



Omisión de evitar o denunciar torturas

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144 quater: *“1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.”*

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.”

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos. Bien jurídico. Sujeto Pasivo. Remisión.-

Ya se expusieron los antecedentes previos a la sanción de la *ley n° 23.097*, nueva normativa con la que el legislador hizo efectiva una intención que, teniendo presentes los horrores acaecidos años anteriores en el contexto histórico de la última dictadura cívico-militar (1976-1983), se afincaba en la sanción penal de todos los eslabones de la cadena estatal que pudieron contribuir de uno u otro modo, de forma directa o indirecta, a esos crímenes.-



Introdujo en el código los novedosos artículos *144 quater y quinque* (arts. 2º y 3º de la ley citada, respectivamente), mediante los cuales se reprimen diferentes hipótesis delictivas funcionales que se vinculan al acto mismo de tortura practicado por otro funcionario¹.-

La lógica de la nueva preceptiva signa el reproche en aquellos agentes que habiendo podido evitar actos de torturas omitieron hacerlo², o bien que de forma imprudente contribuyeron decisivamente a su acaecimiento, pero no se olvida de quienes en su calidad de representantes estatales no los denunciaron o arbitraron los medios para investigarlos.-

Siendo de tal manera, el bien jurídico y las víctimas afectadas no difieren de lo expuesto sobre el particular en la sección dedicada a abordar tales tópicos en el tratamiento del *art. 144 ter, C.P.*.-

Inciso Primero: “*1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.*”.-

Sujeto Activo.-

En primer lugar, se trata de un delito *especial propio*, por exigir en el agente la calidad de funcionario público (*art. 77 del C.P.*), y debe quedar claro, que éste sujeto no interviene en el plan criminal de torturar desplegado por otros.-

La competencia funcional impeditiva del acto de tortura.-

Pero además se requiere para ser autor, por exigencia expresa de la norma, que tenga *competencia para evitar* la comisión del delito de *torturas* (*art. 144 ter, CP*). Esto es, aptitud funcional para poder impedir esos actos.-

¹ A decir de Soler, figuras autónomas de omisión, que abarcan conductas que antes podrían haberse considerado atípicas (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág., 58). Buompadre alude que podría decirse que la nueva ley es “*hija de la democracia*” (autor citado en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Mave, pág. 543).-

² Rafecas, explica que eran comunes por aquellos días actos que se traducían en meras omisiones -de dar trámite a denuncias, o presentaciones de habeas corpus-, o en concretas acciones -liberación de zonas donde actuaban los grupos de tareas- (autor mencionado, en “*La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*”, edit. Del Puerto, 2010, pág. 198).-



Dicho esto, es necesario profundizar en la noción central del artículo. Esta especial capacidad funcional impeditiva que debe presentar el agente puede derivarse de dos ámbitos, distinguiéndose entre: **a)** una competencia *procesal*, y **b)** una competencia *administrativa*³.-

En el primer sentido, se incluyen los funcionarios que gocen dentro de su órbita de competencia para la *recepción de denuncias*, y/o de acciones de *Habeas corpus*, sea por designación de autoridad pertinente para ejercer ese cargo o por corresponder su intervención al encontrarse en turno (ej. funcionarios policiales, comisarios, jueces o fiscales -según el sistema procesal-).-

En el segundo segmento antes mencionado, encontramos funcionarios públicos a quienes les compete administrativamente el funcionamiento de la dependencia en la que se comete el delito, pero que en la estructura jerárquica están por encima de su titular.-

En síntesis, desde este plano y sin perjuicio de lo que se diga en lo ulterior, el sujeto activo deberá presentar dos requisitos: *i)* que sea *ajeno a la repartición* donde se comete la tortura; y *ii)* que además, no tenga bajo su disposición al sujeto pasivo, sea directa o indirectamente.-

Pero además de verificarse esta pauta relativa a la *posibilidad jurídica* que debe detentar el agente, debió haberse enterado del acto cuya evitación se exige en esta figura, y haber tenido *posibilidad material* de interferir abortando el tormento en el contexto en que se le presentó la novedad⁴.-

Tipo Objetivo.-

Alcance de la *acción típica omisiva* de la figura.-

Tomando como referencia lo explicado en el apartado anterior, resulta claro que será castigado el funcionario público que teniendo competencia para evitar el delito de torturas, omite hacerlo. La *acción típica* consiste en una manifestación omisiva⁵: *no evitar* la comisión de torturas pudiendo hacerlo.-

³ Seguimos en este punto a Rafecas, obra citada, pág. 203.-

⁴ Creus Carlos, en Derecho Penal. Parte Especial, Astrea, Tomo I, pág. 309. Soler, con similar tónica alude a la necesidad que el funcionario invista *poder jurídico y de hecho* suficientes para evitar la comisión de tales infracciones (autor y obra citada, pág. 59).-

⁵ Para Rafecas se trata de una omisión impropia sin equivalencias comisivas, que ha sido tipificada expresamente por el legislador, y sin perjuicio de la discusión doctrinaria sobre el punto, el autor propone resolverlo por medio de la teoría general de la omisión; partiendo de la valoración de las escalas penales como pauta interpretativa global, de donde se puede colegir que si bien el legislador le da mayor relevancia que los delitos de omisión propia (ej. Omisión de denunciar), los considera menos lesivos que los casos de comisión por omisión de torturas. También la entiende como omisión impropia Buompadre. Desde otra perspectiva, Sebastián Soler define al caso previsto por el apartado como “de simple omisión” (autor y obra citada, pág. 59). Se advierte palmariamente el parecido con el supuesto del inc. 6º del art. 143 del C.P..-



