



## DICTAMEN

### §1. Preliminar

Los miembros de esta sección penal fuimos consultados sobre el proyecto de ley presentado por el diputado nacional, Diego Matías Mestre, a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en el que se propone la incorporación de dos formas agravadas del delito de desobediencia. En dicho proyecto se pretenden añadir los siguientes artículos:

*ARTICULO 239 Bis. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que desobedeciere las medidas cautelares especificadas en el Art. 4, incisos a) o b) de la ley 24.417.*

*ARTICULO 239 Ter. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que desobedeciere la medida cautelar de restricción domiciliaria o de no acercamiento a lugar o persona, dictada por órgano judicial competente.*

Tras su lectura y análisis, formulamos las consideraciones que a continuación se enuncian.

### §2. Análisis jurídico

La pretendida reforma busca incorporar dos figuras penales distintas. La primera de ellas reprime con prisión de dos a seis años al que desobedeciere una medida cautelar que, o bien le ordenase al autor de un hecho de violencia familiar la exclusión de la vivienda en donde habita su grupo, o bien le prohíba el acceso al domicilio o a los lugares de trabajo o estudio del damnificado. La segunda figura establece una pena de prisión de uno a cuatro años para el que desobedeciere una medida cautelar similar, pero dictada por fuera de un proceso en el que se hubieren denunciado hechos de violencia doméstica.

De este modo, se advierte una doble justificación para el aumento de pena que estos agravantes establecen: por un lado, la desobediencia en un contexto de violencia familiar presupone un grado de injusto mayor que el que evidencia igual comportamiento en otras circunstancias; y, por el otro, desobedecer una medida cautelar dictada por un juez es considerado como más grave que el desacato de una orden dictada por otra autoridad competente.

Además, la propuesta agrega otros dos argumentos para justificar su aprobación. Primero y más allá del aumento de escalas, los tipos penales tendrían el beneficio de aportar claridad interpretativa frente a magistrados que disputen el encuadre jurídico de una violación a una medida cautelar. Segundo, las figuras otorgarían herramientas indispensables para que fiscales y jueces puedan actuar con mayor celeridad y, así, prevenir delitos graves contra las mujeres y las familias.

Corresponde, bajo este subtítulo, únicamente examinar el mérito técnico de estos tipos penales y diferir para el siguiente el análisis de idoneidad de la norma con relación a los fines que se pretenden alcanzar.

El primer problema surge del marco procesal dado para la más grave de las figuras propuestas y su desconexión con los fundamentos que justificarían su incorporación en los términos propuestos: la ley N° 24.417 de “Protección contra la Violencia Familiar” del año 1994, en lo relativo a los casos en los cuales los destinatarios de la violencia sean niños, niñas y adolescentes y/o mujeres, puede considerarse derogada por las leyes N° 26.061 del año 2006 y la N° 26.485 del 2009 respectivamente.

Ambas normas, tanto la de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes como la de Protección Integral de las Mujeres consagran para el correspondiente grupo, una protección más específica y amplia que la contenida en la antigua ley N° 24.417. Sea por aplicación del principio *lex posterior derogat priori* o *lex speciali derogat legi generali*, debe concluirse en que desde un punto de vista técnico el ámbito de aplicación de la ley que daría encuadre procesal a las medidas cuya violación se castigaría con mayor serveridad, serían los casos en los que los violentados fueran varones o personas ancianas (si no mediara violencia de género), puesto que en los demás deben aplicarse las leyes *posteriores* y *específicas*. Esta circunstancia, marca un divorcio con los fundamentos dados al proponer la reforma.

También resulta problemática la formulación de estos tipos penales, en lo atinente a la confusión que parecen evidenciar respecto al bien jurídico que se protege. El delito de desobediencia, regulado bajo el título “Delitos contra la Administración Pública”, pretende asegurar el “*normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones del Estado en todas las ramas de sus tres poderes*”<sup>1</sup>. En este sentido, no debería ser relevante la razón que conduce a una persona a desobedecer una orden y, menos aún, el contexto

---

<sup>1</sup> Piñero, Rivarola y Matienzo, *Proyecto Código Penal. Exposición de Motivos*; Molinario, *Los delitos*, T. III, p. 292; Fierro, *bien jurídico protegido*, en Baigún y Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Artículos 237/274.



previo en el que dicha orden fue dictada. Todos aquellos que ignoran una medida cautelar afirman idéntico rechazo a la autoridad y, por lo tanto, deberían compartir el mismo reproche.

