

## **ANTEPROYECTO DE LEY: CREACIÓN DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA PROTECCIONAL**

### INTRODUCCIÓN

Tanto la legislación nacional como las provinciales contienen procedimientos propios tendientes a proveer protección a personas en situación de vulnerabilidad en el ámbito familiar.-

Esta situación de vulnerabilidad se visibiliza cuando los conflictos intrafamiliares alcanzan un grado tal de gravedad respecto de algunos de sus integrantes, justifica o amerita la intervención de agentes externos sea en el ámbito administrativo como judicial siempre que la crisis sea verosímil, actual y existiese peligro en la demora.

Cuando la intervención en el espacio administrativo no alcanza a detener o hacer superar esa situación, queda a cargo de los organismos jurisdiccionales especializados la aplicación de la normativa vigente en materia de violencia familiar, infancia o de género.-

Entiendo que la caracterización de la situación de violencia familiar comprende o preve la protección no solo de quien sufre directamente el daño físico o emocional sino que se extiende a los hijos o demás miembros vulnerables como víctimas secundarias del distrato.-

Me detendré a analizar la situación en el ámbito jurisdiccional conforme las normativas emergentes del derecho de fondo y de forma actualmente vigentes.-

Previo a adentrarnos en el análisis de los resultados de dichas normas en la vida cotidiana, habré de incursionar en las posturas denominadas corrientes críticas del derecho.- En sentido seguimos a Duquelsky en cuanto sostiene que en la actualidad analizar los tipos legales tal como están escritos, reproducen una afiliación cerrada al positivismo jurídico.-

Dice el autor que" una parte importante de la crítica al positivismo puede ser leída también como denuncia frente a las promesas incumplidas de la modernidad. Y en esa línea se desarrollan trabajos que van desde Bobbio a Ferrajpli, pasando por Habermas y tantos otros. La pregunta que debe hacerse desde América Latina es el modo en que la modernidad nos ha sido impuesta y la posibilidad de rehacer algo que nunca fue (Duquelsky, Diego, Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano, Revista de Derecho en acción Año 5 N° 14, 20/32020).-

Lo dicho, reitero no implica de manera alguna tocar los cimientos teóricos de la Teoría Penal enrolada en la necesaria remisión al tipo legal.

Muy por el contrario, y sin dejar asimismo de adherir a la doctrina del derecho penal mínimo, vemos que la realidad nos muestra el notable déficit normativo y argumentativo dominante, ante conductas que mueven a la opinión pública a descreer del camino integrado por la normativa vigente, y las decisiones judiciales en la materia.

La población alarmada al conocer casos conmovedores, se alarma en lo inmediato, cual nube pasajera hasta que aparezca nuevamente otro caso lesivo.

Diariamente nos conmovemos ante situaciones de violencias entre las personas, en especial en las referidas al área de los derechos personalísimos reconocidos en la actualidad en materia de derechos humanos.- Nuestro país ha sido sancionado en reiteradas oportunidades por la Comisión y Corte Americanas de Derechos Humanos por el incumplimiento de medidas protectorias en casos de violencia familiar, de género o niñez.

Si bien quien escribe descrea que la solución total aparece como ilusoria, se permite proponer una reforma al tipo legal contenido en el art. 239 del Código Penal, agravando la pena en caso de incumplimiento de las

medidas dictadas en procesos civiles o penales, en interpretación del principio de prevención general concebido como eje fundante del derecho penal de tipo.

I

Los procesos protectores contemplados tanto en las leyes nacionales 26.485 de Protección integral de la Mujer, 26.061, de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y 24.417 sobre Violencia Familiar como los que tienen instrumentadas las provincias, se caracterizan por habilitar al juez para el dictado inaudita parte, de medidas urgentes tendientes a superar el estado de crisis existente.- Solo se exige, y así lo avala la jurisprudencia que la medida responda a una situación actual de violencia y que exista peligro en la demora para el dictado de aquélla, mediante el dictado de medidas cautelares o autosatisfactivas, (Conf. C. Civil Sala E 14/5/97 B.M.C. v A.E.M LL 1997-E-654;DJ-1997-3-624 entre muchos otros, cit. por Kielmanovich, Jorge L. Derecho Procesal de Familia. A. Perrot p. 387)

Empero, los resultados obtenidos en el ámbito de la justicia en la aplicación de las leyes citadas en cuanto a la efectividad de las medidas dictadas, son francamente deficitarios, debido al frecuente incumplimiento o quebrantamiento de las mismas por parte de los denunciados dejando a las víctimas sin protección alguna.- La realidad nos indica que las sanciones no son lo suficientemente efectivas para revertir las situaciones generadas por los agresores y como advertiremos más adelante, resultan óbice para una eficaz intervención, abonado ello por la jurisprudencia en general arguyendo que las mencionadas normas protectoras, prevén en su articulado distintas sanciones que imposibilitan alguna medida punitiva en catálogo penal.

