

Intervención del fuero penal en el marco de la Ley provincial N° 12.569. El problema de la sanción específica como causal de atipicidad para el delito de desobediencia

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 05/09/2022 **Aprobado:** 26/04/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.88>

Intervención del fuero penal en el marco de la Ley provincial N° 12.569. El problema de la sanción específica como causal de atipicidad para el delito de desobediencia

*Intervention of the criminal jurisdiction within the framework
of Law No. 12.569. The problem of specific punishment as an
argument of non legal typicity for the crime of disobedience*

Mauro G. Capasso¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: Existe una línea jurisprudencial que difiere la acreditación del delito de desobediencia a la verificación de un segundo incumplimiento de las reglas impuestas en el marco de la Ley N° 12.569. La evaluación de los argumentos nos introduce en una problemática más general, relacionada con la construcción jurisprudencial sobre el tipo penal de la desobediencia. Un repaso histórico de los antecedentes parlamentarios, doctrinales y jurisprudenciales en el marco de tutela que el sistema interamericano de derechos humanos asegura habilita el cuestionamiento de la atipicidad que se defiende, permitiendo una relectura de la ley referida y del delito de desobediencia.

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal (UBA). Docente de Teoría General del Derecho (UBA). Licenciado en Filosofía (UBA). Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Auxiliar letrado de la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Gral. San Martín. Correo electrónico: maurocapasso9@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6099-804X>.

Palabras clave: Desobediencia – Tipicidad – Violencia – Familia.

Abstract: *There is a jurisprudential line that differs the accreditation of the crime of disobedience to the verification of a second breach of the rules imposed within the framework of Law No. 12,569. The evaluation of the arguments introduces us to a more general problem related to the jurisprudential construction on the criminal type of disobedience. A historical review of the parliamentary, doctrinal and jurisprudential antecedents in the framework of protection that the inter-American human rights system ensures enables the questioning of the non criminality that is defended, allowing a rereading of the referred law and the crime of disobedience.*

Keywords: *Disobedience – Criminality – Violence – Family.*

El objetivo del presente trabajo se ciñe a evaluar determinada línea jurisprudencial que se abre en la interpretación de la ley de violencia familiar de la provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.569, de 2001). La exégesis que se critica difiere la competencia del fuero penal para el caso de una segunda desobediencia, resolviendo la inobservancia inicial como atípica.

Los desarrollos que siguen procurarán cuestionar ciertos flancos de los veredictos absolutorios mencionados, propiciándose la tipicidad del delito de desobediencia a partir del incumplimiento inicial de las medidas previstas en el artículo 7 de Ley N° 12.569. Si bien se hará hincapié en los elementos del tipo de la figura penal en la que se enmarcan los eventos, se advierte que la interpretación puesta en discusión debe evaluarse además en función de los compromisos asumidos por el Estado en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

Antecedentes legislativos

La ley de violencia familiar (Ley N° 12.569) en la provincia de Buenos Aires fue promulgada el 28 de diciembre de 2000 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 2001. Cuenta con dos reformas posteriores. La Ley N° 14.509 (Ley de violencia familiar), publicada el 3 de junio de 2013, modificatoria de los artículos 1, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18 y 19 del plexo anterior, incorpora además los artículos 4 bis, 6 bis, 6 ter, 7 bis, 8 bis, 8 ter, 14 bis y 19 bis, adecuándose a los principios procedimentales sancionados por la Ley nacional N° 26.485 (Ley de protección integral a las mujeres), publicada en el Boletín

Oficial el 14 de abril de 2009. La Ley N° 14.657 (Ley de violencia familiar, 2015), por su parte, habilita el secuestro de armas.

En su actual redacción, la Ley N° 12.569 establece que “El juez o jueza interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, algunas de las siguientes medidas” (art. 7), enunciándose varios dispositivos, como la expulsión del agresor del hogar, el perímetro de exclusión y el cese de los actos de perturbación o intimidación.

El nuevo articulado dice:

En caso de incumplimiento de las medidas impuestas por el Juez, Jueza o Tribunal se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su acatamiento, como así también evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el juez o jueza podrá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones: a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido; b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas. d) Orden de realizar trabajos comunitarios en los lugares y por el tiempo que se determinen. Cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal. (art. 7 bis)

Comentario a jurisprudencia²

El Juzgado en lo Correccional N° 6 del Departamento Judicial de Gral. San Martín (JC 6. causa C. 1168³ y JC 6. Causa C. 1485⁴) resolvió absolver a los imputados por atipicidad del hecho. Se consideró que “para que quede configurado el delito de desobediencia la orden impartida no debe tener prevista una sanción especial”.

