

FALLO DE TSJ SALA PENAL, PUBLICADO EN PRENSA DEL TSJ

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - LEY DE VIOLENCIA FAMILIAR - INCUMPLIMIENTO DE PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO Y CONTACTO - ENCUADRAMIENTO EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.

1. Para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad, el cual se encuentra previsto en el art. 239 del Código Penal supone el incumplimiento de una orden, la cual no sólo debe emanar de una autoridad material y territorialmente competente, sino que además debe ser clara, concreta, destinada a una o a varias personas determinadas y debidamente comunicada; es decir que, ese mandato sea ciertamente conocido por quien o quienes son objeto del mismo. 2. El bien jurídico penalmente protegido en el Título XI del Código Penal “Delitos contra la Administración Pública”, se asienta en el correcto desempeño de la función pública, comprensiva tanto de la actividad administrativa, judicial y legislativa. En el caso particular del delito de desobediencia a la autoridad, tiene como ámbito de tutela la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, los que, mientras reúnan las formalidades legales, son de inexcusable cumplimiento. 3. La idea de desobediencia está conceptualmente relacionada con la noción de “orden” y se entiende por tal al mandato emitido por una autoridad a una o varias personas determinadas, de cumplir una disposición de la autoridad pública. En otras palabras la orden debe emanar de un funcionario público y debe pertenecer al elenco de sus atribuciones. 4. Para que se configure el tipo delictivo de desobediencia a la autoridad previsto en el art. 239 del Código Penal, la orden impartida por la autoridad no debe tener prevista una sanción especial, vale decir, que la omisión de cumplimentar la orden no puede estar sancionada por otra norma del ordenamiento jurídico, puesto que el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones en el marco del derecho civil. 5. Para que la conducta incumplidora de la orden quede fuera de la órbita del derecho penal, la sanción por el particular incumplimiento deberá estar especialmente prevista: no lo producirán medidas de índole general que no tengan una clara tipicidad sancionadora, o que sólo posean carácter preventivo, o persigan la finalidad de hacer cesar la infracción. 6. Acerca del alcance del elemento “orden” que integra el tipo penal del art. 239 del Código Penal, corresponde hacer una observación que gira en torno a la distinción entre las ordenes de prohibición de acercamiento y contacto entre el agresor y la víctima que encuentran su origen y ámbito de aplicación en la “Ley de Violencia Familiar (arts. 10, 20 y 21 de la Ley 9283) y las restricciones de cualquier tipo de comunicación entre víctima y victimario impuestas por el órgano judicial como condición para el mantenimiento de la libertad, conforme lo dispuesto por el art. 268 in fine del CPP, bajo apercibimiento de ordenar su detención. 7. Cabe señalar que si el Fiscal de Instrucción al fundar la prohibición de acercamiento, lo hizo en el marco del art. 268 in fine del CPP, apercibiendo al destinatario de que en caso de incumplimiento ordenará su detención, es decir, como una condición para el mantenimiento de la libertad del imputado, su incumplimiento no acarrearía otro efecto que el anunciado, esto es, su detención como modo de neutralizar su posible peligrosidad procesal y siempre que se encuentren presentes los presupuestos que conlleva la medida de coerción, esto es una base probatoria de culpabilidad y peligrosidad procesal. 8. La condición para el mantenimiento de la libertad, por su propia naturaleza y efecto, aún cuando es una orden su quebrantamiento no conduce al ámbito del tipo del art. 239 del CP, tan es así que, no diremos que incurre en desobediencia el condenado que fuga, o bien el imputado que no se presenta como debía conforme las demás condiciones compromisorias (art. 268 incs. 1° a 4°, CPP). 9. En síntesis, la desobediencia a las ordenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo dicha normativa específica, claramente encuadran dentro de la figura penal bajo análisis (art. 239, CP) y es que, nos encontramos frente a un destinatario determinado a quien

la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; esto es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos de violencia intra familiar; máxime cuando estas órdenes son impartidas con el fin de hacer cesar conductas que denuncian violencia y para prevenir o evitar que las mismas se reiteren poniendo en peligro, la vida, la salud o la integridad psicofísica de la víctima.

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE

En la Ciudad de Córdoba, a los catorce días del mes de noviembre de dos mil doce, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "F., N. y otra p.ss.aa. lesiones leves calificadas, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "F", 29/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de la Cámara de Acusación, Dr. Jorge Osvaldo Leiva, en contra de la sentencia número cuarenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dictada por la Cámara de Acusación de ésta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

I. ¿Corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara en contra del sobreseimiento de N. H. F. y A. S. V.?

II. ¿Que resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

Las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijeron:

I. Por sentencia número 44, de fecha 17 de julio de 2012, la Cámara de Acusación de esta ciudad de Córdoba, en lo que aquí interesa, resolvió: "...I) *Disponer el sobreseimiento parcial de la presente causa a favor de los imputados N. H. F., ya filiado, por los hechos nominados segundo, tercero y cuarto, y a favor de A. S. V., ya filiada, por los hechos nominados segundo y tercero, todos los cuales fueran calificados en la figura penal de desobediencia a la autoridad (CP, 239), toda vez que dichas conductas resultan atípicas (CPP, art. 350 inc. 2º)...*" (fs. 358/365).