Para ilustrar este problema, conviene pensar en lo que sucedería en alguno de estos tres casos: (i) el de quien viola la medida cautelar y no realiza nunca otro ilícito; (ii) el de quien desobedece la medida cautelar dictada a raíz de una denuncia por violencia familiar en la que no tuvo real participación; (iii) el de quien desoye una medida y sí comete un delito posterior:

Los supuestos (i) y (ii) son similares en cuanto evidencian la confusión a la que antes se refirió. Si la persona que desatiende una exclusión del hogar no pretende luego cometer ningún delito y retorna a su antiguo hogar, por ejemplo, a los efectos de residir nuevamente allí, es claro que este comportamiento solo denotaría desprecio por la orden judicial. La conducta no acarrearía un mayor peligro o daño a terceros que la que deriva de cualquier otra desobediencia. En el segundo caso, sí podría argüirse que el peligro era mayor *ex ante*, pues la cautelar tuvo origen en el marco de un proceso en el que, para el legislador, se trataban hechos de mayor conflictividad social. Sin embargo, la falta de comprobación de los hechos que dieron origen a la medida cautelar pondría a quien desató esa medida en una injustificada situación de desigualdad frente a quienes violan una orden similar en el marco de otro proceso. El caso (iii), además, hecha luz sobre un nuevo conflicto. Pues si la persona, en efecto, sí comete otro delito, el contenido de su injusto ya queda capturado por la pena del otro tipo penal violado, que concurriría con este, agravando aún más las escalas.

En los fundamentos del proyecto se intenta justificar la distinción con base en que el actual artículo 239 “...no distingue entre la desobediencia de aquel que no cumple un oficio de embargo de haberes de quien viola una restricción domiciliaria o de no acercamiento a persona. Sin embargo, los hechos demuestran que dicha transgresión puede resultar en una muerte, tal como lo indican las estadísticas.”. De modo que, conforme se expresa, podría sostenerse el aumento dada la mayor peligrosidad de la conducta.

Pero, en realidad, este argumento encubre un serio problema lógico en la formulación del razonamiento. Empíricamente, es correcto que han existido múltiples casos en los que la vida o la integridad de una víctima se vieron lesionadas tras la desobediencia a una restricción de acercamiento o a una medida de exclusión. Sin embargo, esta es una verdad parcial y con poco valor informativo.

Por una parte, esta afirmación ha sido tangencialmente corroborada casi exclusivamente en aquellos casos en los que, en efecto, existía un contexto de violencia familiar. Ahora bien, poco poder

informativo tiene la estadística cuando la agravante queda sujeta a una medida cautelar pasible de ser dictada con un grado de verosimilitud en el derecho menor, especialmente dado el alto peligro en la demora que los jueces correctamente infieren en estas denuncias. En otras palabras, mal podría afirmarse el mayor peligro de violar una medida cautelar cuando no se exige la comprobación material del riesgo social en el que ella se ampararía. La figura penal, entonces, presupone hechos pasados que fueron solo provisoriamente acreditados y hechos futuros que no corresponde imputarle a un inocente.

Del modo en que se halla regulado, entonces, el comportamiento de quien desobedece una medida cautelar no parece más riesgoso ni más lesivo que el del que viola cualquier otra orden judicial. O, al menos, esa determinación no podría ser realizada en abstracto y para todos los casos.