Es así que en la práctica diaria se advierte que los tribunales muestran su impotencia en dar una respuesta eficaz ante la transgresión y el quebrantamiento continuo y permanente de las medidas restrictivas impuestas. Así, algunos agresores amparados en dicho vacío legal, lejos de cumplimentar dichas restricciones, agudizan su accionar violento.

Se conocen muchas situaciones en las que el agresor –luego de dictadas medidas protectoras- no sólo ha aumentado su violencia, sino que ha producido consecuencias letales para la/s víctima/s, llegando en muchos casos al femicidio.-

Lamentablemente, este criterio de controlar la efectividad de las medidas fue dejado de lado creándose un verdadero vacío en la situación de agresores recalcitrantes. Sólo los sistemas legislativos de las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego incluyen normas que intentan garantizar el resguardo de las víctimas, aunque acotadas en las sanciones a aplicar.

Es así que la ley 1918 de La Pampa prevé que fracasada la audiencia de conocimiento y acuerdo, o interrumpido o incumplido lo pactado, las partes podrán iniciar las instancias de juicio (art. 19). Si la demanda por violencia familiar es admitida, el juez aplicará un apercibimiento, con advertencia de adoptar medidas más severas, la obligación de someterse a programas especializados, multa, trabajo comunitario o medidas respecto del tiempo libre del agresor (art. 27).

La ley 3042 de Río Negro dispone la asistencia obligatoria del agresor a programas educativos-terapéuticos, sin perjuicio del apercibimiento por el acto cometido y/o la realización de trabajos comunitarios durante los fines de semana (art. 24).

La ley de provincia de Buenos Aires sólo prevé la imposición de trabajos comunitarios (art. 14, ley 12.569), mientras que las de Santa Cruz y de Tierra del Fuego agregan a las sanciones enumeradas la aplicación de multas pecuniarias y la comunicación de los hechos de violencia denunciados a la asociación profesional, sindical u organización intermedia a la que pertenezca el agresor (ley 2466, art. 7 y ley 39, art. 5, respectivamente), que a la hora de aplicarse aparecen como insuficientes.

Precisamente la existencia de sanciones dentro de las distintas leyes de violencia familiar sirven asimismo como herramienta argumental para que la justicia penal tome intervención a efectos de investigar la comisión

del delito de desobediencia contenido en el art. 239 del catálogo represivo.-

## II

Hoy advertimos que la existencia de medidas sancionatorias dentro de la esfera civil, los nos demuestran que en muchos casos dichas medidas han sido no solo inocuas sino que han agravado la situación.- Así lo indican las estadísticas de femicidios producidos aún existiendo medidas restrictivas dictadas por los Jueces de Familia.

A diferencia de lo que ocurre en algunos países latinoamericanos como Bolivia (Ley 1674, art. 9), Chile (Ley 19.325, art. 4, inc. 3), Colombia (Ley 294, art. 7) y Ecuador (Ley 103, art. 17), en las que se contempla la figura del arresto entendemos que su admisión dentro de las leyes de violencia familiar no haría mejorar la situación al margen de la cual lo habría que pensar su dudosa constitucionalidad.-

Reiteramos que el fuero de familia puede disponer entre otras medidas la asistencia a programas educativos y/o terapéuticos es –al margen del corte judicial del circuito de violencia- el modo más adecuado para deconstruir el aprendizaje de la comunicación violenta.

En cuanto a la terapia bajo mandato se argumenta que “en esos supuestos en los que está interesado el orden familiar en su totalidad, si no se actúa sobre los progenitores que no saben mantener relaciones adecuadas de parentalidad como padres tal disfunción se hace extensiva a los hijos se corre el riesgo de producir graves lesiones en su psiquismo.