En ambos fallos se agregó:

A partir de la lectura del art. 7 bis de la ley en cuestión logra establecerse que, frente al incumplimiento de alguna de las medidas dispuestas por el juez de familia en los términos del art. 7 de la misma ley, se debe comunicar la situación al citado magistrado quién, en un primer momento puede requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de la orden ó puede evaluar la modificación o ampliación de las medidas ya dispuestas. Luego, y ante un segundo incumplimiento el juez de familia está facultado para imponer algunas de las sanciones descriptas en los puntos a), b), c) y d) del art. 7 bis de la ley. Y recién allí, cuando en este segundo incumplimiento se advierta la comisión de delito, deberá el juez o jueza poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal.

² Se analizan los considerandos de los siguientes fallos: “Juzgado en lo Correccional nro. 6 Departamento Judicial San Martín, 2017, JC1168/JC6” y “Juzgado en lo Correccional nro. 6 Departamento Judicial de San Martín, 2017, JC1485/JC6”.

³ “Polo, David Miguel s/ desobediencia”, del 26 de mayo de 2017.

⁴ “López, Claudio Rubén s/ desobediencia”, del 22 de agosto de 2017.

Cita el juez para concluir el análisis lo siguiente:

La ley de protección contra la violencia familiar ha previsto casos de incumplimiento de una o más de las reglas impuestas y ha dotado de herramientas al juez natural del caso, para utilizar la fuerza pública o evaluar la conveniencia de modificar, ampliar u ordenar medidas. Ante un nuevo incumplimiento, ha previsto la imposición de sanciones y cuando en este incumplimiento se constate algún delito, ha establecido que se deberá poner el hecho en conocimiento de la justicia penal.

Con apoyatura en la redacción del artículo 7 bis, se postula que solo el nuevo incumplimiento encontraría tipificación penal, puesto que el Juzgado de Familia o el Juzgado de Paz⁵ que interviene en el hecho principal recién ante la inobservancia de las medidas regladas en el primer párrafo del artículo 7 bis de la Ley N° 12.569 puede comunicar el hecho, encontrándose desde entonces habilitada la jurisdicción del juez penal para conocer en el delito de desobediencia, mientras que el incumplimiento de las pautas previstas en el artículo 7 sería atípico.

La existencia de una sanción especial en la ley de violencia familiar es esgrimida como argumento para defender la falta de encuadre típico, pues lo reprimido no puede estar sancionado por otra norma del ordenamiento jurídico.

⁵ Las acordadas 4099 y 3964 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires confieren, además, competencia al juez de Garantías y juez de Garantías del Joven para ordenar las medidas de los artículos 6 y 7 de la Ley N° 12.569.

Cierto es que los jueces en su tarea diaria se expiden sobre institutos que conllevan la fijación de obligaciones, como la concesión de una excarcelación o la suspensión del juicio a prueba, pero no todo incumplimiento es desobediencia. En efecto, la concesión de la excarcelación tanto como la *probation* se realizan bajo determinadas disposiciones de carácter prescriptivo, cuyo incumplimiento puede motivar la revocación o prórroga de los distintos institutos. Se pone en discusión, entonces, el criterio para establecer la distinción entre obligaciones cuya inobservancia constituye desobediencia.

Crítica al fallo

Se desglosan dos niveles de análisis. El primero, vinculado con un abordaje histórico, destacando el contexto que enmarca la sanción de la Ley N° 12.569 y sus modificatorias. En segundo lugar, se relevará el argumento de la sanción específica como criterio excluyente de la tipicidad del delito de desobediencia.

Abordaje histórico

El artículo 7 de la Ley N° 12.569, en su redacción original, contenía una enumeración similar a la actual, habiéndose ampliado el catálogo de medidas por la reforma operada por la Ley N° 14.509, con la finalidad de evitar la repetición del hecho.

Dicha reforma se efectivizó en el año 2013 con el objeto de adaptar el procedimiento provincial a los preceptos de la Ley nacional

N° 26.485. De los fundamentos de la Ley N° 14.509⁶ surge que la modificación legislativa fue ordenada a partir de la identificación de la violencia familiar como problema social, cultural y político, señalando la necesidad de intervención del Estado en función de las obligaciones asumidas por la República Argentina a partir de la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el antecedente de la Ley N° 24.417 (Ley de protección contra la violencia familiar, 1994).