En igual sentido, tampoco se desprende ni de los argumentos ni de la norma, por qué el desacato a una medida cautelar dictada en el marco de un proceso que no involucra violencia familiar tendría una pena intermedia. Es que, si existiera un riesgo para la vida también en estos casos, la pena debería ser la misma en el 239 bis y en el 239 ter. Si, en cambio, el aumento de la pena se relaciona, no ya con el peligro creado, sino con el contenido expresivo de violar una medida cautelar de un juez, parece irracional que únicamente se incluya un subgrupo reducido de disposiciones y se excluyan otras.

Técnicamente la norma es problemática pues, producto de los errores enumerados, se proyecta un reproche excesivo en un delito menor, asumiendo circunstancias no comprobadas o adelantando un castigo que igualmente quedará habilitado de probarse los otros extremos que se asumen. Todos los hechos de violencia que justificarían el dictado de las cautelares o los que podrían ser cometidos luego, vienen acompañados de un severo castigo en nuestro Código. Castigo que, sin embargo, solo puede manifestarse cuando se hubiere probado que los hechos sucedieron.

Conviene recordar, finalmente, que existen buenas razones para sostener que el delito de desobediencia deba tener una pena baja. En sociedades democráticas, liberales y plurales, es habitual y razonable que se susciten conflictos entre las autoridades y los ciudadanos. Cuando estos actos de desautorización y entorpecimiento se hacen presentes por sí solos, únicamente la autoridad de la norma se ve desafiada y es esperable que, ante la ausencia de mayores daños, se dispongan penas menores y moderadas. Este es el modo en el que el Estado reafirma la vigencia de la norma, pero también su compromiso con la libertad, el disenso y la adhesión a una estricta proporción entre bienes jurídicos afectados y sanción consecuente.

Como se explicó, cuando la desobediencia también es acompañada con un ilícito posterior, los Estados tienden a reaccionar, en tales casos, con un castigo diferenciado y modulado según la



gravedad del otro hecho. Penar una desobediencia más fuertemente porque se estima que alguien hará algo violento en el futuro, equivaldría a violar el principio de inocencia que rige en las sociedades liberales. Por el otro lado, castigar con mayor severidad porque ese desacato permitió la comisión de otro delito, llevaría a contravenir el mandato según el cual nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho.

### **§3. Análisis de idoneidad**

En un segundo orden de ideas, es posible también examinar la idoneidad de la norma. Es decir, preguntarse cuál es la relación entre los medios que escoge y los fines que busca. Para eso, se analizarán los objetivos expuestos en los considerandos que acompañar al proyecto.

El principal fin que la reforma se propone alcanzar es de orden preventivo, especialmente, con relación a delitos perpetrados contra mujeres en un marco de violencia familiar. Según se puede entender de los fundamentos ofrecidos, se opera con la idea de que podrían reducirse las trágicas estadísticas citadas con dos métodos. El primero, apoyado en ideas de prevención general, se basa en elevar la escala penal y, en consecuencia, incrementar el poder amenazante y disuasorio de la ley. El otro, apoyado en ideas de prevención especial negativa, busca dotar de herramientas a jueces y fiscales para que ellos impidan la realización de delitos futuros. Por distintas razones, ambas expectativas deben ser negadas.

Como ya se ha explicado, existen múltiples casos en los que el aumento de pena que suponen estos tipos se vería completamente injustificado. Estas son las referidas situaciones de quienes no hubiesen participado de los hechos que dieron lugar a la cautelar dictada, quienes hubiesen desoído una cautelar dictada en el marco de un proceso en el que no se debate el riesgo para la vida o la integridad de una persona, o el caso de quien, posteriormente, se comprueba que su intención al desatender la orden judicial no era el de cometer otro delito.

Pero, aun en los otros casos, –aquellos en los que alguien estuvo envuelto en una situación de violencia doméstica y decide luego contradecir la medida impuesta por un juez con el fin de cometer otro delito – tampoco pareciera corroborarse el poder disuasorio de la norma. Así, por ejemplo, quien decide acercarse a su ex pareja con el fin de asesinarla, no estará más disuadido por una elevación en

la escala de la desobediencia que lo que estará por la amenaza de prisión perpetua que el delito de homicidio agravado trae consigo.