Pero ello comprende un dual mandato alternativo dirigido al agente, según el avance en el iter criminis que despliegue el autor del acto. De ese modo, importará una orden para *evitar -en sentido estricto-* el delito cuando aún no haya comenzado, o bien, para *hacerla cesar* cuando ya haya tenido inicio.-

Esto implica que el comportamiento sólo resultará reprochado en los casos en los que el delito del *art. 144 ter, C.P.:* a) está en curso, y b) cuando no ha comenzado a ejecutarse, pero no obstante el agente toma conocimiento de su inminencia⁶.-

Es decir, abarca no sólo el inicio de los actos ejecutivos de la tortura –tentativa- y su consumación, mientras perdure; sino también tramos anteriores al comienzo siempre que sea inminente, y -obviamente- luego se concretase.-

Comienzo y final del mandato normativo impuesto.-

Advertido del acto, independientemente del *medio o la vía* por la cual se entera de los sucesos, nace el mandato en cabeza del funcionario de obrar conforme a la exigencia legal.-

La ley no establece, como sí lo marca en el inciso siguiente, que los actos debió haberlos conocido en virtud de sus funciones, es más no indica ninguna referencia a la necesidad de esa noticia, lo que se derivará de las reglas generales de la imputación y de la misma lógica.-

A partir de ese momento, resulta indistinto cómo se exteriorice la omisión del autor: tanto es típico si el agente no concreta actividad alguna, como si realiza otras acciones que sean ajenas a ese fin obstativo del delito, pues en cualquier caso contribuye al desenlace ilícito⁷.-

Asimismo, la atribución de responsabilidad penal al agente encuentra un límite: *el cese de la tortura*. Este hito demarca lógicamente la imposibilidad de reprochar la contribución al resultado lesivo, a quien conforme el contexto fáctico en que se ocasionó no estuvo en condiciones de evitarlo.-

⁶ Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Creus, Buompadre.-

⁷ Es que en cualquier caso el funcionario desoye el deber de actuar frente al acaecimiento de un delito del que toma conocimiento efectivamente. Refiere Donna en este sentido, con citas a Lascurain Sánchez, que “...*esta forma de legislar surge de los principios esenciales que informan la materia, del bien jurídico que está en juego, esto es la dignidad de la persona humana, y, por ende, de la posición de garantía que asume frente a ese bien...*” (Edgardo Donna, “Derecho Penal Parte Especial”, T II-A, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 199).-



En otros términos, luego de la finalización o *agotamiento del delito*, entrarán en juego otras figuras penales, sean comunes o especiales (*arts. 248, 249, 277 inc. 1º del fondal*), pero no la prevista en el primer inciso del art. 144 quater del C.P.⁸.-

La tortura como contenido del elemento del tipo objetivo.-

La tortura resulta un elemento integrante del plafón cognoscitivo del agente para verificar el tipo objetivo en el plano material.-

Es la omisión de evitarla lo que se le reprocha al autor en esta ocasión, no cuando se trate de apremios ilegales, vejaciones ni severidades; si así fuere, conformará algún delito contra la administración pública, pero no éste.-

La expresión normativa: “...la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior...”, alude a la perpetración del delito de *torturas* (*art. 144 ter, C.P.*), que se erige como un componente del tipo, exigiendo su cabal comprensión de parte del autor. Pero además se requerirá mínimamente su acreditación fáctica⁹ y la verificación de sus requisitos típicos¹⁰.-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, aunque válidamente se admite *dolo eventual*.-

No se reclama ningún elemento subjetivo específico, pero necesariamente el sujeto activo debe tener *conocimiento* de los actos que estos constituyen tortura, y que detenta en ese caso concreto capacidad jurídica y de hecho de contribuir a su cese o evitación¹¹.-

⁸ Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 135.-

⁹ Nótese que la exigencia acreditativa no alcanzará el grado de lo reclamado en el *art. 144 quinque*, donde como se verá la figura está estructurada de manera dependiente y supeditada al tipo previsto en el art. 144 tercero del C.P., pues necesitará la comprobación judicial previa no sólo de los *tormentos* sino de la determinación de sus responsables, base sobre las que se construirá la imputación de ese ilícito penal.-

¹⁰ La Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires *in re* “Andrada”, sentencia de fecha 13/10/2011, resolvió casar la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Isidro y absolver al acusado, en relación al delito de Omisión de hacer cesar la tortura (*art. 144 quater inc. 1º en función del 144 ter del C.P.*), que le había sido intimado en su calidad agente policial cumpliendo funciones de imaginaria en la comisaria 5º del Talar. El voto de la mayoría valoró que los actos lesivos fueron realizados por otros sujetos alojados en el mismo lugar, sin que se haya tenido por probado que los autores materiales hayan actuado bajo la dirección, instigación o consentimiento de un funcionario público, elemento esencial como se dijo para poder configurar el delito de tortura. En este contexto, afirmó “...*Así mal puede atribuirse a Andrada el no haber hecho cesar una tortura que no es tal -en el sentido que la propia ley impone-, sino otros delitos distintos, sumamente graves y que merecen la repulsa social, pero que no son actos de tortura.*”.-

¹¹ La jurisprudencia es congruente en esa exigencia. En este sentido, se ha mencionado que para poder endilgar al superior jerárquico a cargo de la repartición policial, el haber omitido algún acto tendiente a evitar las torturas, *art. 144, cuarto, inc. 1º del C.P.*, “...*es necesario demostrar que de ellas tuvo conocimiento, no pudiendo sustentarse la responsabilidad penal en el hecho de la superioridad funcional, subcomisario...*” (fallo “[Pagani, Francisco J. s/](#)”



