

DEFRAUDACION POR RETENCION INDEBIDA (art. 173 inc. 2º del C.P): *Concepto. Requisitos. Acción típica: Aspectos Objetivos y Subjetivos. RECURSO DE CASACIÓN: Motivo sustancial: competencia del Tribunal ad quem: corrección jurídica. Límites. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD. Noción. Bien jurídico protegido. Orden del funcionario público.* Concepto. Requisitos. Sanciones para su incumplimiento. *Violencia familiar.* Inobservancia de restricciones de comunicación entre víctima y victimario impuestas para el mantenimiento de la libertad (art. 268 *in fine*, CPP). Inobservancia de prohibiciones de acercamiento y contacto entre el agresor y la víctima previstas en la “Ley de Violencia Familiar” (arts. 10, 20 y 21, Ley 9283). *Instrucciones especiales (art. 30 Ley 9283).*

I. En el delito de retención indebida el autor tiene un poder de hecho legítimamente adquirido sobre la cosa; no tiene la cosa en contra de la voluntad de su titular sino en virtud de un acto jurídico consensuado con éste o con quien tiene el poder jurídico de hacerlo en su nombre. El propietario ha entregado la simple tenencia de la cosa libre y voluntariamente, es decir, sin vicios de error, dolo o violencia, confiando no tanto en el autor cuanto en el negocio jurídico que formalizó con éste, pero el tenedor indebidamente no restituye las cosas que debía devolver conforme al negocio jurídico acordado.

II. En relación a las exigencias penales de la conducta del agente de la retención indebida, las acciones típicas que importan el abuso del poder que éste ejerce en virtud de la entrega que se le ha hecho por el título creador de su obligación de entregarla o devolverla, son las de negarse a restituir o no restituir. En este sentido, “*negarse a restituir*” importa la omisión de realizar el acto debido con la cosa, contenido en la obligación de entregársela a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente. En tanto que, “*no restituirla*” implica también la omisión del cumplimiento de la obligación creada por el título, que en este caso se traduce en la devolución de la cosa a quien se la entregara al agente en cumplimiento de aquél.

III. El delito de retención indebida es un delito doloso y ese dolo se llena con la conciencia de que existe la obligación de devolver y la voluntad de no hacerlo o no hacerlo a su debido tiempo. La intimación es un requisito necesario para tipificar la figura cuando la restitución no se realiza a su debido tiempo. En síntesis, esta conducta dolosa comprende el conocimiento por parte del agente del carácter ajeno del objeto y de la obligación de entregarlo o devolverlo creada por el título y la intención de no restituirlo a su debido tiempo.

IV. Una vez declarada abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los

esgrimidos por el sentenciante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el *a quo* en la sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la *reformatio in peius*, y no vaya más allá del agravio presentado.

V. El delito de desobediencia a la autoridad 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.

VI. 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.

VII. En el artículo 239 del Código Penal, 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.*

VIII. En el ámbito del artículo 239 del Código Penal, 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.

IX. 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. 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.

X. Acerca del alcance del elemento “orden” que integra el tipo penal del artículo 239 del Código, corresponde distinguir 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.

XI. 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 (arts. 12 y 21, Ley 9283), 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.

La desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo la normativa específica de la Ley de Violencia Familiar (arts. 12 y 21, Ley 9283) claramente encuadra dentro de la figura del artículo 239 del Código Penal. 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. La normativa expuesta le asigna 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 del artículo 239 del Código Penal.

XII. La ley de violencia familiar (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. 1° a 4°, 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 del artículo 239 del Código Penal, 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 carácter sancionador. 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.

XIII. En relación a las restricciones de cualquier tipo de comunicación entre víctima y victimario impuestas por el órgano judicial como condición para el mantenimiento de la libertad, 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. 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.

TSJ, Sala Penal, S. n° 133, 30/05/2013 en autos “**MIRANDA, Juan Carlos p.s.a. retención indebida, etc. -RECURSO DE CASACIÓN**”. Vocales: Dras. Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO TREINTA Y TRES

En la Ciudad de Córdoba, a los treinta días del mes de mayo dos mil trece, siendo las nueve 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 "**MIRANDA, Juan Carlos p.s.a. retención indebida, etc. -RECURSO DE CASACIÓN-**" (Expte. "M", 87/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Ángel Ignacio Carranza y Mario Orlando Ponce, defensores del imputado Juan Carlos Miranda, en contra de la sentencia número noventa y cuatro, dictada el quince de agosto de dos mil doce por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Villa Dolores.