Pero, si se piensa en otros delitos menores, como las lesiones o las amenazas, es llamativo que no se haya optado por la técnica contraria: en lugar de aumentar el reproche del delito antecedente por inferir que ocurrirá un mal futuro, podría aumentarse la pena de quien comete un nuevo ilícito, en violación a una cautelar dictada a los efectos de prevenir tal conducta. Esta solución, más respetuosa de la presunción de inocencia, tendría idéntico efecto sobre la prevención general de delitos.

Los problemas en lo que respecta a la prevención especial son un poco más delicados, aunque igualmente ineludibles. Si bien es cierto que podría reducirse la cantidad de delitos de violencia familiar si se encierra a todas las personas que pretenden acercarse a las potenciales víctimas, hay varios inconvenientes para para seguir este camino.

La primera objeción se relaciona con la escala de las nuevas figuras. Dado que ambas tienen una escala que permitiría dejar la pena en suspenso, no sería extraño que quien fuera condenado por violar estos artículos quede, igualmente, en libertad. De modo que, tras una orden que impide el acercamiento a una futura víctima, el potencial victimario tendría, como mínimo, dos oportunidades para acercarse igualmente. Una primera, en la que todavía no se consumó el delito de desobediencia, y una segunda, si la pena es, en efecto, dejada en suspenso. Solo sería esperable, en la práctica, que quien tuvo condena firme por una primera desobediencia sufra una pena de prisión efectiva tras cometer otro delito igual.

De hecho, en este punto es necesario resaltar el error en el que incurre el legislador al considerar los datos a los que refiere. En los fundamentos se sostiene que: *“En 2014, en todo el país, murieron 277 mujeres como consecuencia directa o indirecta de violencia de género y/o violencia familiar. 39 de ellas, antes de ser asesinadas, habían realizado una presentación policial o judicial. O sea, es válido pensar que un 15% de estas muertes podrían haberse evitado con mejores leyes.”* Esta afirmación no sólo pareciera ignorar que no toda presentación judicial tiene como consecuencia el dictado de una medida cautelar, sino que pasa por alto que muchos de esos casos de homicidio pudieron haber ocurrido en el plazo que media entre la denuncia y una eventual decisión.

Sin embargo, el mayor problema con el extracto al que referimos no es ese. Tal como dijimos anteriormente, la norma solo tendría aplicación una vez que se hubiera consumado el nuevo delito de desobediencia. De modo que, para comprender la incidencia real de la norma que se propone, es



necesario saber qué porcentaje de las denunciadas que obtuvieron una medida cautelar en su favor fueron víctimas de un delito violento luego de que dicha orden hubiese sido ya ignorada en el pasado. La norma, en definitiva, no incide sobre los sujetos violentos que intentan cometer un delito; sino, únicamente, sobre aquellos que, de tener ese plan, hubiesen fracasado en su primer intento y deseen reincidir.

Otra forma de leer la intención del proyecto es asumir que, en realidad, se busca dotar de herramientas a los jueces y fiscales para que dicten medidas cautelares más gravosas, como la prisión preventiva. Si este fuera el caso, estaríamos ante una serie de inconvenientes todavía mayores.

La prisión preventiva, como es de público conocimiento, únicamente puede responder a dos tipos de peligros procesales: riesgo de fuga o de entorpecimiento del proceso. Nuestro código excluyó, de este modo, lo que otros países decidieron expresamente reconocer, como lo es la protección de eventuales víctimas. Decisión que, por lo demás, no fue producto de la casualidad, sino consecuencia de un profundo respeto por la presunción de inocencia, que en Argentina tiene raigambre constitucional y convencional.

Sería también absurdo pretender aumentar el dictado de las prisiones preventivas, con base en alguna de las causales antes citadas, en el marco de una investigación por el delito de desobediencia. Aunque siempre podría sostenerse que existe peligro de fuga en el caso concreto, no sería razonable hablar de entorpecimiento del proceso en un tipo de ilícito cuya comprobación prácticamente no requiere investigación posterior. Por lo demás, tampoco sería razonable imponer una prisión preventiva a una persona por un injusto con una escala tan baja. En cambio, la jurisprudencia argentina ha sido especialmente receptiva de esta segunda causal cuando, en el marco de un procedimiento por un delito de violencia doméstica, corriera peligro la vida o la integridad de la víctima, que sería, al mismo tiempo, potencial testigo de relevancia.