El artículo 7 bis de la ley N° 12.569, incorporado por Ley N° 14.509, es una copia textual del artículo 32 de la Ley nacional N° 24.685. La literalidad mantenida es la que compromete la interpretación de los incumplimientos de las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569, pues solo el artículo 7 bis aclara que se aplican sanciones específicas sin perjuicio de la responsabilidad penal, poniendo en cabeza del juez natural el deber de comunicar al juez penal cuando el hecho configure desobediencia.⁷

Conforme surge de los fundamentos de la reforma, el legislador bonaerense no contempló postergar la intervención del juez del fuero penal, dejando la primera infracción a las obligaciones dispuestas como atípica. Resulta, además, contradictorio con la obligación asumida por el Estado argentino en el sistema interamericano de derechos humanos de sancionar los hechos de violencia doméstica.

⁶ Disponible en: <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/fw14509.pdf>.

⁷ La Ley N° 12.569, en su redacción original, regulaba medidas ante el incumplimiento de las obligaciones del artículo 7, previendo el artículo 14 la realización de trabajos comunitarios.

No obstante, el andamiaje argumental para postular la atipicidad de la desobediencia se apoya en la existencia de una sanción específica en la legislación particular que impide la intervención de la Justicia criminal.

El argumento de la sanción específica

Con apoyatura en una opinión doctrinaria mayoritaria, se sostiene que el delito de desobediencia no se configura cuando la orden impartida, entendida como mandato emitido por la autoridad, tiene prevista una sanción específica (Donna, 2008; D'Alessio, 2007; Abraldes, 2004); tratándose de un tipo omisivo impropio para gran parte de la doctrina (D'Alessio, 2007), admitiendo otra línea la forma comisiva si el mandato se construye de forma prohibitiva (Abraldes, 2004).

Tanto la infracción a las medidas contenidas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569 como la inobservancia de las reguladas en el artículo 7 bis prevén sanciones específicas, como ya se señaló. La línea interpretativa que se critica no fundamenta, a la luz del criterio de la sanción específica, por qué el primer incumplimiento se asemeja a la inobservancia de las reglas impuestas en una excarcelación o suspensión de juicio a prueba, que, si bien inciden en los institutos específicos, no motivan una desobediencia, pero el segundo incumplimiento es de otra naturaleza y sí allana el curso para la imputación del delito de desobediencia. Es decir, ambos incumplimientos traen aparejadas sanciones específicas, pero solo el primero es asemejado a las obligaciones impuestas en los institutos mencionados (excarcelación y suspensión de juicio a prueba), mientras que el segundo encuentra tipificación penal.

Se sigue de ello que no es la sanción específica la que motiva la atipicidad, sino la deficiente redacción de la Ley N° 12.569, que con una aclaración (“sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan”) y una disposición sobreabundante (“Cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal”) regularía la injerencia de la Justicia penal (art. 7 bis).

La desobediencia y la sanción específica

Desarrollo doctrinario y jurisprudencial

Apoyadas las decisiones jurisdiccionales de la provincia en códigos de fondo comentados que receptan principalmente fallos de la Justicia nacional y federal, se advierte cierta preeminencia de dichos fueros en el análisis de los tipos penales. Hecha la aclaración, se releva que suele repetirse que la existencia de una sanción específica para el caso de incumplimiento de una orden emanada de autoridad competente no permite la configuración del tipo penal de desobediencia (Donna, 2008; D’Alessio, 2007).

Sostiene Donna (2008):

No se configura el tipo, si el incumplimiento de la orden tiene previsto una sanción especial. Las sanciones especiales (civiles) que jurisprudencialmente motivaron el desplazamiento del tipo penal de la desobediencia no producen tal efecto cuando la condena de contenido pecuniario se impone al organismo

vencido en la litis y no a los funcionarios eventualmente responsables, es decir a las personas físicas a las que es posible atribuir responsabilidad de naturaleza penal. (p. CX)

En resumen, Donna concluye señalando que “la orden impartida por autoridad judicial que tiene prevista una sanción especial no es subsumida por el tipo de desobediencia” (p. CXI), apoyando su definición en tres fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional: “Agopian, H.”⁸, “Lafuente E.J.”⁹ y “Botbol de Cabuli”¹⁰.