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

- 1º) ¿Ha sido erróneamente aplicado el artículo 173 inc. 2º del Código Penal?
- 2º) ¿Ha sido erróneamente aplicado el artículo 239 del Código Penal?
- 3º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia N° 94, del 15 de agosto de 2012, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Villa Dolores, en lo que aquí interesa, resolvió: “...*Declarar a Juan Carlos Miranda (a) “rengo”, de condiciones personales ya relacionadas autor penalmente responsable de los delitos de retención indebida (1° hecho), desobediencia a la autoridad (2° hecho), desobediencia a la autoridad y amenazas (3° hecho), amenazas reiteradas –dos hechos- (4° hecho), desobediencia a la autoridad y amenazas en concurso real (5° hecho), agresión, amenazas y desobediencia a la autoridad en concurso real (6° hecho), desobediencia a la autoridad y amenazas reiteradas –dos hechos- (7° hecho), amenazas continuadas (8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21° y 22° hechos), amenazas y desobediencia a la autoridad en concurso real (23° hecho), agresión reiterada –dos hechos-, amenazas reiteradas –tres hechos-, amenazas calificadas y desobediencia a la autoridad en concurso real (24° hecho), amenazas continuadas y desobediencia a la autoridad en concurso real (25° hecho), desobediencia a la autoridad y amenazas en concurso real (26° hecho), amenazas (27° hecho), amenazas (28° hecho), amenazas reiteradas –dos hechos- y desobediencia a la autoridad en concurso real (29° hecho), amenaza y*

desobediencia a la autoridad en concurso real (30° hecho) y desobediencia a la autoridad (31° hecho), todo en concurso real, en los términos de los arts. 45; 55; 104 tercer párrafo; 149 bis primer párrafo, primero y segundo supuesto y 239 segundo supuesto del CP) que se le atribuyen en las Requisitorias Fiscales de fs. 91/94, 260/272 y 829/863 y en consecuencia imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cinco años de prisión la que debe unificarse con la pena de dos años de ejecución condicional que le fuera impuesta por Sentencia número uno, de fecha cuatro de febrero de dos cuatro, por el Juzgado Penal de Concarán, Provincia de San Luis, por el delito de estafa, en la pena única de siete años de prisión, accesorias de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 27 primer párrafo, segundo supuesto, 40, 41 y 58, CP y arts. 412, 550 y 551, CPP)...” (fs. 953/1007).

II. Contra dicho decisorio comparecen los Dres. Ángel Ignacio Carranza y Mario Orlando Ponce, defensores del imputado Juan Carlos Miranda e interponen recurso de casación, bajo el motivo sustancial (art. 468 inc. 1° del CPP).

Afirman que la calificación legal asignada al primer hecho, esto es retención indebida (art. 173 inc. 2°, CP), es errónea toda vez que nos encontramos ante una gestión de negocios de la cual no surgía la obligación de devolver y estando ausente dicho elemento, nos encontramos ante un simple incumplimiento contractual.

En ese orden, señalan que la figura legal del art. 173 inc. 2º del Código Penal, sólo reprime la omisión de restituir la cosa a quien se la dio y en este caso fue Cometo y no Murcia quien le entregó los documentos a Miranda; por ende, alegan, la omisión de entregarle a un tercero de quien no recibió la cosa, es atípica.

Refieren que el *a quo* incurrió en error, toda vez que confundió al sujeto que estaba legitimado para reclamar la documentación del vehículo y es que, Murcia no podía ejercer tal derecho por no ser el sujeto titular ante quien debía practicarse la restitución, derecho que hubiese tenido si se hubiera hecho la transferencia, al concurrir dicha condición el derecho a reclamar lo tenía Cometto, que fue la persona que le entregó con anterioridad la documentación a Miranda, ello evidencia una incorrecta interpretación de la norma.

En síntesis, concluyen que Murcia no podía exigir la restitución de la documentación, puesto que ese derecho le correspondía a Cometto, conforme lo previsto en la citada figura penal, razón por la cual la conducta de su defendido Miranda resulta atípica y por lo tanto no punible.