El yerro sobre alguno de estos extremos podrá derivar en un *error de tipo* que elimine el dolo consagrando la atipicidad de la conducta, o disminuyendo la culpabilidad, según evaluación que corresponda hacer del caso, de las condiciones situacionales globales y en especial del agente.-

Autoría y Participación.-

En cuanto a la *coautoría*, y la *autoría mediata*, ya fueron señaladas en otra oportunidad a modo de presentación algunas de las discusiones que se plantean en un supuesto de delito de omisión impropia.-

Nos interesa especialmente reparar aquí en un tema que no puede prestarse a confusión. Puede estimarse al grupo de agentes que podrán ser *autores directos* del ilícito bajo examen, como extremadamente cerrado y limitado, cuestión que deviene palmaria si se recuerdan las exigencias típicas a las que se hiciera referencia al abordar el ítem dedicado a los sujetos activos del delito en cuestión.-

Completando, diremos que la atribución del resultado se endilga al agente en virtud de su posición de garante, la que está determinada por su *proximidad relativa* con el bien jurídico (menor que la del agente que tiene a su cargo el detenido, como así también, de quien resulta titular de la dependencia en la que se comete), y nace de la obligación de contralor del debido obrar de sus subalternos¹².-

Ahora en particular, la diversa cercanía al bien jurídico lesionado diferencia las condiciones para postular como autor del *art. 144 ter C.P.*¹³. La puntual aclaración reside para aquellos cargos

Torturas”, Cam. Nac. de Apel. Nac. en lo Criminal y Corr., sent. del 20/10/1992).-

¹² Rafecas, obra citada, pág. 203 y ssqtes.. Asimismo, ver la opinión de la CSJN en fallos 309:05 que se analiza en lo ulterior. No obstante, en otra verada interpretativa, se ha mencionado que este requisito no se encuentra vinculado a una relación de subordinación jerárquica entre el torturador y el agente receptor del mandato de actuación que impone el tipo penal bajo análisis. Así, Estrella-Godoy Lemos, complementando su postura indicando que también nace el deber de actuar cuando la acción de tortura la comete un particular en el supuesto previsto en el art. 144 ter, inc. 1º in fine, del CP (autores citados, en “Código Penal. Parte Especial”, 2º Edición, Hammurabi, 2007, pág. 135). Buompadre, indica que la competencia deriva de la misma jerarquía funcional respecto de los autores. También, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (nº 26782, sent. del 15/10/2009).-

¹³ Rafecas, Estrella-Godoy Lemos. La cuestión se dirime siempre por los principios comunes de toda participación, siendo indispensable indagar en el propósito del agente, en tanto haya procurado facilitar o posibilitar el acto, y si tal actitud puede ser entendida como determinante para la empresa criminal. Núñez alude que si su propósito radica en consentir la tortura responderá como cómplice (Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 160), postura que parece ser coincidente con lo manifestado por la CSJN en “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” (sent. del 30/12/1986, fallos 309:05) al indicar que la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura “...ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho.”. Ver complementariamente las conclusiones a las que arribamos en la misma sección del art. 144 ter.-



jerárquicos elevados dentro del mismo establecimiento donde tiene lugar el hecho criminoso, en contraste con los puestos de las esferas administrativas de las que ésta dependa. En abstracto: Si se tratara del mismo titular de la sede asiento del crimen dada la proximidad en la que se sitúa con la indemnidad del bien jurídico, su pasividad frente al evento del que tiene conocimiento, debería conducirse directamente al *art. 144 ter C.P.* como una falta penal cometida mediante su comisión por omisión. Mientras que en esta hipótesis delictiva se incluyen, como fuera mencionado al tratar el sujeto activo y el tipo objetivo, funcionarios con competencia administrativa ajenos al asiento de aquel edificio y sin disposición alguna sobre el detenido.-

Son comprendidos entonces, por ejemplo funcionarios que ocupan el tramo superior al titular de la dependencia dentro de la misma corporación –ej. Jefe de circunscripción o Departamental-, pero también se extiende a las esferas gubernamentales –ej. Secretario de seguridad o Ministro del interior.-

Desde la óptica del autor con una competencia procesal, podrá ser cualquier funcionario de un organismo jurisdiccional frente a una acción de habeas corpus¹⁴ o el juez a cuya disposición se encuentra el detenido.-

Consumación y Tentativa.-

Ha sido comentado que la comisión del delito en cuestión tiene lugar solo *hasta el cese de la tortura*. Pero, una vez tomado conocimiento el funcionario de la comisión en curso de la tortura, o bien de que ésta vaya a cometerse, nace el mandato normativo hacia el agente, y *consumará* el delito con mera la omisión de evitarla teniendo la competencia para ello¹⁵.-

En virtud de las circunstancias aludidas parecería inadmisibles la *tentativa*¹⁶.-

Particularidades de la Figura.-

El *diseño legislativo* elegido por la ley n° 23.097: Ilación armónica de las figuras con el *art. 144 ter del C.P.*.-

¹⁴ Donna, obra aludida, pág. 199, menciona al secretario de instrucción que sabiendo de la posibilidad inminente que una persona las sufra de parte de alguna agencia de seguridad no actúe.-

¹⁵ Buompadre y Núñez, refieren que es un delito de *peligro concreto*. Sin entrar al estudio de la legitimidad de esta categoría de delitos, en general se la ha definido como aquella que agrupa los delitos que no requieren una lesión sobre el bien jurídico tutelado sino solo su puesta en peligro o amenaza.-