La terapia bajo mandato consiste en que las partes son instadas al sometimiento a tratamiento y su posterior homologación judicial, que implica que la imposición judicial libremente aceptada por las partes, es la que rige el destino de esa relación familiar; y si las partes desobedecen la obligatoriedad de la terapia o sabotean el tratamiento, el Tribunal o Juzgado aplicará las sanciones que se aconsejen en cada caso, pues la terapia lo es desde ya bajo apercibimiento de las sanciones que correspondan.-

Resulta pues que la aplicación de esta metodología por parte de cierta jurisprudencia se limita a los casos en que las partes se han obligado judicialmente a someterse a tratamiento, cuya no realización conspira contra la integridad psico-física de los hijos menores. De allí que, trasladar dicha doctrina a los casos de violencia familiar tropiece con varios obstáculos.

Por un lado, la falta de consentimiento de someterse a tratamiento; por otro, la ausencia de sanción ante el incumplimiento o cumplimiento parcial. Una tercera posibilidad es que, dadas las características del agresor, los tratamientos sean ineficaces, supuesto éste previsto en la ley 2466 de Santa Cruz (art. 7, último párrafo), situación que nos lleva a un callejón sin salida.

La realidad es que aún prestando el acuerdo, en muchos casos el agresor continúa destruyendo la vida cotidiana de las víctimas, quienes deben vivir atemorizadas de ser nuevamente agredidas o atacadas y que el sistema legal no pueda poner coto a ello.

La amonestación o apercibimiento por el incumplimiento de la orden judicial, no importa una sanción en sí, sino que es sólo una advertencia al agresor de que se está en conocimiento de su conducta y puede funcionar como preventivo de un nuevo incumplimiento, ya que en el acto de aplicarlo corresponde hacer saber la sanción que se aplicará en caso de reiteración.

En cuanto a al recurso de fijación de multas se muestra de difícil aplicación práctica, en razón de que es frecuente que los agresores carezcan no sólo de dinero, sino también de trabajo estable. Por ello, esta sanción puede devenir abstracta<sup>1</sup>. A ello no obsta la previsión contenida en el art. 5 inc. b) de la ley 39 de Tierra del Fuego en el sentido de que, para fijar la multa se considere la situación patrimonial del agresor y que su importe se gradúe entre uno y cien salarios mínimo vital y móvil. Además, se comete el error de destinar la multa al sostenimiento de programas de prevención y tratamiento de la violencia familiar, cuando -en definitiva- correspondería que el mismo sea derivado a la víctima, porque fue ella quien sufrió las molestias del

incumplimiento del agresor. En análogo sentido, el art. 27, inc) de la ley 1918 de provincia de La Pampa. Tal vez, la sanción por excelencia ante el incumplimiento de las medidas judiciales sea la realización de trabajos comunitarios<sup>2</sup>, ya que los mismos pueden efectuarse en días y horas que no afecten el normal desempeño laboral de los agresores, conforme lo prevén expresamente las leyes locales, y con análogo criterio en la Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, del 29 de septiembre de 1997, de Honduras (art. 7).

Si bien es cierto que dada la naturaleza sancionatoria de esta medida, las leyes deben indicar el plazo mínimo y máximo de dichos trabajos, lo cierto es que –atento la finalidad rehabilitatoria del agresor- sea prudente incluir en los respectivos sistemas legislativos la posibilidad de ampliar su plazo y que se dispongan expresamente controles efectivos para evaluar el cumplimiento de dichas tareas y los progresos del violento. La medida más resistida es la imposición de medidas respecto del tiempo libre del agresor, en razón de que la misma es considerada una sanción que excedería la competencia de los jueces civiles, por considerarla intrusiva dentro de la esfera personal del agresor y aparecería como una sanción penal, ya que podría significar un arresto encubierto. Sin embargo, medidas de esta índole pueden ser aplicadas por los jueces de familia en la medida en que la propia ley lo autoriza y muchas veces la obstinación de determinados

<sup>1</sup> El Derecho latinoamericano contempla dos tipos de multa. El primero apunta a sancionar los actos de violencia familiar (Bolivia, ley 1674, art. 8; Chile, ley 19.325, art. 4, inc. 2; el importe de la multa es a beneficio municipal; y México, arts. 24, inc. IV y 25, inc. I). El segundo se dirige a sancionar el incumplimiento de las órdenes protectores. Aquí se enmarcan los sistemas provinciales argentinos que se reseñan, y los de Colombia (Ley 294, art. 7), México (arts. 24, inc. II y III y 25, inc. I) y El Salvador (Decreto 902/1996, art. 8). Los tres últimos no indican la finalidad de los fondos.