II. En contra de la sentencia de marras, el Sr. Fiscal de la Cámara de Acusación, Dr. Jorge Osvaldo Leiva, interpuso recurso de casación invocando el motivo sustancial previsto en el primer inciso de art. 468 del CPP.

Luego de narrar los hechos endilgados a los imputados N. F. y A. V., los que fueron, oportunamente, calificados como de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP) y considerados atípicos por el Tribunal de apelación, es sobre este punto que denuncia una errónea aplicación de la ley penal, toda vez que la conducta descrita y objeto de la presente discusión, claramente encuadra en la citada norma penal.

En efecto, explica que los imputados desobedecieron las órdenes de un funcionario público, dispuesta en el legítimo ejercicio de sus funciones, de manera formal, con competencia materia y territorial, y estando ambos debidamente notificados debían y estaban obligados a acatarlas.

Hace referencia y puntualiza que, las reiteradas decisiones del Juez de Familia de la ciudad de Alta Gracia, fueron notificadas a ambos imputados con antelación a los hechos, comunicándoles que debían abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia del otro, que tenían prohibido comunicarse, relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar, como así también las prohibiciones que oportunamente dispuso el Sr. Fiscal, al indicar restricciones de cualquier tipo de contacto, lo cual constituye una “orden para el destinatario” en el sentido normativo del art. 239, CP, razón por la cual su incumplimiento acarrea la sanción penal allí establecida.

Agrega que las disposiciones procesales del fuero civil, que permiten al magistrado, en caso de que las partes no actúen con probidad y buena fe, aplicarles una multa; o bien, las medidas preventivas o curativas que a modo de medida tutelares ordena el órgano judicial interviniente, en modo alguno, sostiene, permiten excluir la figura penal de desobediencia a la autoridad.

A su juicio, si bien en todo conflicto de naturaleza familiar se desaconseja la intervención del derecho penal, esta afirmación como razón de política criminal, entiende que, en el caso, está bastante lejos de la realidad; tan es así que ante la constante violación de las medidas tutelares dispuestas por el órgano instructor y la reiteración de hechos de violencia en la pareja, el órgano instructor decidió ordenar la detención del imputado N. F. y luego, su prisión preventiva.

Discrepa con el Tribunal de apelación en cuanto sostiene que el bien jurídico protegido por la norma (art. 239, CP), queda suficientemente resguardado con la aplicación de las sanciones extra penal previstas en el art. 83 del CPCyC y en el art. 30 de la Ley 9283, y afirma que estas pueden ser consideradas como medidas tutelares para ordenar el procedimiento durante los conflictos familiares, pero ello no significa que el

legislador haya pretendido reemplazar la aplicación de la citada norma penal, para quien no cumpla la orden de restricción de contacto.

Valora que, considerar como atípicas las conductas encuadradas en la figura penal del delito de desobediencia a la autoridad, ante el incumplimiento de una orden judicial, representa un grave riesgo para la administración de justicia y pone en peligro la credibilidad de sus decisiones y fines.

Bajo esos lineamientos, hace referencia a las normas constitucionales que acuerdan garantías procesales tanto a víctimas como a victimarios, alude a los preceptos convencionales previstos para la protección de la mujer frente a todo tipo de violencia y a distintas resoluciones judiciales y opiniones doctrinarias que avalan la tipicidad de los hechos bajo examen, todo lo cual demuestra el yerro en la decisión que impugna.

En consecuencia, considera que, el *iudex* analizó equivocadamente que la conducta de ambos imputados, en los hechos de desobediencia a la autoridad, resulta atípica y dispuso, también equivocadamente, el sobreseimiento parcial de los mismos conforme el art. 350 inc.2º, CPP.

Por ello, solicita se revoque la decisión y se continúe con la investigación de los hechos atribuidos a los encartados hasta su conclusión (fs. 1/9 del cuerpo de casación).

III. Corrida la vista pertinente, la Sra. Fiscal Adjunta, por dictamen P- 853, manifiesta que mantiene el recurso de casación incoado por el Fiscal de Cámara de Acusación (arts. 172 inc. 2º de la Constitución Provincial y arts. 464, 471 y 476 del CPP).