Por esto mismo, es llamativo que se intente justificar la creación de estos tipos con apoyo en la siguiente afirmación: *“Un caso ilustrativo del vacío legal que se intenta subsanar mediante la presente labor legislativa es el que se dio oportunamente con el fiscal Sandoval de Córdoba, quien reclamó el no poder dictar la prisión ante casos de violación de medidas cautelares. Ante los medios expresó: ‘Yo puedo imputarlo o dejarlo libre. Pero después, algún abogado puede hacer una denuncia por privación ilegítima de la libertad, porque la Cámara ya dijo que no es delito’.*

Los fiscales, en rigor, únicamente pueden imputar o solicitar la prisión cautelar, apoyados en las únicas dos razones invocadas. En nada se modificaría esta realidad por la creación de un tipo penal que no justificaría el adelantamiento de pena, que no incrementaría la probabilidad de alguno de los riesgos procesales y que, ni siquiera con sentencia firme, debería tener por resultado la prisión efectiva del condenado.

La tarea de prevención de delitos, cabe recordar, es en gran medida independiente de las sanciones legales que se impongan ante la violación de una medida cautelar. Y, a la inversa, la imposición de una medida restrictiva como a las que alude el proyecto, es fundamento suficiente para que el Estado despliegue un trabajo serio y riguroso de cuidado de sus ciudadanos, sin la necesidad de reprochar hechos todavía no producidos.

Además de los argumentos de prevención, la norma enuncia un segundo objetivo que pretende alcanzar, como lo es brindar claridad sobre el contenido de la norma. Según se dice, existen divergencias entre magistrados en torno a lo que corresponde hacer cuando se desobedece una medida cautelar.

En primero lugar, no parece necesario incorporar dos figuras nuevas para tal fin. Bastaría, por el contrario, con indicar en el propio artículo 239 que, en todos los casos en los que una medida cautelar se hubiere dictado, deberá imponerse la sanción allí prevista, si no resultara un delito más grave. Esto precluiría los debates que el diputado refiere en torno a este artículo y su coexistencia con leyes locales que brindan otras soluciones menos gravosas. De hecho, vale decir que también podría llegarse al mismo resultado mediante la aprobación de una norma provincial que resolviera tal desacuerdo local.

Debe tenerse presente que el actual artículo 239 ya permite el castigo de quienes violen una medida cautelar y, por lo tanto, bien podría objetarse la constitucionalidad de una norma de rango inferior que ofrece una solución en contrario. En igual sentido, nada obsta que, tras la aprobación del proyecto estudiado, se sigan múltiples planteos de invalidación por afectar el principio de inocencia o el *ne bis in idem*.

Incluso, tampoco sería descabellado asumir que algunos magistrados podrían seguir optando por la norma que da una solución menos gravosa, por aplicación del principio de ley penal más benigna, si es que dicha ley provincial no es invalidada. En efecto, tal como ya ha sido reportado en numerosos casos, el aumento exponencial de las escalas penales suele ser un factor que incide aún más negativamente sobre los jueces reticentes a imponer sanciones excesivas. Así, paradójicamente, no



sería extraño que la modificación consiguiera el efecto contrario al deseado y las controversias interpretativas o de aplicación, en lugar de disminuir, aumentase.

#### **§4. Conclusiones**

Conforme lo hemos expresado a lo largo de nuestro dictamen, entendemos que el proyecto tiene defectos en su técnica legislativa y que no hay una adecuada relación entre los objetos que se pretenden tutelar y las consecuencias negativas que su aprobación traería aparejadas. Por las razones expuestas, desaconsejamos brindar aval al proyecto de reforma analizado.

Comisión de Derecho Penal del Instituto de Estudios de Legislativos

Federación Argentina de Colegios Públicos de Abogados