No era, sin embargo, esa línea jurisprudencial unánime en dicho órgano jurisdiccional. En “Gerente de Transportes el Litoral s/ Desobediencia”¹¹ se sostuvo:

si bien se ha predicado en doctrina y jurisprudencia el desplazamiento del tipo penal implicado, cuando existe sanción especial para el incumplimiento de ciertas órdenes de la autoridad [...] el Tribunal no comparte tal criterio [...] es indiscutible que un especial tipo de prohibición penal puede primar por su estructura específica, frente a otro que albergue genéricamente similar hipótesis de acción [...] lo cual significa que los dos tienen que prever una conducta prohibida bajo amenaza de sanción penal, de

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 29.735, “Agopian, H. s/ desobediencia”, del 23 de abril de 1985.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 24.338, “Lafuente, E.J. s/ desobediencia”, del 25 de julio de 1980.

¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 29.135, “Botbol de Cabuli s/ desobediencia”, del 4 de diciembre de 1984.

¹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII. N° CNCC 1.883, “Gerente de Transportes el Litoral s/ Desobediencia”, del 8 de junio de 1982.

cualquier jerarquía que fuera. Pero dicha posibilidad se excluye cuando concurren supuestos de prohibición heterogéneos (penales y no penales); alternativa para la cual no existe principio jurídico que autorice el desplazamiento de uno por el otro, situación que explica la común aplicación simultánea de sanción civil y penal respecto de un mismo hecho antijurídico.

Esta posición se asienta sobre la distinción entre sanciones heterogéneas y homogéneas. Solo la doble tipificación penal dejaría fuera de subsunción la figura de desobediencia, mientras que las sancionatorias de otro orden, como las del fuero civil, no habilitarían el desplazamiento de la figura.

En "A.H.A."¹² se sostuvo que configura el delito de desobediencia la acción del imputado que, pese existir "un proceso civil por violencia familiar en su contra en donde por sentencia judicial se lo excluyó del hogar conyugal sin poder acercarse a la damnificada y los hijos del matrimonio, ha incumplido tal orden y ha ocasionado lesiones a la víctima", haciendo concursar el delito de desobediencia con el de lesiones. En igual sentido "Gillette, Nilda s/ desobediencia"¹³ y "E.L.R."¹⁴.

Precisando más el tipo penal, se afirma que no incurre en el delito de desobediencia a la autoridad quien incumple órdenes relativas

¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V. N° CNCC 21.071, "A.H.A. s/ desobediencia", del 14 de abril de 2003.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala III. N° CNCC 15.462, "Gillette, Nilda s/ desobediencia", del 1 de junio de 1982.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I. Causa C. 18.962.

a intereses personales de índole patrimonial (306:1570 y 313:824).¹⁵ Ahora bien, en ambos precedentes la figura de la desobediencia fue desplazada por la de desbaratamiento de derechos acordados prevista en el artículo 173 inciso 11 del Código Penal, y por el previsto en el artículo 44 del Decreto ley N° 15.348/46, ratificado por la Ley N° 12.962.

En “Banco Cabildo S.A. c/ Grimberg, Argentino s/ secuestro prendario”,¹⁶ el tribunal sentó tal criterio sobre la atipicidad del incumplimiento de las órdenes vinculadas a intereses personales de índole patrimonial, pero manteniendo la imputación por desbaratamiento de derechos acordados. Preguntarse si el máximo tribunal hubiera sostenido tal criterio de no ver subsistente dicha intimación es contrafáctico. No obstante, se observa que, en general, en la cita del precedente se realiza un recorte conveniente a su uso (D'Alessio, 2007), concluyendo en la atipicidad del delito de desobediencia sin otra consideración.

Si se rastrea el uso de la excepción, no se encuentra en Soler (1963) ni en Núñez (1992). Lo presenta Creus (1981) y se reitera en la tratadística posterior (Donna, 2008; Baigún y Zaffaroni, 2011). El concepto completo, luego recortado a “órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial”, comprendía “aún mediando la orden concreta y directa, no dan lugar a este delito cuestiones que se vinculen con los intereses personales, de cualquier índole, afectiva, patrimonial, familiar o con los garantías constitucionales”. La fuente última de la excepción resulta la observación de Alberto Millán al

¹⁵ Citados en A. D'Alessio, 2007, p. DCCLXXII.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984), 306:1570.

concepto de orden incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal (en Fontán Balestra, 1990).¹⁷

La amplitud de la excepción parece desmedida. La afectación al bien jurídico Administración pública se da en el caso de la desobediencia ante el resguardo de la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de autoridad. Bajo el pretexto de que todo incumplimiento de una sentencia judicial sería punible –afirmación cuestionable– y la eventual sobreabundancia de las disposiciones procesales sobre ejecución de sentencias, se ha desnaturalizado el tipo penal, quedando restringida su configuración a algunos casos de los cuales no puede extraerse una regla.¹⁸ En efecto, como surge de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se citaron, el desplazamiento de la figura se da por tipificación homogénea.