Preliminarmente advierte que la Cámara desbordó su competencia funcional al resolver más allá de lo peticionado y es que el art. 456 del CPP, limita el conocimiento del Tribunal de alzada sólo a los puntos de la resolución que fueron objeto de agravio en el recurso de que se trate y en el caso la impugnación defensiva sólo cuestionaba la afirmación de la existencia de un peligro procesal que habilitara el dictado de la prisión preventiva del imputado N. F.

En lo atinente a la fundamentación del recurso, entiende que el representante del Ministerio Público formuló una refutación detallada y completa de los argumentos vertidos por el Tribunal de apelación en la resolución puesta en crisis, cumplimentando así con lo ordenado por los arts. 464 y 470, en función del art. 476 del CPP.

Atento a la trascendencia pública y conmoción social que reviste el tema de que se trata, agrega que existe profusa doctrina penal que sostiene que el hecho de desobedecer una orden judicial concreta dictada por un Magistrado en el ejercicio legal de sus funciones, que exige al destinatario la observancia de una conducta determinada y

que ha sido debidamente notificada, debe subsumirse en la figura penal prevista en el art. 239 del CP, sin perjuicio de que su inobservancia pueda acarrear la adopción –por parte del mismo funcionario judicial que la dictó- de otras medidas de carácter extra penal previstas en la legislación especial y por ende no sancionatorias.

Advierte que la postura del Tribunal aquí impugnada, se erige en franca contradicción con los compromisos asumidos por el Estado Argentino en relación a la problemática de la violencia familiar (cita normativa convencional y legal).

En relación a los argumentos expuestos por el Tribunal de alzada, señala que el Fiscal recurrente dirige correcta y fundadamente su embate hacia ellos al argumentar que el sólo hecho de que las medidas previstas en la ley de violencia familiar (ley 9283) sean incumplidas –como ocurre en el caso- revela que el bien jurídico protegido en la normativa especial no encuentra suficiente resguardo con la imposición de aquellas providencias.

Remarca que no se puede soslayar que el ley 9283 le otorga al Juez, de forma facultativa, la posibilidad de imponer los correctivos previstos por el Código de Faltas (en el caso las “*instrucciones especiales*” previstas por el art. 36, como sustitutivas de las penas de arresto y multa), más no lo obliga a aplicarlos frente al incumplimiento.

En ese orden, subraya que si bien una conducta humana puede quedar atrapada por el derecho penal común o por el derecho penal contravencional, siendo estos dos órdenes jurídicos diferenciados, la desobediencia a las restricciones impuestas por el juez, supera la mera falta o contravención y encuadra, por ende, en la descripción típica del art. 239 del CP.

Enfatiza en torno a que las prevenciones extrapenales contenidas en la ley de violencia familiar, aparecen como insuficientes en orden a la protección del bien jurídico que se pretende tutelar. Así, sostiene, resulta insoslayable investigar cuidadosamente las transgresiones a las condiciones de carácter preventivo impuestas en el fuero especial, contemplando su gravedad, características del hecho que las motivó y condiciones personales del sujeto, debiendo atender especialmente al bien jurídico lesionado por tal incumplimiento, puesto que, tratándose de una problemática con trascendencia social, se ve afectada la administración pública, debido al menoscabo que irrogan tales actos a la función judicial, deviniendo necesario e ineludible el consecuente proceso penal.

Por todo ello, opina que la violencia familiar configura una violación de los derechos humanos que pone en cabeza del Estado el deber de agotar todos los medios legales a su alcance tendientes a lograr su erradicación, prevención y sanción, en

consecuencia, considera que debe dejarse sin efecto la resolución impugnada, en cuanto declara la atipicidad de los hechos que el instructor había encuadrado en la figura de desobediencia a la autoridad contenida en el art. 239 del CP (fs. 25/34 del cuerpo de la casación).

IV.1. Los hechos objeto de la resolución impugnada y declarados atípicos por el Tribunal de apelación, son los siguientes:

Segundo Hecho: *el día 28 de agosto de 2011, no se pudo determinar la hora exacta, pero es posible establecerla entre las 15:00 y las 16:00, en el domicilio de L. V., sito en calle Los Cardenales y Martín Pescador de esta ciudad de Alta Gracia, en circunstancias en que A. V. llegó a éste, domicilio de su madre, para retirar a sus hijos A.F y V.F. de cuatro y dos años, respectivamente, donde los iba a reintegrar su cónyuge, N. F., luego de su día de visita, del que se encuentra separada de hecho. En dicha oportunidad, el imputado F., quien aún se encontraba presente en el lugar y con el propósito de amedrentarla le habría expresado “que no podía retirar a los niños porque ya había realizado una denuncia en su contra por abandono”. Con dicho accionar A. V. desobedeció la prohibición del Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, que le fue notificada el día 02 de agosto de 2011 y dispuesta en los autos caratulados “F., N. H. – denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), consistente en que: “deberá abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia de referencia y que, además, le está prohibido comunicarse, relacionarse o entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar con relación a la víctima precedentemente mencionada”. En tanto que, con el accionar de N. F. se desobedeció la prohibición impartida por el Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, que le fue notificada el día 02 de agosto de 2011 y dispuesta en los autos caratulados “F., N. H. – denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), consistente en que: “deberá abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia de referencia y que, además, le está prohibido comunicarse, relacionarse o entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar con relación a la víctima precedentemente mencionada”. Con ese mismo accionar N. F. desobedeció la prohibición impuesta por el Fiscal y notificada el 03 de agosto de 2011, dispuesta en el sumario nº 2172/11, que se tramita ante la Unidad Judicial de la ciudad de Alta Gracia, en el cual se ordenó la prohibición y restricción de mantener cualquier tipo de contacto con A. V.*

Tercer Hecho (segundo tramo): *el día 06 de noviembre de 2011, no se pudo determinar la hora exacta, pero es posible establecerla entre las 20:00 y las 20:50 hs., primero en el domicilio de A. V., sito en calle Los Zorzales esquina Los Rundunes de*

Barrio La Perla de la ciudad de Alta Gracia, se habría hecho presente N. F. (...) Luego, A. V., se habría dirigido al domicilio de N. F., sito en calle Martín Pescador s/n de Barrio La Perla de la ciudad de Alta Gracia (...) Con dicho accionar la prevenida A. V. desobedeció la prohibición del Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, que le fue notificada el día 02 de agosto de 2011 y dispuesta en los autos caratulados “F., N. H. – denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), consistente en que: “deberá abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia de referencia y que, además, le está prohibido comunicarse, relacionarse o entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar con relación a la víctima precedentemente mencionada”. En tanto que, con el accionar de N. F. se desobedeció la prohibición impartida por el Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, que le fue notificada el día 02 de agosto de 2011 y dispuesta en los autos caratulados “F., N. H. – denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), consistente en que: “deberá abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia de referencia y que, además, le está prohibido comunicarse, relacionarse o entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar con relación a la víctima precedentemente mencionada”. Con ese mismo accionar N. F. desobedeció la prohibición impuesta por el Fiscal y notificada el 03 de agosto de 2011, dispuesta en el sumario nº 2172/11, que se tramita ante la Unidad Judicial de la ciudad de Alta Gracia, en el cual se ordenó la prohibición y restricción de mantener cualquier tipo de contacto con A. V.

Cuarto Hecho (ultimo tramo): el día 03 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 16:00 horas, el imputado N. F. se hizo presente en el domicilio de calle Los Zorzales s/n de barrio La Perla de esta ciudad de Alta Gracia, vivienda en la que se domicilia su cónyuge A. V., de la que se encuentra separado de hecho (...) desobedeciendo así la prohibición impartida por el Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, que le fue notificada el día 02 de agosto de 2011 y dispuesta en los autos caratulados “F., N. H. – denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), consistente en que: “deberá abstenerse de concurrir al domicilio y/o residencia de referencia y que, además, le está prohibido comunicarse, relacionarse o entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar con relación a la víctima precedentemente mencionada”. Con ese mismo accionar N. F. desobedeció la prohibición impuesta por el Fiscal y notificada el 03 de agosto de 2011, dispuesta en el sumario nº 2172/11, que se tramita ante la Unidad Judicial de la ciudad de Alta Gracia, en el cual se ordenó la prohibición y restricción de mantener cualquier tipo de contacto con A. V.

2. Teniendo en cuenta la citada plataforma fáctica, el *a quo* consideró que los mismos resultan atípicos atento los fundamentos que a continuación y de modo sucinto se transcriben:

Sostiene que, la atipicidad de la conducta endilgada al imputado N. F. y a la imputada A. V. y calificada legalmente como desobediencia a la autoridad (art. 239, CP), radica en que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que no es una “orden” en el sentido que señala el tipo penal aquella cuyo incumplimiento está amenazado de sanción por el propio ordenamiento jurídico en el que se funda.

Así, parte de considerar que en casos como el de autos, el propio ordenamiento procesal que rige al fuero de familia remite, en su art. 183 (ley 7676), al Código Procesal Civil y Comercial, el cual establece que las partes deberán actuar en el proceso con probidad y buena fe y que el incumplimiento de dicho deber o la conducta manifiestamente maliciosa, temeraria, dilatoria o perturbadora será sancionada con una multa de hasta el 30% del valor económico del litigio, o de hasta cien jus en caso que no lo tuviere (art. 83, inc. 1º, ley 8465), razón por la cual valora que la sanción penal no resulta viable y queda desplazada.