¹⁶ Núñez, Buompadre.-



La vinculación entre el delito del *art. 144 ter* y el que es ahora objeto de estudio, no sólo se concreta cuando aquella se transforma en un elemento que debe ser conocido por el agente, sino también en el diseño estructural de tipificación con *efecto cascada* pensado por el legislador de la época.-

Redunda patente la interrelación armónica de los distintos tipos penales reprimidos en el *artículo 144 quater –omisiones funcionales-* con la figura precedente del *art. 144 ter*, en función de la línea seguida por el parlamento en el año 84’.-

En este sentido, se plasma de forma concreta la intención de abarcar todos los supuestos en donde intervenga un funcionario público frente a una transgresión dolosa constitutiva de torturas, de modo tal que cada delito tipificado asuma un puesto complementario respecto del anterior, evitándose que queden al margen hipótesis delictivas impunes. Por supuesto que esta forma de legislar logra tener su correlato proporcional en las escalas punitivas respectivas.-

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

CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” (sent. del 30/12/1986, fallos 309:05).-

En este fallo, cuyos supuestos de hecho ya fueron mencionados, se planteó la cuestión tocante al *inciso 1º del art. 144 cuarto del C.P.*. En el marco de su argumentación la Corte explicó sobre el tema que “...se sanciona como autor de un delito de omisión al funcionario público que no evita que sus subordinados impongan a personas legítima o ilegítimamente privadas de su libertad cualquier clase de tortura; de donde el tipo penal especializa la figura del *art. 248*, que se refiere al funcionario que ‘...no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere...’ que son, precisamente, las que definen su competencia...Pero no deben exagerarse los límites de esta forma de autoría, pues la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura, ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho”.-

De tal modo, son dos los tópicos en los que focaliza: *a)* entiende a la figura como calificando –“especializando”- al delito de incumplimiento de los deberes públicos, y *b)* puntualiza en la



dualidad que pueda experimentar la intervención de un funcionario que exprese pasividad frente a un acto de tortura cometido por otro.-

Inciso Segundo.- *“La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.”.-*

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos. Bien jurídico. Sujeto Pasivo.

Tipo Subjetivo. Remisión.-

Se remite a lo expresado en los supuestos anteriores sobre cada uno de los puntos incluidos en el título, ello en virtud que esta figura presenta notorias similitudes con la del inciso 1º. Se detallarán a continuación sus notas relevantes.-

Sujeto Activo.-

El sujeto activo abiertamente es definido por oposición al del supuesto anterior. En este caso, también es un *funcionario público* (art. 77, CP), pero que carece de aquella competencia funcional requerida en el inciso 1º, esto es: no podrá evitar o hacer cesar el delito de tortura.-

Por ello la exigencia de la norma es menor, pues sólo se limita a requerirles su mera denuncia dentro de determinado plazo a las autoridades competentes.-

Tipo Objetivo.-

Mandato legal: alcance de la omisión de denunciar.-

Se pretende sancionar al funcionario público que, tomando conocimiento en virtud de sus funciones, de la comisión de torturas, *omite denunciar el hecho* en el plazo legal indicado a la autoridad competente. En esta hipótesis delictiva, a pesar de su calidad le falta la capacidad abortiva



a la que se hubo hecho referencia en el apartado anterior, y en consecuencia, el agente no resulta garante del resultado lesivo acaecido¹⁷.-

Se lo ha considerado como una *omisión propia doblemente calificada*, tanto por la índole del delito que se omite denunciar y por la calidad del agente¹⁸, aunque también se ha entendido que es un típico caso de *favorecimiento personal* (art. 277 inc. 1º, del CP)¹⁹.-

El mandato normativo que pesa sobre el agente consiste en *denunciar* los sucesos criminales de los que se entera (art. 144 ter, C.P.) a las autoridades allí señaladas. Tal conducta deberá ser cumplida en el tiempo establecido por la ley: se impone un *plazo improrrogable de 24 hs.*²⁰.-

El cómputo del término fatal debe iniciar a calcularse desde el conocimiento efectivo del evento delictivo por parte del funcionario, siendo reputada típica la *denuncia extemporánea*.-

En segundo lugar, se deben analizar las *características de los sucesos* de los cuales se deba dar cuenta a la autoridad. Sabemos que en principio deberán encuadrarse en la figura del art. 144 ter, C.P., pero además es dable destacar que:

- a) La noticia sobre los hechos delictivos, debe haberla tomado *en virtud de sus funciones* para que la omisión de denunciar sea válidamente subsumible. Es decir, que la novedad debió haberla advertido en virtud de las tareas propias de su competencia, que desarrolla el autor atento su especial calidad, y no por cuestiones ajenas o extrañas a ella²¹.-
- b) Las torturas que ha tomado conocimiento el agente, *pueden haber cesado, o bien estar en curso*. Es decir que, el autor puede ser responsable aún luego del agotamiento de la tortura cometida por otro, toda vez que siempre es posible iniciar u orientar la investigación penal de los hechos²².-

¹⁷ Rafecas, obra citada, pág. 205. Asimismo, lo sostienen Delgado-Seco Pon-Lanusse Noguera, en “Código Penal y normas complementarias”, Dir. Baigún-Zaffaroni, T. 5, Hammurabi, 2008, pág. 387.-

¹⁸ Rafecas. Creus sólo alude a una omisión de denuncia calificada por la índole del delito.-