Por otro lado, la sanción especial deja a la inobservancia de la obligación como atípica. Abraldes (2004) ha cuestionado el punto aceptado pacíficamente por la doctrina (Donna, 2008; D'Alessio, 2007). La operatividad del principio de especialidad se verificaría recién en el nivel de la antijuridicidad. Los parámetros vinculados con el abordaje holístico del ordenamiento jurídico no se analizan en el nivel de la tipicidad. Sin embargo, apoyándose en la distinción entre antijuridicidad formal y material, saca el problema fuera

¹⁷ Sostiene A. Millán: "Aun mediando la orden concreta y directa, no dan lugar a este delito cuestiones que se vinculen con los intereses personales, de cualquier índole, afectiva, patrimonial familiar o con las garantías constitucionales. De lo contrario, el incumplimiento de toda sentencia judicial sería punible" (p. 192).

¹⁸ En el precedente CNCC, Sala I, Causa C, 18.962 se resolvió: "la desobediencia del inculpo a la orden impuesta por el magistrado civil, bajo apercibimiento de aplicársele la multa respectiva y extraer testimonios en aplicación del artículo 239, Código Penal, configura el ilícito previsto en el mentado artículo".

del terreno de la teoría del delito, proponiendo un reexamen del concepto material de delito más atrás del respectivo derecho penal codificado, que pregunta por los criterios materiales de la conducta punible, abandonando el tema a una decisión de política criminal. Pareciera que siempre que hay una sanción específica no penal existe una decisión de atender la conflictividad mediante respuestas no punitivas.

Tal desarrollo se edifica nuevamente sobre la existencia de una sanción específica que da cuenta de que el legislador ha querido dar una respuesta no punitiva, propiciando una sanción no penal que resguarde el carácter subsidiario del derecho penal como *ultima ratio*. Se advierte, entonces, una respuesta estatal frente a quien incumple con alguna de las medidas previstas en la Ley N° 12.569 que transitarían entre la inexistencia de delito, la atipicidad de la conducta o su justificación; conclusiones que no se comparan con la problemática reconocida por el Estado en materia de violencia contra la mujer y el compromiso asumido en cuanto a su sanción y prevención.

En rigor, pensar la solución desde el derecho penal como *ultima ratio* supone partir de la definición de la potestad punitiva del Estado desde un carácter subsidiario. Es decir, cuando no existen herramientas menos lesivas para la solución de la conflictividad social, propiciándose siempre respuestas composicionales. Implica, además, justificar la intervención punitiva en casos de pragmas de conflictividad relevante, es decir, ante afectaciones significantes de bienes jurídicos, y, por último, admitir el carácter fragmentario del sistema punitivo en cuanto a que existen situaciones lesivas que el derecho penal por su estructura y los principios que lo rigen no

puede abordar. El argumento del autor (Abralde, 2004) pone el hecho fuera de la teoría del delito, desde la definición material de delito, y minimiza un hecho que se inscribe en una problemática social de gravedad creciente.

Sesgo de análisis

Abordado el tópico desde el sistema de protección de los derechos humanos de las mujeres en el marco jurídico definido por los pilares que conforman la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará),²⁰ los precedentes “Olga del Rosario Díaz c/ Estado Argentino” del Comité CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²¹ las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad,²² la Ley N° 26.485 y la Ley N° 12.569, por mencionar los más relevantes, surge que la construcción del concepto de sanción específica aparece sesgada, señalando nociones preconcebidas y estereotipadas en un contexto que tendía a la impunidad del hombre en los hechos denunciados.

¹⁹ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

²⁰ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

²¹ Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

²² Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>.

Los precedentes que aparecen en Donna (2008) y que se citan como argumento de autoridad en la materia son “Agopian, H.” y “Lafuente E.J.”.

En el caso “Agopian, H.” se sostuvo que el delito de desobediencia no se tipifica cuando el incumplimiento de una orden impartida por la autoridad judicial tiene prevista una sanción especial. El imputado había sido demandado en sede civil por alimentos y, encontrándose debidamente notificado, no efectivizó el pago de la suma. Se concluyó que queda desplazada la desobediencia por las facultades otorgadas en el Código Procesal Civil y Comercial a los jueces y tribunales (art. 37) de establecer sanciones tendientes a que las partes cumplan con sus mandatos.