Resalta que ello es correcto, no sólo por razones de política criminal, sino también por razones conceptuales y es que, si el ordenamiento jurídico ya prevé una sanción específica para el cumplimiento de una orden emitida por un funcionario público, es porque el propio legislador ha considerado que, en tales supuestos, en caso de incumplimiento no resulta afectado el bien jurídico específicamente protegido por el art. 239, pues de hecho “el normal desenvolvimiento de la administración pública” (en este caso, la administración de justicia), queda lo suficientemente resguardado con la aplicación de la sanción extrapenal de que se trata.

Agrega que a más de la sanción especial *supra* mencionada, la normativa aplicable al caso también prevé otras alternativas de *sanción específica* que tienen igualmente el efecto de descartar la tipicidad de los hechos atribuidos a título de desobediencia a la autoridad.

Bajo esa tesitura, indica que la misma ley de violencia familiar prevé una serie gradual de medidas de carácter preventivo con el objeto de evitar y proteger los bienes jurídicos tutelados por ella respecto de quien denuncia ser víctima de alguna forma de violencia en el seno del grupo familiar. Así, una vez dispuesta una medida cautelar de las previstas en el art. 21, u otras análogas, el juez convocará a una audiencia en un plazo no mayor de diez días, a los efectos de la evaluación del agresor (art. 22), así como

también, de oficio, ordenará realizar un diagnóstico de situación entre los sujetos involucrados (art. 25).

En lo que atañe puntualmente a la sanción especial, destaca que el art. 30 de la ley de violencia familiar prevé que ante el *incumplimiento de las obligaciones impuestas al agresor*, o en caso de comprobarse *reiteraciones de hechos de violencia familiar*, el juez podrá imponerle al denunciado las “instrucciones especiales”, previstas en el art. 35 del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba (ley 8431), bajo la supervisión de la autoridad de aplicación.

En ese orden, subraya que es esta normativa contravencional la que específicamente establece que si el condenado incumpliere la instrucción especial sin causa justificada, la autoridad de aplicación le *impondrá arresto o multa* (art. 36).

Por todo ello concluye que, el tipo penal de desobediencia queda excluido en razón de la previsión de sanciones especiales de naturaleza extrapenal (fs. 10/17 del cuerpo de casación)

V.1. El problema a resolver estriba en indagar si resulta adecuada la conclusión del *a quo* en cuanto determinó que las conductas *supra* descritas (ver punto IV.1.) son atípicas, o si, por el contrario, las mismas debieron continuar subsumidas, como lo había dispuesto inicialmente el órgano instructor, bajo la figura penal del delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP).

Atento lo planteado, se impone realizar un análisis de aquellos requisitos necesarios para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad, el cual se encuentra previsto en el art. 239 del Código Penal y reprime “...*al que... desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones...*”.

En cuanto a la hipótesis que señala la figura, la misma supone el incumplimiento de una orden, la cual no sólo debe emanar de una autoridad material y territorialmente competente, sino que además debe ser clara, concreta, destinada a una o a varias personas determinadas y debidamente comunicada; es decir que, ese mandato sea ciertamente conocido por quien o quienes son objeto del mismo.

El bien jurídico penalmente protegido en el Título XI del Código Penal “Delitos contra la Administración Pública”, se asienta en el correcto desempeño de la función pública, comprensiva tanto de la actividad administrativa, judicial y legislativa. En el caso particular del delito de desobediencia a la autoridad, tiene como ámbito de tutela la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, los que, mientras reúnan las formalidades legales, son de inexcusable cumplimiento (Cfrme. NÚÑEZ, Ricardo, “Derecho

Penal Argentino. Parte especial-VII”, Lerner, Córdoba, 1974, p. 18 y 27 y BUOMPADRE Jorge, “Delitos contra la Administración Pública”, Editorial “mave”, Bs.As., 2001, p. 66, entre otros).

Así la idea de desobediencia está conceptualmente relacionada con la noción de “orden” y se entiende por tal al “*mandato emitido por una autoridad a una o varias personas determinadas, de cumplir una disposición de la autoridad pública*” (NÚÑEZ, Ricardo, ob.cit., p. 27).

Nótese entonces que no se desobedecen los consejos, las invitaciones, las sugerencias sino sólo aquellos mensajes emitidos por quien busca incidir en el receptor de manera excluyente en su balance de razones al momento de actuar. Por esta específica propiedad es que, las órdenes sólo pueden ser emitidas por quien tiene autoridad sobre el destinatario y la tiene, conforme la norma bajo análisis, el funcionario público en el ejercicio legítimo de su función. La noción de “funcionario público” se encuentra definida por el propio legislador en el art. 77, 4º párrafo del Código Penal, conforme el cual lo es todo aquél que *participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*. En otras palabras la orden debe emanar de un funcionario público y debe pertenecer al elenco de sus atribuciones.