Por ello, solicitan se case la sentencia aplicando correctamente la norma del art. 173 inc. 2º del Código Penal y se declare que el primer hecho atribuido a Miranda es atípico, se lo absuelva y en caso de hacerse lugar a dicho requerimiento se deje sin efecto la unificación dispuesta por el *a quo*, ya que desde la imposición de la pena de dos años de prisión en forma de ejecución condicional dictada con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro y hasta el

hecho de amenazas de fecha diecisiete de marzo de dos mil nueve, han transcurrido más de cuatro años y por ende esa pena debe tenerse como no pronunciada (art. 27 del CP).

Formulan reserva del caso federal (fs. 1009/1014).

III.1. El Tribunal a quo, estableció la siguiente plataforma fáctica para el hecho nominado primero: *Que en el mes de octubre del año dos mil cinco, en el domicilio ubicado en calle Fuensalida N° 414, Barrio Las Acacias de la ciudad de Villa Dolores, departamento San Javier, provincia de Córdoba, Guillermo Federico Cometto vendió a Juan Carlos Murcia un vehículo marca Ford Ranchera, tipo camioneta modelo 1976, dominio N-046145, color rojo, en la suma de tres mil quinientos pesos, por lo cual el imputado Juan Carlos Miranda, gestor en trámite de automotor, confeccionó el correspondiente boleto de compra-venta que firmaron Murcia y Cometto. Que allí el imputado Miranda se comprometió a tramitar la transferencia del vehículo y entregar toda la documentación del vehículo que ya tenía en su poder con anterioridad, a Juan Carlos Murcia, en el plazo de veinticuatro días hábiles y para lo cual ya se le había abonado la suma de trescientos pesos. Que con fecha veintiséis de mayo de dos mil seis, Juan Carlos Murcia envió carta documento al imputado Miranda intimándolo a la devolución de toda documentación del vehículo, la cual no fue recibida en el domicilio del destinatario y devuelta a Murcia. Que ante ello, con fecha dieciséis de agosto de dos mil seis, Murcia mediante la intervención del Sr. Juez de Paz de la localidad de Villa de Las Rosas, intimó formalmente a Juan*

Carlos Miranda para que en el plazo de 72 horas, devuelva la suma entregada más toda la documentación perteneciente al mencionado rodado, en su domicilio sito en Av. Tajamar sin número de la localidad de Las Rabonas, departamento San Alberto. Que con fecha veintidós de agosto del mismo año, se procedió a notificar formalmente al imputado Miranda, quien en la oportunidad manifestó que pondría a disposición de Murcia, en ese Juzgado de Paz la documentación requerida y la gestionada, promesa que no cumplió. Que de este modo el imputado Miranda retuvo indebidamente la documentación del vehículo, perjudicando los intereses confiados por Murcia. (fs. 953).

2. El sentenciante al calificar legalmente el accionar atribuido al imputado Juan Carlos Miranda consideró que: *el obrar típico de Miranda no consistió en no realizar la transferencia del automotor que le fuera encomendada, sino en no restituir la documentación que le había sido entregada a tal fin. Nótese que conforme la documental obrante a fs. 4 de autos, Juan Carlos Murcia –que era la persona con derecho a recibir dicha documentación por haber comprado el rodado al que se referían los formularios que le fueran entregados por Guillermo Federico Cometto, de lo cual Miranda tenía conocimiento cierto al haber intervenido en la compraventa entre Cometto y Murcia- lo intima “a devolver la suma entregada más toda la documentación perteneciente al mencionado rodado que existe en su poder”, vale decir que, independientemente de la exigencia de devolución del pago efectuado por la transferencia no realizada (que en principio no constituiría delito), lo que concretamente se le*

reclamaba era la documentación recibida en gestión, pues aún cuando su entrega estaba subordinada a una condición (que, por motivo que fuese, no se hiciese la transferencia), habiéndose cumplido tal condición nació la obligación entregarla al serle reclamada por quien tenía derecho a ello (cita doctrina) (fs.1001).

IV.1. El problema a resolver en esta cuestión estriba en indagar si resulta adecuado haber subsumido la conducta atribuida al imputado Juan Carlos Miranda, en el hecho nominado primero, como lo hizo el *a quo*, en el delito de defraudación por retención indebida (art. 173 inc. 2º del CP), o si -por el contrario- dicho suceso no encuadra en figura penal alguna.

Atento a lo aquí planteado, se impone realizar un análisis de aquellos requisitos necesarios para la configuración del delito de defraudación por retención indebida.

