueles* por la jurisprudencia internacional¹⁰², pudiendo generar responsabilidad del Estado argentino en el ámbito internacional. Pero este panorama no debe prestarse a confusiones, con la *responsabilidad penal* que pueda corresponde a los agentes que se desenvuelven en las esferas administrativas. El reproche estará siempre asociado a los principios básicos que rigen la materia: acreditación individual de conductas típicas, a la inexibilidad de otras ajustadas a derecho en el contexto particular, ceñido a un caso concreto y puntual, a la afectación al interés material objeto de tutela, y en el que deberá acreditarse su intencionalidad afflictiva.-

Consideraciones generales comunes a todas las modalidades comisivas tratadas.-

1) Se tratan de *conceptos unitarios*: lo que implica que aunque la letra del artículo aluda pluralmente a vejaciones o apremios ilegales, ello *no multiplica el delito* si son cometidos dentro de un mismo contexto circunstancial y contra un mismo sujeto. Paralelamente, cuando se aplican las dos modalidades combinadas, se debe estar por aquella que implique un mayor disvalor en la acción – peculiaridad que en principio apunta a los apremios ilegítimos, en tanto sea factible su acreditación, en razón de las especiales motivaciones existen en el sujeto activo-¹⁰³.-

2) *Formas de comisión*: Pueden ser cometidas tanto por actos *comisivos*, como así también mediante *comisión por omisión (omisión impropia)*.-

3) *Mayor disvalor de injusto frente a multiplicidad de sujetos pasivos*: Si las conductas afflictivas son impuestas en un mismo contexto a dos o más personas, el funcionario responderá por todas dando lugar a un concurso real (*art. 55 C.P.*). Es que la multiplicidad de subjetividades evidenciadas, de resultados típicos exteriorizados y de bienes jurídicos lesionados, es preponderante

¹⁰¹ En función de ello, se torna relevante un *nutrido plexo normativo* que conforma un amplio marco regulatorio del tópico. Los arts. 5.2 y 6 de la CADH, 10 del PIDCP; Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 -XXX-, del 9 de diciembre de 1975); la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984); Reglas Mínimas para el Trato de reclusos de la ONU, entre otros.-

¹⁰² En tal dirección lo ha resuelto la Corte Interamericana en los casos “Lori Berenson Mejía vs. Perú” -25/11/2004-, “De la Cruz Flores vs. Perú” -18/11/2004-, “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” -02/09/2004-, entre otros.-

¹⁰³ Rafecas, Creus, Estrella-Godoy.-



por sobre la fusión que pueda experimentar el acontecimiento ilegal histórico en el plano de la realidad.-

Evolución cuantitativa y/o cualitativa de la intensidad del sufrimiento. Influencia en el desarrollo del iter criminis.-

Interesa en este apartado poner de relevancia un particular fenómeno que pueden experimentar las maniobras que resultan castigadas en los artículos que fueron presentados, y que incluye además las atrocidades que se mencionarán a continuación (*C.P., art. 144 ter*). La referencia involucra la *evolución cuantitativa y/o cualitativa* que en el desenvolvimiento del iter criminis pueden exteriorizar los sufrimientos que constituyen el núcleo de los malos tratamientos y penas.-

En esa senda, se subraya que pueden existir ciertos casos de acrecentamiento gradual entre cada una de las especies aludidas, encontrando su tope final en la comisión de la máxima conculcación a la personalidad humana esperable que se encarna en el delito de tortura.-

Es decir, funcionaría un *rango intensivo ascendente* entre los diferentes géneros castigados. Resta añadir sólo que el orden de bravosidad anunciado, presenta lógica con la secuencia enumerativa típica dada por el legislador nacional en el título al establecer el organigrama del *art. 144 bis* del muestrario penal en su valoración conjunta con el siguiente.-

De tal modo, las acciones menos gravosas funcionarían como actos preparatorios o incluso como inicio ejecutivo en muchos casos del tipo penal más lesivo, aunque éste los comprendería en la merituación del disvalor de la obrar reprochable¹⁰⁴. Es más, muchas veces podrá ocurrir que el avance del curso criminal llegue a contener la muerte de la propia víctima, funcionando el agravamiento del *inc. 2º del 144 ter* del código represivo argentino.-

Agravantes comunes para todas las figuras del art. 144 bis.-

Se trata del párrafo final del artículo que reza de la siguiente manera: “*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.*”.-

¹⁰⁴ Señala Rafecas, el caso del aislamiento en áreas de separación en el marco de una detención legítima llevada a cabo en establecimientos penitenciarios destinados al alojamiento de reclusos, cuya reglamentación establece la delimitación temporal máxima por el cual puede imponerse (quince días, art. 87 inc. ‘E’, ley nº 24660), concluyendo el jurista que iniciando en una sanción legal permitida puede derivar en una severidad, y cuando supera excesivamente en días o meses aquellos bordes, ingresar en el terreno de los apremios ilegales o incluso del art. 144 ter del C.P., y siendo que los bienes jurídicos involucrados son absolutamente homogéneos esta figura siempre absorberá el disvalor de aquellas conductas previas.-



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 venganza¹⁰⁵.-

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 tortura¹⁰⁶.-

Jurisprudencia de la CSJN.-

CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", 3/05/2005 (V. 856. XXXVIII).-

El fallo resulta dictado a raíz de la interposición por parte del *C.E.L.S. (Centro de Estudios Legales y Sociales)* de un habeas corpus colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.-

Su fundamento residía en la superpoblación y el consecuente hacinamiento que éstas debían padecer, sumado a la existencia de un estado edilicio deplorable de conservación e higiene, careciendo de

¹⁰⁵ Rafezas, 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.-

¹⁰⁶ 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.-



ventilación y luz natural, sin ningún tipo de mobiliario, sin que se garantice la alimentación adecuada de los reclusos, lo que deviene en el aumento de los riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas, y violencia física y sexual¹⁰⁷.-

Como pautas dispositivas del decisorio, previo a realizar un repaso sobre la situación en las comisarías bonaerenses y los límites excesivos de la detención en prisión preventiva, y el análisis de la normativa internacional aplicable, la C.S.J.N. resolvió declarar que las *Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas*, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención, disponiendo que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos, como así también de toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.-

CSJN, “Urricelqui Evaristo Manuel s/ Privación ilegítima de libertad, Vejaciones” (sent. del 09/03/1973).-

En el caso un integrante de la policía federal argentina (Comisario) ordenó cortar el pelo a una persona detenida, pese a su manifiesta disconformidad.-

La Corte revocó el auto del inferior que disponía el sobreseimiento definitivo, en tanto consideró que no se podía descartar la verificación del elemento subjetivo –“propósito agravante”– que demanda la figura del *art. 144 bis, inc. 3º, C.P.*, sobre la base de considerar las circunstancias en que habría acontecido, y discrepando particularmente en la consideración efectuada por la cámara sentenciante en cuanto calificó la conducta reprochada al funcionario como “...*actitud docente, y atribuible al exceso de celo moralizador equivocado, pero sin que denote ningún fin vejatorio...*”.-

¹⁰⁷ El órgano original receptor, Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, rechazó en el inicio el hábeas corpus, al considerarse incompetente invocando que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales. Ante ello, la actora interpuso recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley, declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y contra ese pronunciamiento se interpuso un recurso extraordinario, que fue denegado, y finalmente dio lugar a un recurso de queja.-