También señala la doctrina que para que se configure el tipo delictivo previsto en el art. 239 del Código Penal, esta orden impartida por la autoridad *no debe tener prevista una sanción especial, vale decir, que la omisión de cumplimentar la orden no puede estar sancionada por otra norma del ordenamiento jurídico, puesto que el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones en el marco del derecho civil* (por todos, BUOMPADRE Jorge, ob.cit., p. 67. El resaltado me pertenece)

En este sentido, también se ha distinguido que para que se produzca tal desplazamiento, es decir, para que la conducta incumplidora de la orden quede fuera de la órbita del derecho penal, *la sanción por el particular incumplimiento deberá estar especialmente prevista: no lo producirán medidas de índole general que no tengan una clara tipicidad sancionadora (...) o que sólo posean carácter preventivo (...) o persigan la finalidad de hacer cesar la infracción* (CREUS, Carlos “Delitos contra la Administración Pública, Editorial Astrea, Bs.As., 1981, p. 67).

2. Preliminarmente y acerca del alcance del elemento “orden” que integra el tipo penal en cuestión, corresponde hacer una observación que gira en torno a la distinción entre las ordenes de prohibición de acercamiento y contacto entre el agresor y la víctima que encuentran su origen y ámbito de aplicación en la “Ley de Violencia Familiar” (arts. 10, 20 y 21 de la Ley 9283) y las restricciones de cualquier tipo de comunicación entre víctima y victimario impuestas por el órgano judicial como condición para el mantenimiento de la libertad, conforme lo dispuesto por el art. 268 *in fine* del CPP, bajo apercibimiento de ordenar su detención.

En relación a esta última, cabe señalar que si el Fiscal de Instrucción al fundar la prohibición de acercamiento, lo hizo en el marco el art. 268 *in fine* del CPP, apercibiendo al destinatario de que en caso de incumplimiento ordenará su detención, es decir, como una condición para el mantenimiento de la libertad del imputado, su incumplimiento no acarrearía otro efecto que el anunciado, esto es, su detención como modo de neutralizar su posible peligrosidad procesal y siempre que se encuentren presentes los presupuestos que conlleva la medida de coerción, esto es una base probatoria de culpabilidad y peligrosidad procesal (TSJ, Sala Penal, “Axel”, S. n° 129, 09/11/1999) [En igual sentido se expidió el Juzgado de Control de Sexta Nominación en “Freites”, A. n° 441, 12/12/2011]. Es que, la condición para el mantenimiento de la libertad, por su propia naturaleza y efecto, aún cuando es una orden su quebrantamiento no conduce al ámbito del tipo del art. 239 del CP, tan es así que, no diremos que incurre en desobediencia el condenado que fuga, o bien el imputado que no se presenta como debía conforme las demás condiciones compromisorias (art. 268 incs. 1° a 4°, CPP)

Ahora bien, en los casos de desobediencia a las órdenes de restricción de contacto dispuestas por el órgano judicial en el marco de la Ley de Violencia Familiar (art. 12 y 21 inc. d y e, Ley 9283), la situación es distinta y merece otra respuesta.

En efecto, ante estas prohibiciones dispuestas conforme la normativa *supra* citada, cabe señalar que no se trata de meros incumplimientos de mandatos dispuestos para regular aspectos de la vida privada, dado que la violencia *intra* familiar expone una problemática que reviste trascendencia social y así fue receptado por la ley en cuanto establece que la misma es de orden público y de interés social (art. 1, Ley 9283).

Esta trascendencia es la que hace que se vea afectado el bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión cuando se incumplen estas órdenes de restricción, ya que dicha conducta incumplidora implica un menoscabo de la función judicial, en su compromiso institucional por minimizar y erradicar la violencia de los ámbitos familiares.

En efecto, la misma ley de violencia familiar establece que tiene por objeto la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia familiar, definiendo tanto el marco preventivo como los procedimientos judiciales para lograr tal cometido (art. 1, Ley 9283).

Tan es así que la Fiscalía General y este Tribunal Superior de Justicia, en su condición de principal responsable y garante de esta función estatal, dispusieron una serie de medidas necesarias y convenientes para asegurar que el servicio de justicia, en el aspecto abordado por la ley de violencia familiar se preste de manera regular y eficiente, y por ello se estableció la actuación de tribunales especializados en la materia (Acuerdo Reglamentario N° 813, serie A, 21/03/2006, Instrucción General N° 5/10 de la Fiscalía General).