En “Lafuente E.J.” la imputada era la madre de una menor, a quien se le atribuía haber inobservado el régimen de visitas. Bien pudo la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional verter los considerandos de la sanción especial y la atipicidad consecuente; sin embargo, previo a ello, efectuó ponderaciones en torno al accionar de la madre y su comportamiento. Sostuvo:

si bien la actitud de la niña pudo obedecer a la influencia de la madre, quien tras el escudo de la impúber tal vez ejecutó la conducta delictual que se le endilga; esto es sólo conjetura que no pasa de ser tal, inidónea para sustentar un juicio de condena, quedando la verificación de su ocurrencia en el terreno de la duda insuperable.

Es curioso el análisis de la duda beneficiante frente a un caso que se resolvía fácilmente con la línea que se menciona, además de de-

sarrollar una hipótesis fáctica meramente conjetural a fin de juzgar el comportamiento de la mujer y el apartamiento de la expectativa sobre la construcción estereotipada del género y sus roles.

Seguido de una tarea interpretativa tamizada por un sesgo sin perspectiva de género que se fue sedimentando en la aplicación de la figura penal bajo análisis sobre estereotipos, debe evaluarse si la respuesta estatal por la atipicidad satisface el derecho de acceso a la justicia y el compromiso de sancionar las diversas formas que la violencia asume contra la mujer. El carácter cíclico y progresivo con que suele desarrollarse el tipo de violencia de la que es víctima la mujer no admite prórroga de la respuesta sancionatoria del Estado ante la afectación de bienes jurídicos tutelados.

El delito de desobediencia

Dos temores de Soler (1963) gravitan en los comentarios al delito de desobediencia. Por un lado, la derogación implícita de la atipicidad de la fuga sin violencia sobre las personas ni fuerza sobre las cosas en caso de considerar típica la desobediencia a la propia orden de detención. Por otro lado, la extensión desmedida de la figura de desobediencia.

La revisión de la exégesis que se crítica no habilita un ejercicio desmesurado de intervención punitiva. No persigue el presente trabajo repasar los elementos típicos que integran la estructura del delito de desobediencia sobre los cuales es pacífica la doctrina, sino solo aquellos que inciden en la imputación del delito en el supuesto del incumplimiento previsto en la Ley N° 12.569. Sin

embargo, para dar tratamiento a los puntos señalados en párrafo precedente, vale recordar algunas consideraciones doctrinales compartidas (Donna, 2008; D'Alessio, 2007; Abraldes, 2004) sobre la figura bajo análisis. Las resoluciones judiciales no importan órdenes en el sentido estricto exigido por el tipo penal. Son los mandamientos que persiguen la ejecución de aquellas órdenes los que ingresan en el análisis del tipo penal. Recordemos, además, que la manda no puede ser general, sino que debe dirigirse a persona determinada mediante un acto de imposición. Además, la orden impartida debe ser de posible ejecución (D'Alessio, 2007). Debe existir una relación de inmediatez que no se traduce en presencia efectiva entre el funcionario y el destinatario de la orden. Los elementos del tipo señalados –mandamiento para la ejecución de la orden, dirigida a persona determinada, posibilidad de ejecución y relación de inmediatez– se completan con los caracteres del sujeto activo, quien debe ser el destinatario del acto funcional y el sujeto pasivo del delito, calidad que puede recaer en el funcionario público en ejercicio funcional o en un tercero que presta colaboración.

Además, habiendo ya presentado el tipo objetivo de la figura no estrictamente como una omisión impropia, pudiendo ser un delito de acción si la orden es prohibitiva, será en el tipo subjetivo donde se entablará la disputa para señalar la diferencia entre las ordenes cuya inobservancia se tipifican como desobediencia y las que no. Como ya se vio, la línea jurisprudencial que se trae a consideración pregunta por qué la inobservancia de las obligaciones impuestas en el marco de una excarcelación o de una suspensión de juicio a prueba no motiva la imputación por desobediencia, por oposición al incumplimiento de las medidas previstas en la Ley N° 12.569.