<sup>2</sup> Al igual de lo que sucede con las multas, el Derecho latinoamericano prevé los trabajos comunitarios como sanción por los hechos de violencia (Bolivia, ley 1674, art. 11 y Chile, ley 19.325, art. 4, 3ª parte. En estos dos sistemas los trabajos comunitarios aparecen como medida alternativa a la pena de multa o prisión. La ley 103 de Ecuador prevé trabajos comunitarios para el caso de que el sancionado careciera de recursos económicos para afrontar los daños y perjuicios causados por su conducta violenta (art. 22).

agresores impone tomar una determinación de esta índole. Por lo demás, existe una instancia revisora, que podrá confirmar o revocar dicha resolución.

En las demás jurisdicciones la respuesta ante el quebrantamiento de las medidas se agota en la ampliación de las órdenes de protección. Así, se ha ampliado la prohibición de acercamiento aumentando el perímetro de exclusión. En otros casos se solicitó la colaboración de la seccional policial correspondiente al domicilio de la víctima para que detenga al agresor incumplidor y lo traslade a la sede del Juzgado el primer día hábil siguiente a dicha detención.

Sin embargo la realidad indica que pese a la buena voluntad del legislador y el sistema judicial en poner coto a la violencia mediante la normativa vigente, no bastan para detener al agresor.

### III

La única figura punitiva dentro del Código Penal es el delito de desobediencia (art. 239, Cód. Penal), que está incluido dentro del capítulo de los delitos contra la administración pública sancionando al “que desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones”

Esta figura no suele tener la eficacia deseada, pues la inmensa mayoría de los fallos consultados, desestiman las denuncias por considerar que el bien jurídico protegido es la administración pública y no la salud o la vida de la víctima mayor y que además ya existen sanciones dentro de los procesos protectores en sede civil, violando el principio del “non bis in ídem.-

Recientemente se creó la figura del femicidio contenida dentro del art. 80 del Código Penal como agravante a la figura del homicidio cuando el hecho fuese cometido en perjuicio de una mujer producido por una cuestión de género.-

El bien jurídico protegido en el delito contra la administración pública contemplado en el art. 239 del C. Penal es la libertad de acción de la autoridad (Breglia Arias-Gauna, 1994)<sup>3</sup>, lo que dista de ser una puesta de límite al agresor en violencia familiar. Por otra parte, tampoco corresponde al juez que investiga este delito intervenir en aquella materia.

Su función es eminentemente represiva y focaliza la mirada en el victimario.

Debe investigar la existencia del hecho, si ese hecho es delito y si hay responsables por el mismo. Como se encuentran en sus manos bienes jurídicos tan preciados como la libertad y la dignidad de las personas, necesita la certeza absoluta de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado para el dictado de sentencia condenatoria, lo que se revela en trámites prolongados, diametralmente opuestos a la celeridad que caracteriza a los de violencia familiar, con la limitación antes apuntada.-

Donna (2000, ps. 87 y 88)<sup>4</sup> manifiesta que “se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil”, abrazando la idea que “tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes” y que, por adición, ni siquiera se configura el injusto cuando la desatención tiene expresa solución mediante *sanciones procesales específicas* (vgr. las sanciones que contemplan las leyes de violencia familiar).-El autor

<sup>3</sup> Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R. (1994), “CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO”, Ed. Astrea, Buenos Aires.

<sup>4</sup> Donna, Edgardo Alberto “DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL”, (2002) Rubinzal- Culzoni ejemplifica con la inobservancia al régimen de comunicación instituido por la justicia civil, no constituye conducta atrapada por la norma.

En análogo sentido Creus y Buompadre (2007)<sup>5</sup> sostienen *que* “desdibujan la tipicidad aquellas órdenes que se refieran a intereses personales de partes, 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 de estricto derecho civil; en este último caso, faltará el bien jurídico protegido por la ley”. Completa su idea de que “no importan órdenes las resoluciones judiciales, de cualquier carácter que fueren (decretos, autos, sentencias), pero sí los mandamientos que tienen como objeto la ejecución de aquéllas”.

La cuestión a analizar es que conforme el principio de tipicidad, verdadera columna del sistema penal liberal, a fin de despejar cualquier confusión jurisprudencial la figura que postulamos correspondería ser incluida dentro del Título I del Libro 2º, Capítulo I, Delitos contra las Personas teniendo a las víctimas como titulares de la acción.

Entendemos que el incumplimiento de órdenes protectivas en violencia familiar, se encuentra en la mayoría de los casos fuera del ámbito del delito de desobediencia, sin que se deje de lado el principio de intervención mínima que modernamente se asigna al Derecho Penal.