¹⁹ Estrella-Godoy Lemos, Soler.-

²⁰ Observa Creus que en este aspecto, la ley penal es constitutiva y prima sobre las procesales en cuanto ellas fijen otros plazos (obra citada, pág. 311). La doctrina ha criticado la amplitud del plazo teniendo especialmente en consideración el resultado criminal que se pretende evitar.-

²¹ Estrella-Godoy Lemos, mencionan que el conocimiento adquirido extraoficialmente, fuera de su función que le compete, o simplemente en ocasión de la misma, no hacen nacer para el funcionario la obligación jurídica de denunciar (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2º Edición, Hammurabi, 2007, pág. 136). En la misma línea expresa Creus “...no es suficiente que se trate de un conocimiento que haya podido adquirir en ocasión de la función o al cual haya podido acceder por la función si no pertenece a la esfera de su propia actividad funcional...” (obra citada, pág. 310).-

²² Buompadre, Estrella- Godoy Lemos, Rafecas. Se presenta el interrogante de lo que puede acontecer respecto del delito que aún no tuvo comienzo de ejecución. Creus, advierte que de la redacción de la norma puede pensarse que la conducta punible se ampliaría más allá del encubrimiento, comprendiendo a quien, teniendo noticia de que va a cometerse el delito



Autoridades competentes en los términos del tipo penal.-

Finalmente en cuanto al aspecto objetivo del delito, corresponde indicar que para eludir el reproche penal el agente deberá denunciar ante quienes indica la figura.-

Literalmente la ley nombra al “...funcionario, Ministerio Público o juez competentes...”. La vaguedad de la redacción impone indagar cuáles son esas autoridades, lo que no escapa a ciertas objeciones opuestas en la doctrina.-

Se ha explicado que la referencia toca a quienes conforman el *círculo de autores del artículo anterior*, pues están incluidos dentro de aquellos que por sus funciones están habilitados para evitar la tortura, pero si ésta cesó en sus efectos, corresponde incoar la denuncia ante quienes deban investigarla²³.-

En cambio, otra postura indica que alude a *todo funcionario* cuya competencia lo habilita para la recepción de denuncias según las normas procesales²⁴, o bien para investigar o promover la investigación del hecho e individualizar a sus autores²⁵.-

De cualquier modo, no verifican el requisito en cuestión, y por lo tanto no los exime de responsabilidad penal quienes interponen la denuncia: **a)** frente a autoridades incompetentes en los límites señalados²⁶, o **b)** ante el superior jerárquico dentro de su corporación.-

Autoría y Participación.-

Las consideraciones hechas en este punto en el artículo previo relativas a la estricta reducción del listado de sujetos que pueden ser autores, han quedado descartadas en este caso. Pues los recaudos en cuanto a la competencia allí previstos no rigen, y sólo es preciso para incurrir en el delito con no denunciar a la autoridad pertinente en el plazo estipulado.-

Pero habrá que analizar de forma armónica el complejo situacional en que tuvo lugar el nacimiento del mandato legal, teniendo en consideración la afectación lesiva al bien jurídico²⁷ y el

no pone en conocimiento de la autoridad competente tal circunstancia, aunque reconoce que “...ésta es una conclusión discutible, que puede ser motivo de polémica, a lo que da lugar la imprecisión de la fórmula.”. Partiendo de la expresión contenida en la norma, “...tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior...”, se ha entendido que la omisión de denunciar no alcanza delitos futuros o que no hayan tenido comienzo de ejecución (Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 136).-

²³ Rafecas, obra citada, pág. 206.-

²⁴ Buompadre, obra citada, pág. 568.-

²⁵ Estrella-Godoy Lemos.-

²⁶ Buompadre. Estrella- Godoy Lemos, señalan que el error sobre el tópico excluye la culpabilidad.-



error en algún elemento de los que finalmente son consignados en el artículo como integrante de la tipicidad objetiva.-

Esto es, por ejemplo, no será igual el disvalor de aquella omisión cuando se trata una tortura que está en curso, que cuando ésta haya acontecido hace un año, o en la misma línea de razonamiento, una denuncia que se incoa pasados diez minutos de la hora veinticuatro de enterado de los hechos, que aquella realizada a la semana siguiente. Desde el otro enfoque sugerido, habrá que comparar el accionar de un funcionario que desoye el mandato legal en análisis cuando equivocó el organismo jurisdiccional que era el competente para recibir su denuncia.-

Consumación y Tentativa.-

Se *consume* cuando acaece el vencimiento del plazo legal previsto en la norma de 24 hs., aunque habrá que considerar el entramado de hecho para valorar el disvalor de la acción a la luz del principio de lesividad.-

Es así que, se lo ha calificado como un delito de consumación *instantánea*²⁸, y que no admitiría la *tentativa*²⁹.-

Particularidades de la Figura.-

Agravante para el médico omitente: art. 144 quater inc. 2º “in fine”.-

En la parte final del inciso se hace reseña puntual al caso del médico que siendo funcionario público resulte autor del delito bajo análisis, supuestos en los que el legislador ha previsto la imposición como *sanción accesoria* de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por el doble tiempo de la pena que se imponga.-

²⁷ Ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, ‘Derecho Penal, Parte General’, Ediar, 2002, págs. 126).-

²⁸ Núñez.-

²⁹ Rafecas, Núñez, Buompadre. En contra, partiendo de considerarlo como un delito de resultado, Delgado-Seco Pon-Lanusse Noguera, en “Código Penal y normas complementarias”, Dir. Baigún-Zaffaroni, T. 5, Hammurabi, 2008, pág. 387.-