En síntesis, la desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo dicha normativa específica, claramente encuadran dentro de la figura penal bajo análisis (art. 239, CP) y es que, nos encontramos frente a un destinatario determinado a quien la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; esto es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos de violencia *intra* familiar; máxime cuando estas órdenes son impartidas con el fin de hacer cesar conductas que denuncian violencia y para prevenir o evitar que las mismas se reiteren poniendo en peligro, la vida, la salud o la integridad psicofísica de la víctima.

Por consiguiente, la normativa expuesta le asignan a los órganos judiciales que entienden en esta clase de conflictos una tarea preponderante en orden a minimizar y castigar estos casos de violencia, expectativa institucional que pasa a formar parte del normal desenvolvimiento de la administración de justicia, que tutela la norma penal traída a estudio.

3. Resta despejar si le asiste razón al *a quo* y existen “*sanciones especiales*” que amenacen el incumplimiento de estas órdenes de restricción desplazando en consecuencia el tipo penal de la desobediencia a la autoridad, y que lo hagan sin dejar de tutelar el compromiso institucional asumido por la administración de justicia frente a estos hechos de violencia. Adelanto una respuesta negativa. Damos razones:

El *a quo* argumenta que la figura delictiva de la desobediencia a la autoridad no puede aplicarse a estos casos de violencia familiar, porque la misma ley que rige en la materia (art. 30, Ley 9283), faculta al juez para imponerle al agresor que incumple con las

obligaciones dadas o cuando se reiteran hechos de violencia familiar, las “*instrucciones especiales*” previstas en el Código de Faltas (art. 36 incs. 1º a 4º, Ley 8431 modificada por Ley 9444), consistentes en: la asistencia a cursos educativos, el cumplimiento de tratamientos terapéuticos, trabajos comunitarios o la prohibición de concurrencia a determinados lugares.

Estas “*instrucciones especiales*”, previstas en el Código de Faltas como penas sustitutivas de las penas de multa y arresto no pueden ser traspoladas con ese carácter al ámbito que nos ocupa, toda vez que si el objeto de la ley de violencia de familiar hubiera sido el que sean aplicadas como sanciones, es decir, como pena ante las desobediencias; debería haber previsto en su normativa un procedimiento previo a su aplicación a fin de respetar y dar cumplimiento a la garantía constitucional del art. 18, en cuanto que nadie *puede ser penado sin juicio previo*.

Por consiguiente, esta remisión que formuló el legislador al Código de Faltas, tiene como propósito dotar a la autoridad judicial actuante en casos de violencia familiar de herramientas que le permitan, para el caso que lo considere necesario, aplicar alguna o algunas de estas medidas, no como sanción sustitutiva de la prevista en el Código Penal para el delito de desobediencia a la autoridad, sino como medida preventiva de nuevos hechos de violencia y como medida educativa a fin de hacerlos cesar.

En este mismo sentido, repárese en que la ley de violencia familiar establece que el juez *podrá* imponer estas “*instrucciones especiales*”, con lo cual concibe su aplicación como una facultad discrecional del órgano judicial, pero no como un mandato, perdiendo el carácter sancionador que el *iudex* pretende asignarle.

En suma, estas “*instrucciones especiales*” no configuran el requisito de “*sanción especial*” y, por lo tanto, no desplazan la figura del delito de desobediencia a la autoridad, en tanto resulta sancionadora de un incumplimiento que entorpece la función judicial.

Lo mismo sucede con la aplicación de astreintes (art. 83, CPCyC), las cuales no revisten idoneidad para tutelar el bien jurídico protegido conforme lo *supra* expuesto y es que las mismas tienden a resguardar *la rectitud y la buena fe de las partes y de sus letrados* durante la sustanciación del proceso y es el incumplimiento de ese deber el que se encuentra sancionado económicamente, el cual, en modo alguno se ajusta a la obligación asumida por la administración de justicia a los fines de erradicar los actos de violencia *intra* familiar y de género.

4. De las constancias obrantes en autos surge que en la presente causa se investigan numerosos hechos que surgen de denuncias formuladas por los cónyuges N.

H. F. y A. S. V., uno en contra del otro y encontrándose ambos imputados por diferentes delitos, entre los cuales se encuentra el de desobediencia a la autoridad.

En relación al imputado N. H. F., al mismo se le atribuyó incumplir reiteradamente con *“la prohibición impuesta por el Fiscal y notificada con fecha 03 de agosto de 2011, dispuesta en el sumario 2172/11, que se tramita por ante la Unidad Judicial de la ciudad de Alta Gracia, en el cual se ordenó la prohibición y restricción de mantener cualquier tipo de contacto con A. V.”* (hechos nominados segundo, tercero y cuarto).