Lo expuesto demuestra a las claras la imposibilidad de que el agresor imputado de delito de desobediencia sea condenado o siquiera procesado; con lo cual aumentará su impunidad y en consecuencia será mayor el riesgo para la/s víctima/s.

Cabe decir que recientemente algunos fallos han acogido las demandas de las víctimas, invocando tratados internacionales de Derechos Humanos.-

Otros que integran la gran mayoría sigue sosteniendo que al tener las propias leyes de violencia familiar sanciones punitivas no corresponde aplicar las normas del delito de desobediencia.- A mero título informativo nos remitimos a dos fallos dictados en la Provincia de Córdoba totalmente contradictorios respecto de la aplicación del art. 239 del C. Penal.-

Uno de ellos el Juzgado de Control Nº 6 de la Ciudad de Córdoba en auto interlocutorio Nº 247 del 15-06-

2012 sostuvo que “ la prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Violencia Familiar configuró una orden en el sentido del tipo del art. 239 del C. Penal, por cuanto emanó de autoridad legítima, fue concreta y dirigida a persona determinada, en este caso al imputado, que extendió constancia escrita de su notificación”.- El Juez, dice la resolución, la dispuso “como medida precautoria en protección de la vida, la integridad física y emocional de la víctima, art. 20 en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 21 inc. D y e, ambos de la ley 9283”. (Ley de VF de la Provincia de Córdoba).-

Por el contrario el Juzgado de Control N° 3 de la misma ciudad cordobesa en autos “A, A, W. p.s.a. Abuso Sexual con Abuso Carnal en Expte letra A N° de SAC 292493” sostuvo que que “si bien resulta comprobado desde el plano fáctico que A. infringió la prohibición de acercamiento que respecto a K había ordenado en su oportunidad el magistrado con competencia en Violencia Familiar, cierto es que dicha orden, a la luz de la postura desarrollada supra y compartida por esta judicatura, no ingresa a la clase de mandas cuya desobediencia se encuentra tipificada con el objeto de proteger el funcionamiento sin escollos de la Administración Pública”.- “Para más”, prosigue el fallo, “ un modelo de Derecho Penal de mínima Suficiencia

<sup>5</sup> Creus, Carlos y Bounpadre, Jorge E. (2007), “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”, Ed. Astrea, Buenos Aires.  
y por tanto de de última Ratio, como el que adscribe nuestro Estado de Derecho Liberal, difícilmente podría justificar el ingreso del derecho penal sustancial para sancionar conductas que como las de marras ya contemplan otro tipo de sanciones; incluso también de derecho penal, aunque con otro alcance vgr: Derecho Penal Contravencional, conf. el art. 30 de la Ley Pcial. N° 9283 (Violencia Familiar).- Estas contradicciones jurisprudenciales se reproducen en todas las jurisdicciones del país conforme los datos que pueden consultarse en los sitios especializados.

#### IV

Por último como respaldo argumentativo de la inocuidad de las medidas, agregamos por ejemplo que el remedio civil de aplicar *astreintes* (art. 666 bis, Cód. Civil) para constreñir el cumplimiento de la disposición legal proteccional su efectividad está limitada a los pocos casos que los agresores tengan algún patrimonio ejecutable. En otros, se dispone la remisión de los actuados para la realización de exámen psicológico y psiquiátrico del incumplidor. Como habitualmente la patología de estos agresores se encuadra dentro de lo que el DSM-IV denomina “trastornos de personalidad”, los dictámenes forenses aconsejan su inserción en tratamientos. La respuesta a esta recomendación varía entre su incumplimiento total o parcial, o la acreditación de tratamientos no especializados e incluso de tratamientos realizados paradójicamente con profesionales de la salud mental que integran las mismas asociaciones civiles que los agresores conforman. La Oficina de la Mujer, organismo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos informa que en 2022 se registraron 252 casos de femicidio de los cuales debe mencionarse que en 38 de ellos existían medidas restrictivas de acercamiento, en tanto La Casa de Encuentro nos dice que en el transcurso de 2023 se registraron 29 femicidios por mes con un total de 145 al 30 de junio.

Obviamente a estas cifras extremas deberán agregarse infinidad de casos de violaciones a las medidas restrictivas sin conductas tan drásticas.

El S.A.R.A. (Spousal Assault Risk Assessment Guide) es una guía clínica creada para cotejar los factores de riesgo de la violencia conyugal que incluye 20 ítem individuales seleccionados a partir de una revisión exhaustiva de la bibliografía empírica y de las publicaciones escritas por clínicos con vasta experiencia en la evaluación de varones que abusan de sus parejas.