Las obligaciones genéricas estipuladas en el artículo 179 del Código Procesal Penal o la mayoría de las previstas en el artículo 27 bis del Código Penal son formuladas en términos de mandato. Se trata de una norma imperativa “que solo puede ser violada por medio de una conducta que deja de adoptar la que el mandato dispone, es decir, dejar de obedecer” (Creus, 1981, p. LXII). Si tomamos el delito como omisión impropia, no se verá configurado el aspecto conativo del dolo en la omisión. Ante un cumplimiento irregular de las condiciones pautadas, por ejemplo, quien en el marco de una suspensión de juicio a prueba se presenta solo una vez ante el Patronato de Liberados y omite actualizar el domicilio, pero cumple con el resto de las condiciones del instituto, no incurrirá en el delito de desobediencia. No se vería nunca satisfecho el aspecto conativo del dolo en la omisión (D’Alessio, 2007; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Se trata, por supuesto, de un problema dogmático, de lo que da cuenta Stratenwerth (2005), entre otros. Ante ello, resultaría problemático flexibilizar el concepto de dolo en la omisión, limitándolo a su aspecto cognoscitivo.²³

Distinto será el caso de las obligaciones especiales, como por ejemplo la de abstenerse de mantener cualquier trato con la víctima. La orden formulada de modo prohibitivo tendrá como oposición un delito de acción. Bajo esta estructura, el incumplimiento de la obligación, incluso en el marco de una excarcelación, sí motivará la imputación por el delito de desobediencia, pues sin duda se verán acreditados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. La distinción entre sanciones heterogéneas y homogéneas pareciera

²³ Tal decisión sigue Abraldes (2004), quien se apoya en la definición de dolo en la omisión de Cerezo Mir.

ser un mejor criterio para dilucidar en cada caso si corresponde imputar el delito de desobediencia. Solo se verificaría el desplazamiento de la figura ante la existencia de una sanción homogénea –penal–, incluso si la respuesta punitiva es contravencional, sin que ello suponga magnificar la intervención de la Justicia penal ante cualquier incumplimiento. Por otro lado, prorrogar la intervención penal por disposiciones procedimentales conllevaría afirmar que las distintas jurisdicciones provinciales tienen facultades para diferir o habilitar la respuesta punitiva estatal, contraviniendo la manda constitucional que establece como facultad delegada en el Congreso federal la creación de delitos penales en toda la nación a través del código de fondo o de leyes especiales que se sancionen (Constitución nacional, 2016, art. 75 inc. 12)²⁴.

Conclusión

El abordaje de la línea jurisprudencial que postula la atipicidad de la inobservancia de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569 nos introdujo en una problemática de mayor alcance vinculado con la tipicidad del delito de desobediencia y su posible desplazamiento.

Si las facultades otorgadas al órgano jurisdiccional ante el incumplimiento de las reglas enunciadas en el artículo mencionado son entendidas en términos de sanciones específicas, no subsumiendo el primer incumplimiento en el tipo penal, no se explica por qué el

²⁴ Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_01_constitucion_nacion_argentina.pdf.

segundo incumplimiento sí encontraría subsunción típica, si también se legislan para el caso sanciones específicas.

Los precedentes que suelen mencionarse como fundamento de autoridad aparecen marcados por un sesgo ideológico sin perspectiva de género ("Agopian, H." y "Lafuente E.J."), además de ser contradictorios con los propios fundamentos de la Ley N° 12.569 y sus reformas, relevando que los dispositivos en función de los compromisos asumidos por el Estado en materia de sanción, prevención y erradicación de violencia contra la mujer deben servir "tanto para prevenir, cuanto para atender, investigar, sancionar y reparar"²⁵, por lo que la prórroga de la Justicia penal a un segundo incumplimiento no parece alinearse con esa directriz.

Dicha línea jurisprudencial no era uniforme, pues otro criterio trabajaba con el desplazamiento desde la existencia de sanciones homogéneas, es decir, punitivas, como derivación del principio de especialidad al individualizarse una conminación penal determinada para determinado hecho; no operando, por el contrario, el desplazamiento si la sanción era heterogénea.

Asimismo, los precedentes que apoyan la exclusión del tipo por ser "órdenes relativas a los intereses personales de las partes" o el modificado "intereses personales de índole patrimonial" fueron encuadrados en la figura de desbaratamiento de derecho acordados, por lo que la atipicidad de la figura encuentra alguna arista a considerar.

²⁵ Fundamentos de la Ley N° 14.509, disponible en: <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/fw14509.pdf>.

Se afirma como corolario que, de otra forma, el incumplimiento de toda sentencia judicial motivaría una punición por el delito de desobediencia. Pero no es la sentencia, auto o decreto el que motiva la imputación bajo dicha figura, sino el mandamiento dirigido a una persona individualizada que indica un determinado obrar u abstención, conformando una orden de inexcusable cumplimiento. Tampoco se vuelven ociosas las disposiciones sobre ejecución de sentencia, como se alega, pues se trata de dos procedimientos que transitan por carriles paralelos.