La atribución de responsabilidad es *subsidiaria*: estará supeditada a que el galeno no haya participado en la imposición de los actos de tortura³⁰, y vale decir, sólo juega respecto de la figura de omisión de denunciar (inc. 2º).-

La calidad de *médico-funcionario público* es un requisito típico ineludible para incurrir en el agravante de la pena, por lo que se excluyen otros profesionales de la salud (tales como psicólogos, parteras, enfermeros), pero se ha requerido para su funcionamiento una *vinculación directa* entre el ejercicio de la medicina y la actividad funcional³¹.-

La prueba del dolo generalmente será asociada a la confección del informe, documento, o la incorporación de datos en la historia clínica, que oculten deliberadamente las lesiones, heridas o síntomas físicos o psíquicos que revelen esos actos, sin perjuicio que además puede derivar en una imputación concursal con un delito de falsificación³².-

Sólo queda por mencionar, que habrá que contemplar la posibilidad de que el agente imputado por la presunta comisión de este delito sea amparado en el *secreto profesional*³³ o en una *causal justificante o exculpatoria*.-

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

No existen fallos que involucren directamente este tipo penal en la jurisprudencia del tribunal.-

³⁰ En este sentido, debemos recordar lo mencionado al evaluar la figura del 144 ter CP, en la sección “autoría y participación”, en cuanto la práctica que tuvo lugar en la última dictadura cívico militar consistente en la presencia de médicos en las sesiones de tortura controlando las funciones vitales de la víctima; evaluándose la posibilidad de considerarlos coautores por co-dominio funcional del hecho.-

³¹ Núñez, Buompadre, Estrella- Godoy Lemos. Estos últimos sugieren gráficamente, que no estaría incluido el médico con cargos de legislador, intendente, ministro, etc.-

³² Rafecas, obra citada, pág. 207. El autor señala dos casos: a) el médico que se desempeña en relación de dependencia dentro del establecimiento en que ocurren las torturas, y b) aquel al que recurren los torturadores para eliminar los efectos jurídicos de los intensos dolores causados.-

³³ Creus, obra citada, pág. 311; Núñez, obra citada, pág. 160; Buompadre, pág. 569. Se acerca la cuestión a las premisas éticas que rigen la relación del binomio paciente-médico, particularmente a uno de los principios básicos de la actuación profesional: cual es la confidencialidad, que encuentra receptación en los distintos ámbitos normativos regulatorios sean nacionales e internacionales. El punto debe ser evaluado criteriosamente, máxime cuando sea posible que los sujetos pasivos de estas puedan quedar expuestos a un riesgo a causa de esa revelación. Con menuda claridad se menciona el tema en el ‘Protocolo de Estambul’ al referir que los profesionales de la salud tienen una doble obligación: una obligación principal ante el paciente de promover sus mejores intereses, y una obligación general ante la sociedad de asegurar que se haga justicia e impedir las violaciones de los derechos humanos. Los dilemas que plantea esta doble obligación son particularmente agudos entre los profesionales de la salud que trabajan para la policía, el ejército u otros servicios de seguridad, o para el sistema penitenciario. Los intereses de su empleador y de sus colegas no médicos pueden entrar en colisión con los mejores intereses de los pacientes detenidos. Cualesquiera que sean las circunstancias de su empleo, todo profesional de la salud tiene el deber fundamental de cuidar a las personas a las que se le pide que examine o trate. No pueden ser obligados ni contractualmente ni por ninguna otra consideración a comprometer su independencia profesional.-



Inciso Tercero: *“Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.-*

Sujeto Activo.-

En función de la redacción brindada por el inciso, el elenco de autores queda reducido exclusivamente al *juez*. En consecuencia, sólo magistrados podrán ser autores, no resultando abarcados por el mandato normativo otros funcionarios que compongan la estructura judicial³⁴.-

La ausencia de precisión sobre el tópico, permite coincidir en la negativa a efectuar discriminaciones en cuanto al fuero al que pertenezca (penal, civil, comercial, laboral), ni a la instancia o jurisdicción (jueces de grado, camaristas, etc., o fuero federal, nacional, provincial).-

Aunque sí deberá repararse en que, atento las diversas formas de intervención típicas alternativas que impone, para la segunda hipótesis delictiva prevista, necesariamente el autor deberá gozar de competencia para instruir el sumario respectivo. Por lo que generalmente será un magistrado del fuero penal.-

Tipo Objetivo.-

Consideraciones generales respecto de las conductas típicas.-

Se trata de una *omisión propia cualificada*, también por el delito de que se trata y por la calidad del sujeto activo que lo comete³⁵.-

³⁴ Más allá de las críticas que se alzan sobre el tema y las injusticias que en la práctica podría incurriarse, una interpretación acorde al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía, impide considerar otros funcionarios que se desempeñan en la administración de justicia conforme el diseño procesal seguido, vgr. representantes del Ministerio Público Fiscal. A todo evento, serán otras figuras las aplicables (arts. 248, 249, 274, CP). En consonancia con lo expuesto, sostiene Soler que se trata de “...un olvido del legislador, quien parece haber tenido en cuenta sólo el Código de Procedimientos en materia penal para la Capital y tribunales federales...” (autor y obra citada, pág. 60).-

³⁵ Rafecas, obra citada, pág. 210. Alude el autor que la entidad de la figura que comete el delito es lo que justifica el aumento punitivo en la escala del artículo en comparación con el inciso 2º del artículo, la que se iguala a la del inciso 1º. Por su parte, Buompadre refiere que se trata de una *omisión impropia* (obra citada, pág. 571).-