Precisamente el ítem más relevante lo constituye la violación de medidas precautorias<sup>6</sup>. Incluso la sanción misma de la ley federal N° 26.485<sup>7</sup>, no ha resultado suficiente para resolver estos casos extremos. En

efecto, la norma referida ha significado un gran avance en la problemática, especialmente en su art. 30 al otorgar amplias facultades al magistrado interviniente para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia; en su art. 31 al establecer el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados; en el art. 32 al posibilitar la aplicación de sanciones ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, pudiendo disponer entre otras medidas la asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos

<sup>6</sup> FOLINO, Jorge O. (2003) "EVALUACIÓN DE RIESGO DE VIOLENCIA, HCR -20, VERSIÓN EN ESPAÑOL, ADAPTADA Y COMENTADA", Editorial Interfase Forense, La Plata.

<sup>7</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 14 de abril de 2009.

tendientes a la modificación de conductas violentas y en el art. 34 al disponer el seguimiento durante el trámite de la causa para controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas. No obstante ello, no resulta suficiente –insistimos– en casos donde la intervención de los juzgados o tribunales de familia es superada, siendo muchas veces imposible cumplir con lo ordenado por el art. 26, ap. A.7 de la norma, en cuanto a poder realmente "garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato por parte del agresor".

Recordemos asimismo que dicha norma contempla solo la protección de las mujeres dejando de lado a otros sujetos vulnerables como niños, anciano o discapacitados.

Cabe agregar que la exposición de niñas, niños y adolescentes a formas de violencia doméstica extrema o crónica, es ubicada por algunos investigadores dentro de las formas de abandono emocional. Muchas veces relegada como modalidad de maltrato (ya que estos niños/as y adolescentes se suelen considerar víctimas indirectas o secundarias) es, sin embargo, una de las más extendidas si tenemos en cuenta las cifras de violencia doméstica y la cantidad de niños/as por hogares. A la vez, es una de las formas más comunes de transmisión transgeneracional de la Violencia Familiar.

Hasta el momento, se ha escrito poco acerca de la relación entre niños/as testigos de violencia en el hogar y los padres perpetradores. Investigaciones cualitativas recientes sugieren que, al menos, algunos niños/as testigos perciben la relación con el padre como fuente de dolor, resentimiento y confusión. Estos estudios describen a los niños y las niñas como atrapados/as entre sentimientos opuestos respecto de sus padres: por un lado, saben que la violencia es mala, dañina y aterrizante; por el otro, aman y están apegados/as a sus padres, al hombre que actuó tan violentamente, lastimó a su madre y violó las reglas y normas sociales. Un resumen de las reacciones que presentan niños y niñas testigos indica: stress post-traumático; problemas de integración social; trastornos de aprendizaje; perturbaciones emocionales y de conducta en mayor proporción que en hogares no violentos. (conf. Chetjer, Silvia; Ganduglia, Alicia; Paggi, Patricia y Viar, Juan Pablo: "VIOLENCIA HACIA NIÑOS Y ADOLESCENTES MALTRATO Y ABUSO SEXUAL ELEMENTOS BASICOS PARA SU ATENCION EN EL SECTOR SALUD" publicado por el Ministerio de Salud de la Nación y el Programa Regional Piloto de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar Cooperación Técnico Financiero B.I.D, 2000).

V

Teniendo en cuenta el panorama descrito nos interrogamos acerca de la necesaria la sanción de una figura penal para proteger a las víctimas de las violencias en los casos graves donde las medidas proteccionales dictadas en los procedimientos especiales, no resultan suficientes.-

Creemos oportuno destacar la relevancia dentro del marco de la política criminal en cuanto analizar el modo de ejercitar realmente el poder punitivo y qué porción de la conflictiva social debe ser incorporada al reproche

penal.- Se ha dicho que “la política criminal contemporánea debe abarcar en su campo la valoración de la estructura del sistema penal y de la política a su respecto, o sea que debe reconocer un fuerte componente de política institucional.-

En este sentido, parece que, al menos hasta ahora, al derecho penal le ha pasado por alto el desarrollo académico y metodológico de la ciencia política” (Zaffaroni, E. Alagia A. y Slokar A. Derecho Penal, Parte General, p.148, EDIAR 2000).-