La mencionada figura penal se encuentra contemplada en el art. 173 inc. 2º del Código Penal, la cual reza, en lo que aquí interesa: “...*El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver...*”.

En el delito de retención indebida el autor tiene un poder de hecho legítimamente adquirido sobre la cosa; no tiene la cosa en contra de la voluntad de su titular sino en virtud de un acto jurídico consensuado con éste o con quien tiene el poder jurídico de hacerlo en su nombre. El propietario ha entregado la

simple tenencia de la cosa libre y voluntariamente, es decir, sin vicios de error, dolo o violencia, confiando no tanto en el autor cuanto en el negocio jurídico que formalizó con éste, pero el tenedor indebidamente no restituye las cosas que debía devolver conforme al negocio jurídico acordado (TSJ de Córdoba, Sala Penal, “Lange”, S. n° 195, 01/08/2012).

Ahora bien, con respecto a las exigencias penales de la conducta del agente de la retención indebida, las acciones típicas que importan el abuso del poder que éste ejerce en virtud de la entrega que se le ha hecho por el título creador de su obligación de entregarla o devolverla, son las de **negarse a restituir** o **no restituir**.

En este sentido, adherimos a la posición de quienes entienden que, *“negarse a restituir” importa la omisión de realizar el acto debido con la cosa, contenido en la obligación de entregársela a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente. En tanto que, “no restituirla” implica también la omisión del cumplimiento de la obligación creada por el título, que en este caso se traduce en la devolución de la cosa a quien se la entregara al agente en cumplimiento de aquél (CREUS, CARLOS Y BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, p. 525).*

Hemos sostenido que el delito de retención indebida es un delito doloso y ese dolo se llena con la conciencia de que existe la obligación de devolver y la voluntad de no hacerlo o no hacerlo a su debido tiempo. La intimación es un

requisito necesario para tipificar la figura cuando la restitución no se realiza a su debido tiempo (“Lange”, *supra cit.*).

En síntesis, esta conducta dolosa comprende el conocimiento por parte del agente del carácter ajeno del objeto y de la obligación de entregarlo o devolverlo creada por el título y la intención de no restituirlo a su debido tiempo.

2. A partir de la doctrina consignada y el hecho fijado en el fallo surge con claridad que el Tribunal -contrariamente a lo denunciado- ha interpretado correctamente la figura del artículo 173 inciso 2º del Código Penal. Doy razones:

El hecho nominado primero, tal como lo tuvo por acreditado el Tribunal de mérito, permite sostener que al imputado Juan Carlos Miranda, quien oficiaba de gestor, se le reprocha *la no restitución de la documentación del vehículo* marca Ford Ranchera, modelo 1976, dominio N-046145, que le fue entregada por Guillermo Cometo -el vendedor-, a fin de que tramitara la transferencia del rodado a nombre de Juan Carlos Murcia -el comprador-, ante quien Miranda se comprometió a realizar dicho mandato en el plazo de veinticuatro días hábiles y fecho entregarle dicha documentación a Murcia, quien le abonó en el mismo momento en que firmó el boleto de compra venta, la suma de trescientos pesos en concepto de gastos y honorarios.

En otras palabras, el vendedor Cometto le entregó a Miranda los documentos de la camioneta vendida a Murcia para que realizara la transferencia de dominio, entrega que este último aceptó, bajo la condición de que Miranda en el tiempo estipulado realizara el trámite y le devolviera la documentación. De

modo tal que, los documentos estaban en poder de Miranda en virtud de un mandato que sí traía aparejada la obligación de entregárselos una vez concluido el trámite de la transferencia o transcurrido el tiempo pactado, al comprador; máxime si se tiene en cuenta que ya se encontraba firmado el boleto de compra venta con el traslado del rodado en poder de Murcia y el precio abonado a Cometto.

Intimado Juan Carlos Miranda, oportuna y legalmente por Murcia para que le restituyera la documentación del vehículo, ya que vencido el plazo aquél no había formalizado el encargo para el cual le había sido entregada y por el cual se le había abonado una suma de dinero a fin de cubrir el costo de la gestión; el imputado no cumplió con su obligación de regresarle a Murcia los documentos, conforme el compromiso que había asumido a la fecha en que se firmo el boleto de compra venta y se le encomendó dicho mandato.