Se reprime al juez que tomando conocimiento -en razón de sus funciones- de un hecho de tortura, *no instruye sumario o no lo denunciar* al que resulta competente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas.-

Es decir, se incluyen dos situaciones omisivas típicas alternativas. El magistrado que: *i)* teniendo competencia para instruir el respectivo sumario no lo hiciera; y *ii)* el que careciendo de tal competencia, no lo denunciar dentro de las 24 hs., a quien sí la detente.-

Sintéticamente entonces, puede decirse que la circunstancia que logra mutar el rigor de la exigencia conductual al magistrado, radica en que *tenga o no aptitud competencial para investigar* esos sucesos.-

Nuevamente, para ambos supuestos típicos, se requiere que el *conocimiento* de los hechos aparentemente cometidos a tenor del art. 144 tercero del código penal, provenga del *ejercicio de sus funciones*, alcance sobre el cual cabe remitir a lo mencionado en el inciso precedente.-

Primer supuesto: magistrado sin competencia para instruir.-

En este caso, el mandamiento legal consiste sólo en *denunciar el hecho* dentro de las 24 hs. al juez que deba instruir el sumario pertinente. Es decir, al no poder iniciar la persecución del delito por carecer de facultades para ello, se limita la pretensión a que lo comunique.-

Se considera que esta figura opera cualificando el tipo penal previsto en el inciso 2º de mismo artículo analizado³⁶.-

Si bien en principio la autoridad competente a la que alude la norma será aquella que esté habilitada para instruir el sumario respectivo³⁷, se admite también que el receptor de la denuncia sea otro funcionario que por ley esté autorizado a ello³⁸.-

Asimismo, la norma exige que el comportamiento ordenado se cumpla en un *término legal* determinado: *24 horas*. La exigencia implica que el lapso comienza a correr desde el mismo anoticiamiento del juez, y que la realización del mandato ordenado pero extemporáneamente resultará típico³⁹.-

³⁶ Núñez realiza una división entre las figuras estipuladas en el artículo, considerando el caso del juez no competente para instruir como un agravante de la omisión de denunciar genérica (inc. 2º, 144 quater), y denomina a la restante figura como “*omisión del juez de promover la persecución y represión del delito*” (obra citada, pág. 161). Creus las llama respectivamente “*omisión de persecución calificada*” y “*omisión de denuncia calificada*” (obra citada, pág. 311).-

³⁷ Creus, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos.-

³⁸ Estrella-Godoy Lemos, Donna. Se ha mencionado que si quien recibe la denuncia es un representante del M.P.F., el hecho será típico pero no punible a tenor del art. 34 inc. 4º del C.P. (así, Creus, pág. 312, Buompadre, pág. 571).-

³⁹ La redacción empleada es poco clara y presta a equívocos sobre si comprende también la instrucción. Marín y Estrella-Godoy Lemos, sólo exigen el plazo legal para este supuesto. Buompadre no realiza distinguos entre los supuestos.-



Segundo supuesto: magistrado con competencia para instruir.-

Para el supuesto en que el agente posea facultades instructorias, la orden legal recae en ejercerlas efectivamente, disponiendo la investigación de los sucesos de los que se entera. Eso por cuanto constituye un tipo especial con relación a la figura del art. 274 CP que abarca a los funcionarios genéricamente⁴⁰.-

La competencia necesaria será la que corresponde a la jurisdicción criminal, la que determinarán las reglas procesales respectivas conforme a la estructura del código vigente, ello en función de los propios términos empleados con indicación expresa al “*sumario*”.-

Se presenta la discusión doctrinaria en cuanto a si operan las pautas internas de distribución de tareas en razón del *turno*, coincidiéndose que el juez, en principio, no quedará exento de responsabilidad, siempre que la intervención del magistrado de guardia sea lo suficientemente celera⁴¹.-

Desde ya que no resultará suficiente la mera disposición judicial para dar trámite a la denuncia, sino que la ley habla de “*instruir*”, lo que impone la necesaria ordenación de medidas de profundización útiles para la averiguación de la verdad en todo cuanto esté a su alcance⁴².-

Menudo problema se genera en aquellas provincias en las cuales el código de rito acuñe un sistema acusatorio puro o mixto, por lo que el magistrado tiene prohibido el inicio del sumario de oficio o ante la recepción de la mera denuncia⁴³.-

⁴⁰ Creus, obra citada, pág. 311. El Art. 274 reza: “*El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.*”.-

⁴¹ Dice Creus que el turno no es, en realidad, una regla de competencia sino de mero ordenamiento de materia, por lo que el juez en principio, no se relevará de responsabilidad por aquella circunstancia, salvo en los casos en que la intervención del juez de turno pueda realizarse con la suficiente celeridad como para evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que es la misma efectividad de la justicia que ampara el art. 274. En la misma línea y arribando a idéntica conclusión, se ha argumentado que se tratan de normas administrativas de orden público (Estrella-Godoy Lemos, pág. 138; Buompadre, pág. 571).-

⁴² Núñez, menciona que en las legislaciones en las cuales el juez no puede actuar de oficio, después de promovida la acción penal puede serle imputada la figura en caso que no realice o demore injustificadamente las diligencias investigativas, porque “*...instruir sumario no equivale solo a iniciarlo...*” (obra citada, pág. 161). Igual lectura hace Buompadre, siguiendo a Breglia Arias-Gauna, sosteniendo que de otro modo sería fácil eludir el accionar de la ley ordenando la instrucción y luego “cajonear” el expediente (obra citada, pág. 570, nota 78).-