Estos autores sostienen que lo expuesto respalda la inclusión de nuevos tipos penales cuando se considera a la pena como prevención de la violencia cuando afirman que “la teoría del Derecho Penal Mínimo ha expuesto un concepto de pena de inspiración liberal” citando a Baratta en Teoría del garantismo Penal.(op.cit p.61.- Según este concepto, continúan los autores diciendo que “con la pena se debiera intervenir solo en conflictos muy graves que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada”.- De este modo, citando a Ferrajoli en Diritto e Ragione p. 331 el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el de la pena.-

Otros autores postulan un “doble garantismo: uno negativo como límite al sistema punitivo, pero sobre todo, uno positivo, derivado de los derechos de protección que debe prestar el Estado, en particular contra el comportamiento delictivo de determinadas personas” (Baratta, Alessandro en “Il diritto penale alla svolta de fine milenio, p.44).- Este mismo autor sostiene que este “garantismo positivo exigiría un cambio profundo de política criminal, que de su orientación hacia la eficiencia debiera pasar a la defensa de derechos (Devience et Societé, No. 3, Ginebra, 1999. p.250).

En esta línea de pensamiento rige la reciente incorporación de la figura del femicidio como nuevo agravante en los casos de homicidio previsto en el art. 80 del C. Penal, avance importante en la materia, aunque subsiste una zona gris ubicada entre los casos en que el juez civil aplica sanciones que son frecuentemente violadas por los agresores y el extremo caso de la muerte de la víctima.-

Por ello creemos que la problemática subsistente deberá ser contemplada en otra norma penal ubicada entre la normativa de las medidas de las leyes de protección, ubicadas en sede civil y la figura agravada del homicidio antes mencionada.-

En el art. 40 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, denominada Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España<sup>8</sup>, se tipifica el delito de quebrantamiento de condenas que incluye dentro del mismo a quienes quebrantaren las medidas de seguridad, medidas cautelares, conducción o custodia o cualquier otro tipo de medida proteccional.-

El Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión creada a fin de reformar el Código Penal presidida Dr. E. Raúl Zaffaroni e integrada por los Dres. León Carlos Arslanian, María Eugenia Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo creada por Decreto del PEN N°678/12 y que obtuviera media sanción en la H. Cámara de Senadores de la Nación incorpora en el Libro Segundo. Título VI, titulado Delitos contra las relaciones familiares en cuyo Título III denominado Incumplimientos lesivos de relaciones familiares, en su art. artículo 139 tipifica la Obstrucción, Impedimento y Desobediencia de contacto sosteniendo que así se “reformulan los tipos de la ley 24.270 de 1993, procurando simplificar su redacción y mejorar su contenido, dentro del mismo objetivo de la ley” Entre otras consideraciones agrega que “se propone en el inciso 4º penar la desobediencia a una orden judicial de restricción, de acercamiento o de contacto que puede generar violencias o conflictos que, justamente la orden judicial busca evitar.- Es indiferente que la orden sea en protección del menor o en prevención de violencia familiar no que se exija algún tipo de lesión.-

El texto del art 139 del Proyecto titulado Obstrucción o Impedimento de contacto.- Desobediencia de órdenes judiciales, dice:

1.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a UN año, el que ilegalmente impidiere u obstruyere gravemente el contacto de menores con su padre o madre.-

<sup>8</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo1-2004.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2004.html)

2.- El máximo de la pena se elevará a TRES (3) años de prisión:

a) Si para cometerlo se mudare ilegítimamente al menor de domicilio.-

b) Si se tratase de un menor de diez años o de una persona discapacitada.-

3.- El máximo de la pena será de CINCO (5) años:

a) Si la mudanza sin autorización legal o judicial, o excediendo su límite, fuera al extranjero, o si se omitiere restituirlo al país una vez agotado el plazo de la autorización.-

b) Si el hecho lo cometiere un padre o madre privado de la patria potestad.-

4.- Se impondrá la pena del inciso 1º al que desobedeciere una orden judicial de restricción, de

acercamiento o de contacto, en protección de menores o impartida en prevención de violencia familiar.-

Según se observa este tipo penal se encuentra incorporado dentro del Título VI dedicado a los delitos contra las personas tal cual se manifiesta, desestimando así la aplicación para los casos de violencia familiar de la figura del art. 239 del CP al colocarlos en línea con los principios contenidos en el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos Y NO EXIGE CONTACTO ALGUNO CON LA VÍCTIMA: SOLO VIOLAR LA MEDIDA RESTRICTIVA.