El argumento de la sanción específica como instancia propia de la antijuridicidad vincula el incumplimiento a las órdenes con la definición material de delito, postulando, entonces, que si existe una sanción específica no penal es porque no es considerado como jurídico penalmente relevante y, en función del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, no resultaría abordable por su baja conflictividad. No se releva, desde este abordaje, la problemática y la entidad de la situación de violencia que la ley específica intenta enmarcar.

El desplazamiento operado de la figura típica por ejercicio jurisdiccional y doctrinario encuentra dificultades en supuestos como el ventilado en los fallos que se comentan. Ciertamente es que el derecho penal no debe traccionar la maquinaria punitiva con una finalidad prevencional, resorte de otro de los poderes del Estado, pues su tarea es intervenir para determinar el reproche por el hecho acontecido; pero tampoco puede admitirse su prórroga cuando se debe investigar y sancionar un suceso que guarda adecuación típica y que es indiciario de una conflictividad social vinculada con bienes jurídicos tutelados en la emergencia de una situación ponderada por su creciente problemática, aunado a la competencia

excluyente del Congreso nacional en la creación de tipos penales, que se vería obstaculizada formalmente desde disposiciones de jurisdicciones locales.

Para finalizar. La acción típica del delito de desobediencia exige la oposición a un acto de autoridad. Tanto las medidas dispuestas a tenor de lo normado en los artículos 7 y 7 bis de la Ley N° 12.569 revisten la calidad de órdenes en el sentido exigido en la figura legal y su incumplimiento motiva la imputación de la figura prevista en el artículo 239 del Código Penal. En torno a la causal de atipicidad por sanción específica, deben recuperarse las definiciones de sanciones homogéneas y heterogéneas. Luce como un criterio más sólido para pensar la desobediencia. Solo otro encuadre típico desplazaría la figura de desobediencia por aplicación del principio de especialidad. No existe obstáculo para que exista una doble conminación civil y penal en función de la distinta naturaleza de los fueros. Tal criterio, atento a la estructura omisiva-comisiva del tipo penal, no supondría una ampliación desmedida de la intervención punitiva estatal en tanto deberían verificarse siempre los elementos objetivos y subjetivos de la figura que admite solo la forma dolosa y que se integra con un aspecto cognoscitivo y conativo, incluso en el caso de responder a la forma de omisión impropia. No cualquier incumplimiento de una sentencia traería aparejado la imputación por desobediencia, pues, como se vio, el tipo objetivo recae sobre el mandato de la autoridad que fija la orden o prohibición a un individuo determinado. Debe siempre evaluarse la relevancia en la afectación del bien jurídico para afirmar la tipicidad, pues en sede administrativa la desatención de determinados mandatos no justificará la imputación por desobediencia, pero no por la existencia de una conminación específica, sino por la falta de afectación del

bien jurídico que tutela la norma. Son, por otro lado, identificables varios escenarios de doble conminación. La Ley N° 13.982 (Policía provincial, 2009) prevé para el personal policial distintas sanciones, desde el apercibimiento hasta la exoneración, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera haber. En suma, no debe construirse el desplazamiento del tipo penal desde el argumento de la sanción específica, pues en algunas ocasiones estará fundada la doble respuesta administrativa y penal, mientras que en otras, solo la administrativa. Pensar, en tal supuesto, si la inobservancia de la orden específica ha comprometido la Administración pública, afectando la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad ante la desatención de un mandato inexcusable, se ofrece como un mejor argumento.

Referencias

- Abraldes, S. (2004).** Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad. *Revista de Derecho Penal*, 1. Rubinzal-Culzoni.
- Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2011).** *Código Penal*. Hammurabi.
- Creus, C. (1981).** *Delitos contra la Administración Pública*. Astrea.
- D'Alessio, A. (2007).** *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*. La Ley.
- Donna, E. (2008).** *Derecho Penal. Parte especial*. Rubinzal-Culzoni.
- Fierro, G. (2004).** Resistencia y desobediencia a la autoridad en Delitos contra la Administración Pública. *Revista de Derecho Penal*, 1. Rubinzal-Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1990).** *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo Perrot.
- Núñez, R. (1992).** *Tratado de Derecho Penal*. Marcos Lerner.
- Soler, S. (1963).** *Derecho Penal Argentino*. TEA.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general.* Hammurabi.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general.* Ediar.