Por consiguiente, resulta claro que el imputado retuvo indebidamente los documentos que le fueron entregados en gestión, pues no los entregó a quien tenía derecho a recibirlos y ante quien se había comprometido a devolverlos, esto es ante Juan Carlos Murcia, no obstante haber sido correctamente intimado para ello, con el consiguiente perjuicio patrimonial que la demora y no realización del trámite de transferencia del vehículo implicó para Murcia, como así también la pérdida del dinero que le fue abonado por Murcia a Miranda para la realización del citado mandato, el que no fue llevado a cabo.

En suma, en modo alguno le reprocha a Juan Carlos Miranda como obrar típico la no realización de la gestión encomendada, esto es, la transferencia del rodado a nombre del comprador; sino, la no restitución a Murcia de la documentación que para tales efectos había recibido, estado adecuadamente intimado y omitiendo voluntariamente dicha entrega.

Bajo estos parámetros, estimo correcta la calificación que el *iudex* ha dado al hecho nominado primero, debiendo rechazarse el recurso de casación intentado.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. También bajo el amparo del motivo sustancial de casación la defensa denuncia que en relación a los delitos de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP) que se le endilgan a su defendido, el *iudex* formuló una interpretación errónea de la norma en cuanto sostuvo que “*el citado dispositivo legal no*

demanda para su consumación la inexistencia de sanciones especiales”, brindando sólo argumentos formales y apartándose de la posición doctrinaria dominante y pacífica.

En efecto, sostienen que la interpretación literal de la regla sin tener en cuenta los principios de subsidiariedad, necesidad y de última ratio del derecho penal, llevó a que el *a quo* realizara una interpretación errónea del tipo penal del art. 239 del CP.

Aprecian que la citada disposición penal queda desplazada cuando el incumplimiento de la orden se encuentra amenazado con otra sanción especial prevista en el resto del ordenamiento jurídico y es que los principios constitucionales bregan para que se utilicen medidas menos gravosas.

Citan doctrina y de ello infieren que, la misma ley de violencia familiar (9283) prevé para casos como el de autos una serie de medidas de carácter preventivo para hacer frente a las distintas formas de violencia en el seno familiar, como son las medidas cautelares dispuestas en el art. 21. De ello concluyen que el ordenamiento jurídico ya contempla sanciones especiales de naturaleza extra penal que excluyen la tipicidad de la desobediencia en el caso concreto.

Por ello, solicitan se case la sentencia y se absuelva a su defendido de los hechos calificados legalmente como desobediencia a la autoridad (hechos segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, vigésimo tercero, vigésimo cuarto,

vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero).

Entienden que en caso de hacerse lugar a ambos agravios (primera y segunda cuestión) debería modificarse la pena impuesta a su defendido y consideran adecuado reducirla a la de tres años de prisión.

Formulan reserva del caso federal (fs. 1009/1014).

II.1. El tribunal de mérito, en la resolución puesta en crisis consideró acreditados los hechos nominados Segundo, Tercero, Quinto al Séptimo, Vigésimo tercero a Vigésimo sexto, Vigésimo noveno, Trigésimo y Trigésimo primero, que consisten en desobediencias a restricciones de acercamiento y de contacto impuesto s al imputado por el Juez con competencia en violencia familiar de Villa Dolores, que le habían sido notificados.

2. Al momento de fundamentar la calificación legal aplicable a los hechos mencionados precedentemente, el sentenciante consignó: *en orden a los delitos de desobediencia a la autoridad que reiteradamente ha cometido Miranda, su defensa se ha preocupado en destacar que tales hechos no encuadran en la figura prevista y penada por el art. 239 del CP, porque (...) existen otras sanciones especiales para el incumplimiento de determinadas órdenes (...) desplazando el tipo (...) no lo comparto. Ello por cuanto entiendo que el delito de marras no demanda entre sus elementos normativos la inexistencia de sanciones específicas para el caso de que se violen determinadas órdenes. Estimo que entender lo contrario implica alterar indebidamente la norma*

positiva agregándole una exigencia que la misma no contiene, ni expresa ni implícitamente y que tampoco puede deducirse vía interpretación del texto legal sin una grave infracción al principio de legalidad (art. 18 y 19, CN).