La figura propuesta a la que adhiero aun cuando difiero en el monto de la pena, responde a los principios que informan la categoría de delito abstracto aún cuando pueda argumentarse que la misma vulnera el principio de lesividad el que conjuntamente con el de estricta legalidad y razonabilidad conforman la piedra basal de nuestro ordenamiento penal.-

En tal sentido se ha dicho que “a efectos prácticos y basándonos en Soler, diremos que peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso denominándose peligro abstracto al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios.-

Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia.- En las figuras de delito abstracto, el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos” (Ponencia del Dr. Enzo Finochiaro “Los tipos penales de Peligro, el peligro abstracto” en el X Encuentro de Profesores de Derecho Penal, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 24 y 25 de junio de 2010).-

Lo que sí podemos afirmar es que si bien la figura propuesta implica cercanía con la teoría de la sociedad del riesgo (Ulrich Beck, Sociedad del Riesgo Global, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2002) no se identifica totalmente con ella dado que la eventual víctima no es la sociedad toda sino personas determinadas.- Ellas, pareja, hijos u otros convivientes en el seno familiar son sujetos que sufrieron las agresiones y como tales víctimas definidas, identificadas e investigada su situación oportunamente por la justicia civil especializada, generadora de alguna de las medidas proteccionales que tienen como beneficiarios sujetos pasivos de daños tanto en el orden físico como emocional.-

Entendemos que la mera violación de esas medidas no entran en la indeterminación que postula la teoría de la sociedad del riesgo sino que el mero hecho de la transgresión implica un peligro en sí tal como es punible la tenencia de droga o de armas de fuego.-

Se ha dicho también en cuanto a principio de lesividad que “los conflictos penales sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien (Zaffaroni-Slokar-Alagia Derecho Penal. Parte General 2ª. Edición, Ediar Bs. As. Pág. 484).

Precisamente en este caso creo que la mera transgresión implica una lesión en sí, dada la situación de zozobra, incertidumbre o miedo que anida en las víctimas directas e indirectas.-

Este trabajo va en línea con los postulados y principios tratados por la comunidad jurídica latinoamericana cuando se celebró la Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en Brasilia entre los días 4, 5 y 6 de

marzo de 2008 aprobando las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad” entre cuyos objetivos figura la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia, “teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el mismo” recomendando a “todos los poderes públicos que de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivas el contenido de las presentes Reglas”.-

Estas Reglas en su primera parte luego de definir la situación de vulnerabilidad, mencionan como sujetos beneficiarios de las mismas, entre otros a los niños, a los discapacitados, a las víctimas, a las mujeres y ancianos.-

Específicamente las Reglas 2 (niños), 3 (discapacitados), 5 (víctimas) y 8 (mujer) están comprendidas en las situaciones previstas en las leyes de protección vigentes tanto en el orden nacional como provincial) y recomiendan enfáticamente la adecuación de las normas vigentes a estas situaciones que constituyen de por sí un alto riesgo individual y social.-

Estas Reglas apuntan a asegurar el acceso a la justicia, incluyendo leyes que lo faciliten teniendo en cuenta que los sujetos mencionados padecen sufrimientos debidos a situaciones asimétricas de poder dentro del seno familiar.-

La realidad indica que las normas vigentes resultan altamente insuficientes habida cuenta de la cantidad de femicidios perpetrados a pesar de estar vigentes medidas de prohibición de acercamiento.- En tal sentido dice Alicia Ruiz que el derecho significa más que “la palabra de la ley. Organiza un conjunto de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente y que se vuelven condición necesaria de su efectividad” Es necesario explicar esta curiosa combinación de la razón y del mito que es propia del derecho moderno” (Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del derecho, Ed. EUDEBA, 2009)

En sintonía con esta línea de pensamiento, la propuesta que se formula se sustenta en la consideración del discurso jurídico como verdadera práctica social, tendiente a procurar por la vía de la prevención morigerar la existencia de casos tan dramáticos como los mencionados.-

## Conclusión

Por las razones expuestas, atento a que el proyecto de reforma al Código Penal ha perdido estado parlamentario, propongo la incorporación como agravante del actual art. 239 del Código Penal en los siguientes términos:

**Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años, el que resistiere, quebrantare o desobedeciere alguna medida cautelar, autosatisfactiva, urgente, proteccional o restrictiva dictada en los procesos penal, civil o de familia en aplicación de las leyes de violencia familiar, de protección de derechos de la niñez, adolescencia, mujeres, ancianos o discapacitados.-**