⁴³ En estos supuestos, siendo que los funcionarios que deben cumplir con la excitación de la jurisdicción son ajenos al espectro de sujetos activos de aplicación de la norma, se ha tildado a la figura de “*inocua*” (Creus Carlos, obra citada pág. 312). Otros autores, sostienen que la expresión *instruir sumario* no debe entenderse desde una interpretación gramatical sino que será cada ley procesal provincial la que determinará su alcance y significado real; por ello, en aquellos casos, el mandato normativo mutará a la necesidad de poner en conocimiento los hechos de quien deba remover ese obstáculo procesal dentro de las 24 hs. para poder instruir (Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 138).-



Tipo Subjetivo.-

No difiere en demasía de lo señalado en el inciso anterior. Es un delito doloso, en el que el agente debe conocer los sucesos a los que se alude mediante la remisión que hace la norma al art. 144 ter del CP, y tener la voluntad de omitir denunciar o instruir el sumario respectivo, según la competencia que le sea inherente a la judicatura que represente.-

Autoría y Participación.-

Vale recordar que, como está construido el artículo y en función de la redacción empleada, sólo *magistrados* pueden ser autores del delito; por lo que serán atípicas las conductas omisivas que realicen otros funcionarios que conforme el sistema procesal que goce de vigencia sean llamados a instruir las actuaciones sumariales de los sucesos conocidos.-

En este contexto, eludirían el reproche penal en la provincia de Buenos Aires los integrantes del Ministerio Público Fiscal a pesar de que resultan los titulares de la acción penal pública en el procedimiento de neto corte acusatorio instaurado por ley n° 11.922⁴⁴.-

Consumación y Tentativa. Remisión.-

En cuanto al primer supuesto, se remite a las consideraciones efectuadas en el punto precedente, toda vez que presenta las mismas características *consumativas* unidas al vencimiento del plazo estipulado para impetrar la denuncia (24 hs.).-

Para el otro caso alternativo típico, que carga en espaldas del magistrado la instrucción del sumario, la consumación acaece cuando se omita el impulso de la investigación, lo que ante la inexistencia de términos en los códigos o reglamentos, habrá que analizar prudencialmente según las circunstancias del caso⁴⁵.-

Se evidencia la inadmisibilidad de la *tentativa*.-

Particularidades de la Figura.-

⁴⁴ Estrella-Godoy Lemos, Creus, Donna, Buompadre. En este sentido ver además la ley n° 14.442. En todo caso, será pasible de reproche en virtud del delito genérico del art. 274 del C.P..-

⁴⁵ El Comité contra la Tortura en el conocido caso Blanco Abad c. España, consideró que una demora en la investigación relativamente breve constituía una violación del artículo 12 de la Convención contra la Tortura (Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a). Esto impide una exegesis que comprenda la disposición de medidas eficaces como máximo al día siguiente de la noticia criminal.-



Aumento del rigor punitivo atento a la calidad del sujeto activo.-

Se logra advertir un aumento del rigor punitivo en este supuesto en relación al anterior, retomando la pena de *prisión de tres a diez años* que también impone para el tipo penal del inciso primero –*omisión de evitar la tortura*.-

El detalle encuentra abrigo en la especial calidad del sujeto activo de la figura lo que implica un mayor disvalor de la acción punible, y logra dar proporcionalidad a las escalas que prevé para el caso de la omisión de denunciar genérica del inciso 2º del mismo artículo.-

Diversa manifestación del *Bien jurídico*.-

Mencionamos al comienzo que la tortura aunque delito atentatorio de la dignidad personal, integraba la categoría de crímenes pluriofensivos. También debe recordarse que en el segmento de delitos analizados se implicaba, en segundo término, una conculcación de la confianza social depositada en el agente estatal respecto a su cabal cumplimiento de las tareas asignadas –*administración pública*-. Este interés plural constituye una manifestación específica de aquel afectado con carácter secundario cuando se trata de los ilícitos de los arts. 143, 144 bis y ter, CP.. Justamente tanto el inciso 2º como en el 3º, resulta ser perturbado el normal desarrollo de la *administración de justicia*.-

El desenvolvimiento desleal de aquellos funcionarios que no denuncian estos hechos que llegan a sus oídos, o bien que dejan de promover su persecución, complementa la afectación –indirecta- al bien jurídico individual esencialmente tutelado por las normas.-

Agravantes comunes a todos los tipos penales del 144 quater: inciso 4º.-

El último inciso del artículo expresa: “*En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.*”.-

Se trata de un agravante *accesorio general*, previsto para todos los supuestos del artículo 144 quater.-

Alude a la imposición de la pena de inhabilitación especial perpetua, que incluye un doble objeto de prohibición: para el desempeño en *cargos públicos* y para *tener o portar armas de todo tipo*.-



Resulta cuestionable, no sólo la técnica legislativa, la que adolece de severas deficiencias, sino también el fundamento de la específica inclusión en este apartado y no en otros como ser propio artículo que reprime la tortura.-

La referencia amplia a “*armas de todo tipo*”, pareciera indicar que sólo comprende las *armas de fuego*, pues son las únicas que pueden ser reglamentadas y que requieren autorización estatal para su utilización⁴⁶.-

Claro que resulta viable que sea acumulada al agravante prevista para el *inc.* 3º del artículo que se ocupa del caso especial del funcionario-médico.-

⁴⁶ En este mismo sentido, Soler, Núñez, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Se descarta la inclusión de *armas blancas o impropias*.-