Ahora, el Fiscal al ordenar esta prohibición lo hizo citando el art. 268 del CPP y apercibiéndolo con la posibilidad de perder la libertad en caso de no cumplir con lo ordenado, lo cual le fue debidamente notificado (fs. 4 y 13), amenaza que se concretó.

En efecto, con fecha 02 de diciembre de 2011, el Fiscal de Instrucción actuante atento el sistemático incumplimiento por parte del imputado F. de la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima -condición que le fue impuesta para el mantenimiento de la libertad y como precautoria de los fines del proceso-, dispuso su detención (fs. 44) y con fecha 22 de febrero de 2012, decretó la prisión preventiva del nombrado (fs. 303).

Por consiguiente, al hacer referencia esta porción del hecho a una prohibición de acercamiento dispuesta como una condición para el mantenimiento de la libertad en función del art. 268 *in fine* del CPP, la misma resulta atípica y debe ser recortada de los eventos fácticos segundo, tercero y cuarto atribuidos al imputado N. H. F..

No ocurre lo mismo, en relación a la conducta del nombrado en los hechos nominados segundo, tercero y cuarto, en cuanto el imputado con su acercamiento a A. S. V. *desobedeció la orden de no contacto impuesta por el Juez de Familia y Violencia Familiar* de la ciudad de Alta Gracia, dispuesta en los autos “F., N. H.-denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), que le fue notificada el 02 de agosto de 2011, conforme lo dispuesto por el art. 21 inc. d y e de la ley 9283.

En tanto que, a la acusada A. S. V. en los hechos segundo y tercero, se le imputó el haber desobedecido la prohibición de no contacto impuesta por el Juez de Familia y Violencia Familiar de la ciudad de Alta Gracia, dispuesta en los autos “F., N. H.-denuncia por violencia familiar” (Expte. 310070), que le fue notificada el 02 de agosto de 2011 (fs. 27), conforme lo dispuesto por el art. 21 inc. d y e de la ley 9283, incumplimientos que también resultan típicos.

En base a todo expuesto surge que el Juez de Familia y Violencia Familiar, con competencia en la materia emitió órdenes judiciales de restricción de acercamiento mutuo

para los aquí traídos a proceso, las cuales les fueron ciertamente notificadas y no obstante ello hicieron caso omiso a los mandatos impartidos, razón por la cual se configura, *prima facie* a esta altura de la investigación, el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP).

Así Votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

Las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijeron:

I. Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de la Cámara de Acusación, Dr. Jorge Osvaldo Leiva y en consecuencia, revocar la sentencia número cuarenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dictada por la Cámara de Acusación, en cuanto resolvió “*disponer el sobreseimiento parcial de la presente causa a favor de los imputados N. H. F., ya filiado, por los hechos nominados segundo, tercero y cuarto, y a favor de A. S. V., ya filiada, por los hechos nominados segundo y tercero, todos los cuales fueran calificados en la figura penal de desobediencia a la autoridad (CP, 239), toda vez que dichas conductas resultan atípicas (CPP, art. 350 inc 2º)*”.

II. En su lugar, continuar con la investigación de los hechos de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP) en relación a los imputados a N. H. F. y a A. S. V., conforme las pautas establecidas *supra* (punto V.2.4.), en virtud de las cuales sólo quedan en el ámbito de la tipicidad las desobediencias a las órdenes de restricción de contacto dispuestas por el Juez de Familia y Violencia Familiar, en el marco de la ley 9283; no así, los incumplimientos por parte del imputado F. a la condición de no acercamiento a la víctima, puesta por el Sr. Fiscal como requisito para el mantenimiento de su libertad en base al art. 268 del CPP, los cuales resultan atípicos.

III. Sin costas (arts. 550 y 552, CPP).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;
RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de la Cámara de Acusación, Dr. Jorge Osvaldo Leiva y en consecuencia, revocar la sentencia número cuarenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dictada por la Cámara de Acusación, en cuanto resolvió “*disponer el sobreseimiento parcial de la presente causa a favor de los imputados N. H. F., ya filiado, por los hechos nominados segundo, tercero y cuarto, y a favor de A. S. V., ya filiada, por los hechos nominados*

segundo y tercero, todos los cuales fueran calificados en la figura penal de desobediencia a la autoridad (CP, 239), toda vez que dichas conductas resultan atípicas (CPP, art. 350 inc 2º)”.

II. En su lugar, continuar con la investigación de los hechos de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP) en relación a los imputados N. H. F. y A. S. V., conforme las pautas establecidas *supra* (punto V.2.4.).

III. Sin costas (arts. 550 y 552, CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación se dio por la señora Presidente en la Sala de audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.