En ese orden, entiende que la exclusión dispuesta por el Juzgado fue legítima, al haberse dado conforme lo dispuesto por el art. 21 inc. a) de la ley 9283 y por quien, conforme el art. 9 de la citada norma se encontraba facultado para hacerlo. Destaca que el cumplimiento de dicha orden le era exigible a Miranda al haberle sido expresamente notificada con anterioridad a la comisión de los hechos que se le atribuyen, no obstante lo cual, señala, eligió con discernimiento, intención y libertad no cumplir la misma, por lo cual afirma, incurrió en el ilícito previsto y penado en el art. 239, 2º supuesto, del CP (fs. 1002).

III.1. En ese contexto debe señalarse que una vez declarada abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el sentenciante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el *a quo* en la sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la *reformatio in peius*, y no vaya más allá del agravio presentado (arts. 456 y 479 del CPP; Ricardo C. Núñez, "*Código Procesal Penal*", Lerner, Córdoba, 1986, pág. 484, nota 2; María Cristina Barberá de Riso, "*Manual de Casación Penal*", Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 23, 26 y 27;

Fernando de la Rúa, "*La casación penal*", Depalma, Bs.As., 1996, págs. 231/232; TSJ de Córdoba, Sala Penal, "González", S. n° 299, 17/10/2011, entre otros).

2. Atento lo planteado, es dable destacar que en el precedente "Freytes" esta Sala tuvo oportunidad de realizar un análisis sobre los requisitos necesarios para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad (S. n° 299, 14/11/2012), 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...*"; razón por la cual resulta oportuno reiterar los conceptos allí vertidos:

La hipótesis que señala la figura, 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.

En el ámbito del artículo 239 Código Penal, 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.*

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.

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.* 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.*

Acerca del alcance del elemento “orden” que integra el tipo penal del artículo 239 del Código, corresponde distinguir 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 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 (arts. 12 y 21, Ley 9283), 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.

La desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo la normativa específica de la Ley de Violencia Familiar (arts. 12 y 21, Ley 9283) claramente encuadra dentro de la figura del artículo 239 del Código Penal. 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. La normativa expuesta le asigna 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 del artículo 239 del Código Penal.

La ley de violencia familiar (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 del artículo 239 del Código Penal, 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.

Desde otro costado, se aclaró que las restricciones de cualquier tipo de comunicación entre víctima y victimario impuestas por el órgano judicial como condición para el mantenimiento de la libertad (art. 268 *in fine* del CPP), apercibiendo al destinatario de que en caso de incumplimiento ordenará su detención, su incumplimiento no acarrea 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. Es que, la condición para el mantenimiento de la libertad, por su propia naturaleza y efecto, aun 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.

3. A partir de la doctrina precedentemente consignada, cabe concluir que el presente agravio debe ser rechazado, desde que los datos fácticos establecidos en los hechos endilgado al imputado Juan Carlos Miranda y acreditados por el Tribunal de juicio, permiten calificarlos como desobediencia a la autoridad (art. 239, CP).

En efecto, el imputado Juan Carlos Miranda en los hechos nominados segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, vigésimo tercero, vigésimo cuarto, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero, con su acercamiento a Samantha Sullivan desobedeció la prohibición de contacto impartida por el Juez de Familia de Primera Instancia, Segunda Nominación de la ciudad de Villa Dolores, cual fuera dispuesta en el expediente de violencia familiar que se tramita ante dicho Tribunal y de la cual había sido ciertamente notificado el 14 de marzo de 2009 (fs. 118/119), incumplimientos que, en base a todo lo expuesto, resultan típicos.

En otras palabras, nos encontramos ante una orden judicial concreta de no acercamiento, emanada de una autoridad competente, debidamente comunicada a su destinatario, la cual fue reiteradamente desobedecida por aquél y le fue impuesta en el marco de aplicación de la Ley de Violencia Familiar (art. 21 inc. d, ley 9283) y no como una condición para el mantenimiento de su libertad (art. 268, *in fine*, CPP).

Bajo estos argumentos la calificación jurídica asignada a los hechos objeto del presente agravio, resulta ajustada a derecho.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. Mario Ponce y Ángel Ignacio Carranza, en su carácter de defensores del imputado Juan Carlos Miranda, con costas (arts. 550 y 551, CPP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación deducido por los Dres. Mario Ponce y Ángel Ignacio Carranza, en su carácter de defensores del imputado Juan Carlos Miranda. Con costas (CPP arts. 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que 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.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia