

Paper de Investigación.

Desobediencia a la Autoridad: Tipicidad, Daño y Nexos de Causalidad.

Barrientos, Pedro.

Cita:

Barrientos, Pedro (2015). *Desobediencia a la Autoridad: Tipicidad, Daño y Nexos de Causalidad*. Paper de Investigación.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/15>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pzZQ/TaZ>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: TIPICIDAD, DAÑO Y NEXO DE CAUSALIDAD

[DISOBEDIENCE WING AUTHORITY: CRIMINALITY, DAMAGE AND CAUSAL LINK.]

Msc. Dr. Pedro Barrientos Loayza
Universidad Nacional de Córdoba – Argentina

Para una adecuada administración de justicia y defensa técnica, se debe efectuar una subsunción jurídica entre la norma penal y los hechos acaecidos, solo así se evita un desgaste jurisdiccional innecesario y por sobre todas las cosas una imputación efectuada a la ligera. Con este propósito, la investigación se enfoca en la interpretación literal y gramatical del tipo delictivo para luego con ello efectuar una exégesis de la desobediencia a la autoridad. Se finaliza con una serie de conclusiones y propuestas para futuros trabajos de investigación en la materia

[For proper administration of justice and legal defense, it is necessary the legal subsumption between criminal law and the events. It avoids unnecessary court wear and above all things an allegation made lightly. For this purpose, the research focuses on the literal and grammatical interpretation of the criminal type and then on the exegetical interpretation of the disobedience to authority. This paper ends with a series of conclusions and proposals for future research in this area.]

Keywords.

Desobediencia a la autoridad, tipicidad, daño, nexo causal.

«El poder de mandar y de ordenar comporta el de amenazar para obtener obediencia» Purisco (1914)

Introducción

El delito de desobediencia a la autoridad acarrea a las partes del proceso penal una serie de interrogantes e imprecisiones sobre el tema que a la postre generan no solamente un desgaste jurisdiccional sino peor aún la imputación formal arbitraria que se formula ante este tipo delictivo.

Legislaciones sustantivas tratan al delito de desobediencia como parte integrante de un tipo delictivo que posee dos formas de acción, por un lado la *resistencia* y por otro lado, la *desobediencia*. Caso típico de éste criterio

legislativo es el Código Penal Argentino en cuyo art. 239 dispone:

«...Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal...»

A la par de este criterio, existen también otras legislaciones que separan o distinguen entre uno u otro delito, esto es, en base a que si el obrar comisivo es la *resistencia* y por otro lado, la *desobediencia* a cuyo efecto imponen sanciones distintas. Caso típico de ésta tesis es lo previsto por el Código Penal Boliviano. Veamos:

«art. 159. El que resistiere o se opusiere,

«Paper» elaborado para futuras investigaciones. Comentarios y sugerencias pueden ser remitidos al autor a barrientos-loayza@gmail.com.

usando de violencia o intimidación, a la ejecución de un acto realizado por un funcionario público o autoridad en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquellos o en virtud de una obligación legal, será sancionado con reclusión de un mes a un año.»

«art.160. El que desobedeciere una orden emanada de un funcionario público o autoridad, dada en el ejercicio legítimo de sus funciones, incurrirá en multa de treinta a cien días.»

Como se puede apreciar, al menos en lo que a la legislación boliviana se refiere, se trata a la *desobediencia* como una figura atenuada en comparación al delito de *resistencia*, de allí la distinta imposición de penas. En cambio, en la legislación argentina se trata de un solo tipo delictivo con dos acciones excluyentes entre sí.

Amén de hacer una u otra disquisición, no se debe dejar de tomar en cuenta que ambos delitos o ambas modalidades de comisión delictiva persiguen o se encuentran destinados a resguardar un bien jurídico cual no es otro que la «Función Pública» (Bolivia) y la «Administración Pública» (Argentina).

Entonces, conforme lo referido hasta aquí, se pretende:

1. Establecer y/o precisar conceptualmente la variable «desobediencia»;
2. Una vez establecida la variable en cuestión, determinar cuál es el bien jurídicamente protegido para lo cual se deberán definir las variables «función pública» y «administración pública»;
3. Continuando con el abordaje, se establecerán entonces los parámetros para establecer la modalidad de la acción, los sujetos activos, los pasivos, si se trata de un delito doloso y en su caso que tipo de dolo es el aplicable;
4. Finalmente se profundizará acerca de la variable «daño», puesto que evidentemente no puede existir delito de desobediencia si es que no existe una conducta delictuosa, por una parte, motivo de reproche social y por otra parte, que esa conducta no produzca un determinado tipo de daño cuali-cuantitativamente susceptible de ser apreciable y por ende punible en el caso concreto;
5. De suyo, en el delito en la especie, habrá que determinar el nexo de causalidad que debe existir entre el obrar omisivo y/u omisivo impropio (comisión por omisión) y el resultado para que se configure el delito en cuestión.

Entonces, el objetivo de este trabajo es profundizar en cuanto a la exégesis se refiere del delito bajo la modalidad de la *desobediencia*. Esto es, se pretende abordar ya no exclusivamente en su interpretación literal como lo suelen hacer los operadores del derecho, sino profundizar en cuanto a su interpretación exegética a fin de evitar con ello una potencial imputación formal efectuada a la ligera.

Planteamiento del problema

«Cada uno de nosotros es libre en el sentido de que puede realizar un acto contra la ley, en vez de hacerlo de acuerdo con ella; puede elegir, por tanto, entre la obediencia y la desobediencia a la ley; que él no puede, es evitar las consecuencias de haber desobedecido; por eso la libertad es frenada por la responsabilidad.

Pero aun cuando las conozcan, a los hombres, en general, no les es fácil seguir las leyes técnicas, y menos aún las leyes morales. La vista de ellos es corta, y no pueden ver, y de ordinario no ven lo que deberían para saber elegir entre la obediencia y la desobediencia. Es necesario, pues, recorrer las distancias entre la obediencia o la desobediencia y sus consecuencias naturales, que son el premio y el castigo, anticipando tanto en uno como en otro al que sería su vencimiento según el orden de la naturaleza» Carnelutti (1950).

Evidentemente en cuanto al tipo delictivo *desobediencia a la autoridad* se refiere, el autor citado estableció la necesidad de su estudio.

Dentro del concepto «*hombres*» que se menciona en la cita, también se encuentran incluidos los operadores del derecho¹ quienes en su jornada laboral diaria por los pasillos de los Tribunales o Palacios de Justicia, evidentemente desconocen las *leyes técnicas* provocando no solamente un desgaste jurisdiccional innecesario sino que peor aún se caen en evidentes arbitrariedades precisamente por no saber efectuar adecuadamente la subsunción jurídica de los hechos acontecidos con el tipo penal en cuestión, de allí la motivación personal del autor.

Con dicha perspectiva cabe plantear el siguiente problema:

¹ Me refiero a abogados, Jueces de Garantías, Secretarios, Fiscales, querellantes, víctimas, imputados, etc.

«¿Es factible establecer un esquema de defensa y/o de imputación formal que implique a su vez la adecuada subsunción de los hechos punibles al delito de desobediencia a la autoridad?»

Lo abordado en este trabajo es de suma importancia ya que la cuestión fundamental en este tipo de delitos es determinar sucesivamente la correlación e interdependencia que debe existir desde la emisión de una orden, la actividad delictiva (omisión u omisión impropia) hasta la punibilidad en el caso concreto y, como resultado, el consecuente daño producido a aquél bien jurídicamente protegido por la norma sustantiva. Adviértase entonces, que evidentemente en la vida práctica profesional es necesario escudriñar en la interpretación literal; exégesis legal y en la correcta subsunción precisamente para fundar un esquema de defensa como asimismo una imputación formal objetiva.

La variable desobediencia

Hasta tanto se materialice el convenio entre la Real Academia Española (RAE) y la Fundación Acuorum para el estudio del vocabulario jurídico², la RAE define a la *desobediencia* como aquella acción y efecto de *desobedecer* (valga la redundancia). Esto es entonces, que la desobediencia implica «...no hacer lo que ordenan las leyes o quienes tienen autoridad...»

Abordando desde el punto de vista técnico-jurídico, Ossorio (2000) y Masi (2004), refieren que la *desobediencia* es aquella:

«Negativa a cumplir las órdenes emanadas de una autoridad con competencia para dictarlas, siempre que reúnan las condiciones necesarias para presumirlas legítimas»

Acotando a ello, entonces con un poco más de precisión, el presupuesto para la tipificación de la desobediencia debe tratarse de una *orden*. Tal como sostiene Creus (1998) si faltase la *orden* no se daría una conducta a la que pueda caracterizarse como desobediencia puesto que «...sólo puede desobedecer quien es destinatario de una orden...» (Núñez, 1986).

Entre el derecho administrativo y el derecho penal

Existe una cuestión pendiente de dilucidación cual no es otra que determinar la correlación como interdependencia de las variables *administración pública* por un

lado, y por otro lado la *función pública* ya que ambas figuran como bien jurídico protegido. Para ello acudimos nuevamente a la RAE que define a la *administración pública* como aquél «...conjunto de organismos de gobierno de una nación...» y a la *función pública* como aquella «...función que desempeñan los entes públicos...» y/o aquél «...conjunto del personal al servicio de las Administraciones públicas...».

Como se puede apreciar, ambas variables parecieran referirse única y exclusivamente al área del derecho administrativo, sin embargo, se debe efectuar un abordaje mucho más dirigido al punto de vista técnico jurídico y así con ello dilucidar la causa teleológica del delito *desobediencia a la autoridad* y si en efecto debe proteger como *bien jurídico* o a la *función pública* o en su caso a la *administración pública* o a ambos.

La doctrina administrativista representada por Casagne (1987, 1998); Marienhoff (1992); Dromi (1995) y Gordillo (2003) entre otros sostienen que todo poder político se expresa mediante una determinada forma de organización: El Estado. Este Estado implica ser una unidad de poder estructurado y/u organizado de tal forma que pueda tener la suficiente capacidad para imponer su *potestad soberana*. El poder del Estado evidentemente es uno solo pero sin embargo, posee cuatro claras funciones: La legislativa, administrativa, gubernativa y jurisdiccional.

He aquí la confusión que puede existir, ya que las funciones legislativa, administrativa, gubernativa y jurisdiccional que asume el Estado poseen entre ellas supuestos comunes y diferenciales desde los puntos de vista material u objetivo; subjetivo u orgánico y finalmente formal. Estas diferenciaciones y similitudes provocaron el desarrollo de tres claras teorías en cuanto al Estado y sus funciones³ que a los fines del presente trabajo excede su abordaje por obvias razones.

Marienhoff (1992) es quien, al definir al derecho administrativo, refiere que esta rama del derecho es un conjunto de normas y principios de derecho público interno que tienen por objeto estudiar la organización, funcionamiento y regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las relaciones entre las entidades administrativas con respecto a sus administrados. Conclusión acotando el autor que, en cuanto a organización y su funcionamiento se trata, el objeto de estudio del derecho

² Ver: [Convenio RAE y Fundación Acuorum para el estudio del vocabulario jurídico](#).

³ Me refiero a la Teoría Orgánica Formal; Teoría Sustancial Material y la Teoría Orgánica Material.

administrativo es entonces la *administración pública*.

Planteadas así las cosas, según los autores citados precedentemente, la variable *administración pública* es el «continente» y la *función pública* su «contenido». Puede entonces considerarse que existe «administración pública» amén a que exista o no un *funcionario público* al que se le haya delegado una *función pública* administrativa, legislativa, gubernativa y jurisdiccional; pero no se puede considerar la existencia de la *función pública* o de su *funcionario público*, si es que no existe una «administración pública» que así le haya delegado tales funciones.

Donna (2001), sostiene claramente que frente a esta teorización el verdadero conflicto consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública [y de función pública] como bien jurídico tutelado. Y concluye refiriendo lo siguiente:

1. Que la *administración pública* se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas, para lo cual agrego que se materializa a través de sus funcionarios públicos;

2. Que las expresiones no están utilizadas por el ordenamiento penal en la acepción técnica, ya que ambas variables tanto *administración pública* como *función pública* son de la esencia del Derecho Administrativo;

3. Las variables *administración pública* y *función pública*, si bien pertenecen al área del derecho administrativo también es cierto que en el marco del Derecho Penal adquieren una amplitud ciertamente mayor;

4. En efecto, congloban ambas variables —en cuanto a su significado se refiere— a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

Evidentemente el *Derecho Administrativo* regula la organización, funcionamiento y regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las relaciones entre las entidades administrativas con respecto a sus administrados (Marienhoff, 1992); mientras que el *Derecho Penal* a través del tipo delictivo de desobediencia a la autoridad, tipifica el accionar de un determinado sujeto activo quien intencionalmente (dolo directo mediante) desobedece el cumplimiento de una *orden* legítima dada por el Estado en el marco de sus funciones *legislativas, administrativas, gubernativas y jurisdiccionales*, provocando así un daño cierto y de magnitud que inficiona tanto a la

administración pública (Argentina) como asimismo a la *función pública* (Bolivia).

Una precisión más que se debe establecer en el marco de estos puntos de conexión existentes entre el derecho administrativo y el derecho penal sustantivo es el establecer la diferencia existente entre el *servicio público* y la *función pública*.

Al respecto, la corriente doctrinaria encabezada por Gordillo (2003) establece claramente la definición de servicio público en base a lo oportunamente definido por Hauriou (1919):

«*Servicio Público es todo aquél servicio técnico prestado al público de forma regular y continua por parte de los órganos públicos del Estado para satisfacer las necesidades públicas*»

Se tiene entonces que las diferencias entre el *servicio público* y la *función pública* son claras y evidentes:

1. El *servicio público* no implica ser una *orden* sino una forma mediante la cual el Estado satisface una necesidad pública;

2. En el marco del ejercicio de la *función pública*, el funcionario público puede proferir una *orden* que no necesariamente satisfaría una necesidad pública;

3. El *servicio público* conforma parte de la *administración* del Estado, mientras que la *función pública* conforma parte del derecho administrativo ya que este último estudia las funciones administrativas del Estado ya sean legislativas, administrativas, gubernativas y jurisdiccionales.

Exégesis del tipo delictivo

A los fines pedagógicos y teleológicos seguidos en el marco de esta investigación, se efectuará la exégesis del tipo delictivo siguiendo la norma boliviana prevista en el art. 160 del Código Penal, no por mero capricho, sino porque justamente el objeto de esta investigación es dilucidar el tipo delictivo *desobediencia a la autoridad* no así la resistencia u oposición que seguramente será motivo de otras investigaciones al respecto.

Respecto del análisis del tipo delictivo se sigue como directriz el trabajo elaborado por Donna (2001) a través del cual se irán efectuando contribuciones y demás aportes de la doctrina y jurisprudencia.

El enfoque adoptado por este autor resulta ser sumamente útil a la hora de efectuar la subsunción del hecho acontecido con la norma penal. En efecto, la interpretación judicial de la ley supone no sólo entender su contenido (inteleción), sino su aplicación a un caso concreto

(subsunción) tal como así refiere Nuñez (1999). Desde un punto de vista pragmatialéctico Ghirardi (2007) refiere que:

«... establecidos los hechos, si hacemos la subsunción del caso concreto, teniendo presente la culpabilidad subjetiva, de alguna manera ya hemos resuelto que la premisa mayor se identifica, en esa situación, con la norma prescripta... Es decir, en consecuencia, hemos fijado o determinado ya la premisa mayor o premisa normativa... El silogismo práctico-prudencial, determinadas las premisas, queda configurado... »

Hacer lo contrario (o no hacerlo bien) conforme así Creus (1992) menciona, ocasiona el mentado *error de subsunción*, oportunidad en el cual —dice el autor— se cree que una conducta encuadra en un tipo penal cuando en realidad queda encuadrada en otro distinto o quizás en ninguno.

El bien jurídicamente protegido

Nuñez (1986), Creus (1998) y Donna (2001) establecen claramente cuál es el bien jurídico protegido.

Los autores mencionan que «... *El normal desenvolvimiento de la administración se vería seriamente afectado si las órdenes impartidas por los funcionarios pudieran ser desoídas impunemente...* » y agregan sin embargo que «... *No se trata de imponer la obediencia absoluta y silenciosa a los órganos de poder...* », sino por el contrario de hacer «... *otorgar un respaldo al ejercicio legítimo de autoridad mediante la amenaza de pena...* ». Lo que se pretende entonces es el «... *resguardar la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad...* » esto quiere decir que mientras exista esa *orden* y esté vigente (y sea legítima) debe ser de aplicación ineludible.

Entonces, tal como precisa Creus (1998), lo que se protege como bien jurídico es el «... *orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado...* »

Tipo Objetivo

Reiteramos el tipo delictivo en estudio:

«*art.160. El que desobedeciere una orden emanada de un funcionario público o autoridad, dada en el ejercicio legítimo de sus funciones, incurrirá en multa de treinta a cien días.*»

Acción Típica: Desobedecer una orden emanada de un funcionario público o autoridad dada en el ejercicio legítimo de sus funciones.

Carácter del Delito: Dicen Creus (1998) y Donna (2001) que en principio se debe efectuar una conceptualización negativa, en el sentido que se debe determinar qué es el no acatamiento o desobediencia a aquella orden impartida por un funcionario público o autoridad.

Así, refiere Donna (2001) que el hecho de negarse a cumplir o *desobedecer* una orden legítima de un funcionario público o autoridad, se trataría simplemente de un delito de omisión. En cambio, Creus (1998) sostiene que, si bien es cierto de la existencia de la omisión, existen otras hipótesis en la que por ejemplo el funcionario público o autoridad dispone un «no hacer», el sujeto activo que *desobedece* estaría tipificando un delito de omisión impropia ya que se estaría violando un mandato mediante una conducta positiva.

Se deben dilucidar dos cuestiones, la primera de ellas la causa fuente de las obligaciones y la segunda la tipología de las obligaciones existentes a fin de profundizar un poco mas a efectos de caracterizar el tipo delictivo en estudio.

En cuanto a la primera de ellas, Calvo Costa (2009) define como *causa fuente* de las obligaciones a aquél conjunto de hechos jurídicos susceptibles de generar una relación jurídica obligatoria toda vez que, efectivamente toda obligación debe provenir necesariamente de un hecho con virtualidad suficiente para crearla. Posteriormente las clasifica agrupándolas en dos grupos: Las fuentes nominadas y las fuentes innominadas.

Son fuentes nominadas de las obligaciones:

1. Los contratos;
2. La voluntad unilateral;
3. Los hechos ilícitos;
4. El ejercicio abusivo de los derechos;
5. El enriquecimiento sin causa y
6. La gestión de negocios.

Son fuentes innominadas de las obligaciones o también llamadas obligaciones *ex-lege*, todos aquellos hechos susceptibles de generar obligaciones que carecen de una denominación especial:

1. Obligaciones alimentarias;
2. Obligaciones tributarias;
3. Obligaciones que pesan sobre los tutores y curadores;
4. Obligaciones que nacen de la garantía de evicción;
5. Obligaciones que nacen de los vicios redhibitorios;

6. etc.

Retomando el tipo delictivo en cuestión, existe desobediencia cuando intencionalmente se *desobedeciere una orden emanada de un funcionario público o autoridad*. Consecuentemente es menester que *una obligación haya sido incumplida* y que a su vez por ello haya generado una *orden* legítima o de un *funcionario público* o de una *autoridad* en ejercicio de sus funciones.

Por tanto, en principio, se aclara que no existe tipificación alguna de desobediencia hasta tanto y en cuanto esa obligación *de dar, hacer y no hacer* no se haya convertido en una *orden*. Se menciona en principio ya que Laje Anaya & Gavier (1999) sostienen que en verdad no se debiera «... caer en la confusión de considerar orden a la simple imposición de un hacer, no hacer, o dar...»

No se debe olvidar que el concepto de obligación aceptada por la doctrina es el de referirse a que se trata simplemente de una «... relación intersubjetiva reglada por el derecho y que provoca consecuencias jurídicas...» (Calvo Costa, 2009) que se plasma en «... los correlativos derechos y deberes de las partes componentes de dicha relación...» (Moisset De Espanés, 1993).

Entonces, en efecto y como un todo, una obligación implica derechos–deberes expectáticos los que una vez cumplidos atañen únicamente a los intereses de las partes. No son órdenes, son obligaciones y si estas están cumplidas se extinguen.

En cambio, si estas obligaciones (derecho–deber) son incumplidas, pueden ser compulsivamente «obligadas» para su cumplimiento, y es allí que podríamos hablar de la existencia de una *orden* o de un *funcionario público* o de una *autoridad*, la que por cierto, de ser incumplida podría tipificarse como un delito de desobediencia a la autoridad pero siempre y cuando cumplan los requisitos ínsitos que el tipo delictivo requiere como más adelante se desarrolla.

Dicho esto cabe colegir desde ya lo siguiente:

i. Si existe una *orden* para cumplir una obligación *de dar y/o de hacer* y ésta es desobedecida intencionalmente y provoca un daño efectivo, se trata de un delito de *omisión* (Donna, 2001).

ii. Mientras que si se trata de una *orden* para cumplir una obligación *de no hacer* y ésta es desobedecida intencionalmente y provoca un daño efectivo, se trata de un delito de *omisión impropia* (Creus, 1998).

Elementos del tipo objetivo: Como sostienen Rigui y Fernández (2005):

«... si bien hacer (*comisión*) y dejar de ha-

cer (omisión) son modalidades del comportamiento humano, difieren en que mientras en los delitos de comisión el sujeto actúa, en los de omisión el autor no ejecuta la conducta ordenada. En el tipo de comisión la infracción consiste en hacer lo que está prohibido; en el tipo de omisión se desobedece un mandato de acción. Del mismo modo que una acción adquiere relevancia penal cuando supone la realización de un tipo penal prohibitivo, la omisión es relevante cuando se adecua a un tipo imperativo, es decir cuando se traduce en una desobediencia a lo ordenado por la norma. O sea que, lo que el legislador castiga en los tipos de omisión es no haber ejecutado la acción ordenada o socialmente esperada...»

Así, en el mundo externo el elemento voluntario interior del sujeto activo, determina que los delitos pueden dividirse en delitos de acción (hacer positivo), delitos de omisión (no hacer lo que se debe o se espera; comportamiento negativo) y delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (en los que se hace algo realizando una conducta omisiva) (Frías Caballero, 1993).

Ahora bien, de conformidad a la doctrina en la materia —entre ellos Nuñez (1986), Creus (1998) y Donna (2001)—, en sentido estricto el delito de desobediencia no se trata de una «acción» sino de una *omisión* u *omisión impropia*.

A diferencia del delito de resistencia a la autoridad éste tipo delictivo (desobediencia) implica que no existe una violencia o resistencia física a la *orden* de un funcionario público o autoridad. Simplemente se trata, valga la redundancia, de una *desobediencia* esto es de una «... clara omisión de hacer frente a una orden recibida en forma directa de parte de un funcionario [o autoridad] que está actuando dentro del marco legal de sus atribuciones...» (Donna, 2001).

El destinatario: Creus (1998) y Donna (2001), el tipo delictivo posee como destinatario a aquella persona (sujeto activo) que incumple vía *omisión* u *omisión impropia* aquella *orden* emanada o por un funcionario público o una autoridad. Esta *orden* dirigida a que se cumpla una obligación (de dar, de hacer o de no hacer) reviste la característica de ser un *mandamiento* el que a su vez puede ser oral o escrito pero siempre efectuada de manera expresa y directa como asimismo de forma legítima por parte de un funcionario público o autoridad.

La cuestión a esta altura de las circunstancias es determinar o precisar de manera más explícita el término *orden* y así con ello llegar a una mejor exégesis a los fines de la tipificación objetiva.

El término *orden* proviene del latín *ordo – inis* cuya conceptualización implica —según Nicolliello (2004)— orden, grado y clase social.

De la RAE se pueden extraer las siguientes conceptualizaciones para el término *orden* las que implican:

1. Regla o modo que se observa para hacer las cosas.
2. Ámbito de materias o actividades en el que se enmarca alguien o algo. Vg. En el orden social. En el orden político.
3. Mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar.
4. «*Orden jurisdiccional*»: Cada una de las ramas en que se articula el poder judicial; como la civil, la penal, la contencioso-administrativa o la social.

Aclarando que el vocablo es amplio en cuanto a su acepción y conceptualización, Ossorio (2000) utiliza las siguientes para el término *orden* y respecto al tipo delictivo motivo de estudio (la desobediencia):

1. Mandato de un superior que ha de ser obedecido.
2. Mandamiento expedido por un tribunal.

Es entonces, en base a lo relacionado precedentemente, que la doctrina encabezada por Creus (1998) dicen que el término *orden* debe entenderse como aquel *mandamiento* y, por ende *una comunicación de un tribunal superior a uno inferior* o de un *tribunal a una persona física* que funge como *funcionario público y/o autoridad* que al mandatario «... *obliga por tanto a éste a obrar u omitir...*» (Ossorio, 2000).

Solo así se puede entender como en su momento Creus (1998) sostenía sin hesitación alguna y con firme creencia que «... *no debe ser considerada una orden la resolución judicial, cualquiera fuere la forma, esto es auto, decreto o sentencia, aunque sí lo deben ser los mandamientos que tienen como fin el cumplimiento de la sentencia...*». Por ende, solamente revestirán el carácter de órdenes todas aquellas que lleven a efectivizar la disposición de una autoridad (Donna, 2001).

Esta notable disquisición efectuada por Creus (1998) fué planteada por dicho autor cuando hubo de criticar una sentencia de la Cámara del Crimen (Argentina)⁴, en la cual se afirmaba que se incurría en desobediencia quien violaba una sentencia judicial por la cual se le ordenaba abstenerse de una determinada conducta. Donna (2001), citando el argumento central de Creus, reitera que son los *mandamientos* los que se encuentran destinados a efectivizar una disposición de una autoridad, por lo que una

resolución jurisdiccional, en sí, no implica *per-se* ser una *orden* en el sentido técnico jurídico.

El delito de desobediencia requiere para su tipicidad objetiva una orden clara y concretamente dirigida a persona o personas determinadas, lo que constituye a los destinatarios en sujetos pasibles del delito. Este requisito fija, asimismo, el momento de la acción típica en un tiempo posterior al de concretarse la orden y ser conocida por quién es objeto de ella (Fontán Balestra, 1970).

Donna (2001), nuevamente citando a Núñez (1999), proporciona una serie de ejemplos para diferenciar lo precedentemente tratado.

i. «... *es desobediencia la orden de abandonar el país, pero no lo es la violación de la inhabilitación, ni tampoco la desatención de un agente de tránsito, porque la sanción impuesta para ese caso es una contravención dispuesta por ley especial...*»

ii. «... *Tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes, es decir que resultan ajenas a tal significación las obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto Derecho Civil...*»

iii. «... *Una orden (mandamiento escrito o verbal, dado directamente, en el ejercicio legítimo de funciones, aunque no necesariamente de presencia) supone un destinatario o destinatarios determinados...*»

Como ya se adelantó, Laje Anaya & Gavier (1999) sostienen, conjuntamente con la jurisprudencia mayoritaria, que en verdad no se debiera «... *caer en la confusión de considerar orden a la simple imposición de un hacer, no hacer, o dar, fijado en una sentencia...*» Para ello, citan como ejemplo el hecho que no satisfacer la cuota alimentaria establecida por un Juez no implica un desobedecimiento, simplemente es un *no cumplir*.

De igual manera, sostienen que «... *la inobservancia general al régimen de visitas instituido por la justicia civil (de familia) no es conducta atrapada en la descripción del tipo delictivo desobediencia...*»⁵

Conforme a ésta tesis, la jurisprudencia⁶ se manifestó advirtiendo que:

«... *un simple altercado entre los padres, que pueda derivar en que uno de ellos, por ejemplo, retire al niño del colegio antes de que el otro lo haga, o fuera de los días especialmente estipulados, o que lo devuelva*

⁴ CCCorr., sala IV, 24-8-76, J. A. 1977-11-217.

⁵ CCCorr., sala I, 28-6-94, «Idachkin, J. O.», c. 43.400.

⁶ Causa 5105 - "P., L. A. s/recurso de casación" - CNCP - Sala IV - 26/02/2007.

fuera del horario fijado, no daría lugar a la aplicación de la figura sub examen, más allá de cierta coincidencia con alguna de las acciones que el artículo 146 del código de fondo pune y sin perjuicio de la desobediencia que ello podría constituir; sería entonces la prudencia jurisdiccional la que deba medir la procedencia de la denuncia. . . »

Como se puede colegir, cabe aseverar que si el incumplimiento de una determinada *orden* tiene previsto una sanción especial o es entendida por la justicia civil o familiar, no se tipifica el delito en cuestión.

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 (Donna, 2011). En estos casos, dice Creus (1998) no existiría violación al bien jurídico conforme lo vimos oportunamente (Ver p.5).

A la hora de efectuar la subsunción jurídica de los hechos a la norma o tipo delictivo en estudio se debe ser exigente acerca de la «concreción de la orden con respecto a cada destinatario», caso contrario dice Soler (1988) que «. . . se puede acordar una extensión desmedida al tipo de la desobediencia. . . » y cita como ejemplo que el no pagar, cuando el juez ordenó pagar del propio peculio, no es desobediencia; pero a la inversa, pagar cuando mandó no hacerlo (embargo), es desobediencia.

Planteadas así las cosas, en cuanto a destinatario se refiere, la *desobediencia* debe dirigirse al *funcionario público o autoridad* e importa el incumplimiento de una orden, caso contrario no existe tipo delictivo alguno según Soler (1988).

Aplicado a un eventual caso concreto, en el marco de régimen de visitas que se incumple la restitución de un menor, se trata de un *mero incumplimiento* al otro progenitor, no así directamente de un delito de desobediencia⁷.

En efecto, debe existir una *relación inmediata de por medio* entre un funcionario o autoridad, una orden y un destinatario. El otro progenitor (al que no se le restituye el menor bajo su guarda) no reviste el carácter de autoridad ni de funcionario público, por ende, no existe delito alguno. Claro que si ese progenitor posee un *mandamiento* expreso la situación sería completamente diferente, pero pese a ello, «. . . sería entonces la prudencia jurisdiccional la que deba medir la procedencia de la denuncia. . . »⁸ máxime si ya existe un Juez entendiendo en materia de familia ya que de éste dependerá valorar si su *orden impartida* tiene prevista una sanción especial,

y si lo tiene, el hecho no es subsumido por el tipo de la desobediencia⁹ salvo que haya librado el respectivo *mandamiento* como ya se refirió oportunamente (Ver p.7).

Dichas así las cosas, al menos en lo que al caso de ejemplo traído a colación, en el marco del tipo delictivo estudiado, es por cierto vital que sean los funcionarios públicos o autoridades (y así también los jueces) quienes deben disponer de los medios conducentes al acatamiento de sus decisiones. Así como sostienen Llambías & Raffo Benegas (2005):

«. . . No basta para respaldar la autoridad del juez la creación de la figura delictiva de la desobediencia. . . Con esto se sanciona el proceder injusto del desobediente, mirado bajo el ángulo del interés público, que tutela el derecho penal. . . Pero no se trata de ello ahora sino de lograr la eficacia de las sentencias dictadas en sede civil, asunto enteramente independiente de aquel otro. . . »

A modo de colofón, siendo aun mas preciso en la cuestión diferenciadora entre orden, resolución y mandamiento, Rocco (2003, 2005), con mucha solvencia intelectual realiza un razonamiento acerca de la naturaleza ínsita de toda *sentencia* y menciona lo siguiente:

«. . . el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico; esto es, que la sentencia es esencialmente un acto de la mente del juez. Con esto es claro no se niega que pueda haber sentencias en las cuales concurre también otro elemento, y que, por tanto, constituyen también actos de voluntad del juez, sino que se afirma únicamente que pueden existir sentencias en las cuales el acto de voluntad no se encuentre, y que consisten en una pura operación lógica; por consiguiente, que sólo el elemento lógico es esencial en el concepto de sentencia. . . »

En efecto, existen especies de resoluciones jurisdiccionales¹⁰ que se distinguen unas de otras respecto de una

⁷ Amén que habría que verificar su tipicidad con el delito de sustracción del menor.

⁸ Conforme a la *ratio iuris* establecida en la Causa 5105 - "P., L. A. s/recurso de casación" - CNCP - Sala IV - 26/02/2007.

⁹ CCCorr., sala II, 23-4-85, "Agopian, H.", c. 29.735; ídem, 25-7-80, "Lafuente, E. J.", c. 24.338; id., 4-12-84, "Botbol de Cabuli", c. 29.135.

¹⁰ Abarcativa de autos, interlocutorios, decretos, etc.

sentencia strictu sensu. Ésta última puede contener precisamente una *orden* y como sostiene Rocco (2003):

«... en particular, la de si en este elemento de orden o mandamiento está la distinción entre la sentencia en que sólo se trata de acreditar un derecho, esto es, en la sentencia declarativa y la sentencia condenatoria o de prestación. La cuestión es substancialmente distinta, aun cuando, precisamente, a propósito de esta última, se trate de la primera...»

Sujetos: Se reitera el tipo delictivo en cuestión:

«art.160. El que desobedeciere una orden emanada de un funcionario público o autoridad, dada en el ejercicio legítimo de sus funciones, incurrirá en multa de treinta a cien días.»

La tríada referida precedentemente en este punto es clara al respecto: Debe existir una *relación inmediata de por medio* entre un funcionario o autoridad, una orden y un destinatario.

Conforme a lo expuesto, *autor* solo puede serlo aquella persona que *desobedeciere una orden*. *Autor* es aquél que es destinatario de una orden. Se trata de un delito específico y «dirigido» si es que vale la expresión, toda vez que «... solo pueden revestir la condición de autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida...» (Donna, 2001).

El abanico de posibilidades para determinar quienes son o no autores en este delito es limitado puesto que éste tipo delictivo es un «delito de actividad» ya que implica un «desvalor de acción» que el sujeto desarrolla. Y es precisamente por tratarse de un «desvalor de acción» que desarrolla el sujeto activo que determina que en este tipo delictivo la injusticia de la *omisión* u *omisión impropia* (desobediencia) no es la producción de un resultado en sí mismo, controlada por un actuar final, sino «... la ejecución corporal de un acto reprobable como tal...» (Donna, 2001).

Como se refirió al tratar el bien jurídicamente protegido (Ver p.5) el *sujeto pasivo* es aquél en cuyas manos se encuentra «... resguardar la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad...». Es por ende, aquél *funcionario público* o *autoridad* como titular o con poder discrecional de imponer —en legítimo ejercicio de sus funciones— un «...orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado...» (Creus, 1998).

Tipo Subjetivo

Es de vital importancia en este tipo delictivo bajo estudio establecer clara y contundentemente que por su naturaleza ínsita de delito de actividad, de *omisión* u *omisión impropia*, es un delito doloso. Pero también se debe aclarar que este dolo atribuible a los fines de su tipicidad subjetiva debe tratarse necesaria e inevitablemente de un *dolo directo*.

El sujeto activo sabe y conoce que está desobedeciendo desde el primer momento en que *la consecuencia perseguida* coincide —como consecuencia— de manera inmediata con el resultado típico (Donna, 2001).

Así pues, un *dolo directo*, según Alterini (1987), se materializa cuando el sujeto actúa *para* provocar el daño, y son atribuibles a esa forma de dolo todos los daños que aparezcan necesariamente en su previsión al realizarlo; el dolo directo absorbe la voluntad de todo lo que aparecía vinculado necesariamente con la producción del daño previsto.

No se debe olvidar la tríada referida: Esto es la *relación inmediata de por medio* entre un funcionario o autoridad, una orden y un destinatario. Entonces:

- i. El sujeto activo debe conocer inequívocamente las circunstancias del hecho;
- ii. Que se encuentra ante un *funcionario público* o *autoridad* y que
- iii. Estos últimos emitieron una *orden legítima* habida cuenta que se está persiguiendo evidentemente que sea cumplida y/o ejecutada a través de un *mandamiento* (Ver p.7)¹¹.

Maurach et al. (1994) y Donna (2001) sostienen con acierto que es necesario que «... el autor se haya formado, según el grado de su ilustración y conocimiento en la materia, una representación suficiente acerca del sentido del concepto en la vida social...». Esto es, sabe y conoce que está desobedeciendo una *orden* y que no es un *mero incumplimiento*¹²; sabe y conoce del grado de *lo injusto* en su actividad desobediente; sabe y conoce que el sujeto pasivo (funcionario público y/o autoridad) actúa como órgano dependiente del Estado y que está ejecutando un mandamiento, de allí su *dolo directo*.

¹¹ Se aclara nuevamente que el término *mandamiento*, desde el punto de vista técnico-legal, implica una orden jerárquica hacia un inferior.

¹² «No puede configurarse el delito de desobediencia... cuando ha existido un accionar que excede la mera omisión del acatamiento de la orden impartida» (CNCCorr., sala I, 23-4-96, «Bordón, Juan Carlos», c. 44.630, def. W/3)

La conjunción existente entre saber, querer y entender son manifestaciones que deben ser puestas de manifiesto a momento del inicio de la actividad desobediente, precisamente por ello se habla que se trata de un delito de actividad. El sujeto activo o autor quiere y desea substituir la voluntad de decisión del funcionario público y/o autoridad mediante dos actividades ya relacionadas precedentemente, la *omisión* y la *omisión impropia* (Donna, 2001).

En definitiva, el *autor* sabía y conocía desde el primer momento que iba a desobedecer o quebrantar esa triada, por ello se sostiene por parte de la doctrina de la existencia de un *dolo directo* pero de *primer grado*, puesto que cognoscitiva como volitivamente puso en su mente —de antemano— el resultado buscado con su fin perseguido.

Ahora bien, cabe aclarar el siguiente aspecto que posee mucha relevancia y es la cuestión del «error de prohibición». En dicho sentido, se sostiene que serían admisibles los errores de prohibición a los fines de la atipicidad precisamente porque el tipo delictivo requiere de un *dolo directo* de *primer grado*. Ergo, no se configura el tipo delictivo si «... al autor del hecho antijurídico le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada...» (Donna, 2001).

Consumación y tentativa: Desde el primer momento que el agente o sujeto activo tiene conciencia que está desobedeciendo como resultado de su actividad dirigida, pensada para desobedecer, se trata de un *delito instantáneo* el que lógicamente es consumado con el acto material la *omisión* u *omisión impropia*, esto es, «... hacer caso omiso a la orden existente o cuando, teniendo un plazo para su observancia, éste ha vencido...» y que «... no debe atenderse únicamente al vencimiento del plazo para considerar configurado el ilícito, por cuanto esto es incompatible con un Derecho Penal de culpabilidad...» (Donna, 2001).

Precisamente por las razones vertidas *ut-supra*, tratándose de un delito instantáneo y de actividad tanto Nuñez (1986) como Donna (2001) sostienen que en el delito de desobediencia, no parece posible la tentativa.

Donna (2001), citando jurisprudencia aplicable al tipo delictivo, aclara que dado que el delito de desobediencia es doloso y se consuma instantáneamente con la negativa de acatar la orden legítimamente impartida con plena conciencia del acto, por ende en un caso en el que una «... niña rompió en llanto cuando estaba por verificarse la entrega y tomándose de su madre expresaba su negativa a irse con su padre...», verifica que no se acreditó la desobediencia imputada ni el dolo exigible para su con-

sumación (desobediencia subjetiva). Lo cierto es que, al menos en este caso traído por Donna (2001), no existe duda alguna que no es lógica ni jurídicamente posible atribuir un resultado delictuoso a quien sólo en apariencia lo habría provocado, pero que no estuvo en situación de preverlo ni de evitarlo. Como dice Terragni (1981):

«... obrando una causa ajena a la previsibilidad, ni siquiera puede hablarse de ilicitud, que implica una contravención o desobediencia a los mandatos jurídicos...»

La cuestión del daño

Dayenoff (2000) al tratar el delito de desobediencia sostiene que «... ha de entenderse que la ley penal se refiere a la desobediencia grave y no a la leve, que no desprestigia a la autoridad ni trae daño apreciable...» basándose para ello en un *leading case*¹³.

Por ello, se considera oportuno abordar cualitativa como cuantitativamente la cuestión del daño, lógicamente en correlación con el bien jurídicamente protegido por el tipo delictivo «Desobediencia a la Autoridad». Es la doctrina civilista en materia de responsabilidad extracontractual (por el hecho ilícito civil) quienes abordan con mayor precisión este aspecto. Pero antes de ello, habrá que desglosar brevemente que tipo de responsabilidades puede asumirse.

La doctrina en la materia es pacífica, puesto que existe consenso mayoritario entre los autores en que una cosa es la responsabilidad civil y otra muy distinta la responsabilidad penal, puesto que los *hechos ilícitos civiles* que provocan daños y perjuicios en nada tienen que ver con los *hechos ilícitos del ámbito penal*, en cuyo caso cabe la *responsabilidad delictual* si es que el Ministerio Público Fiscal acredita que existe acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad en el caso concreto.

Lógicamente, también se debe tener en claro que en el marco de la ejecución penal de una sentencia penal, es factible impetrar una pretensión resarcitoria civil (actoría civil) fundada por los daños y perjuicios provocados en ocasión del hecho ilícito penal¹⁴. De igual manera, no existe óbice alguno para la pretensión resarcitoria en sede penal, claro está que iniciada en una de ellas impide la prosecución en la otra.

Dicho esto, cabe establecer que el *daño* es un elemento esencial para que surja responsabilidad penal (y por cierto también la civil), y tal como se refiere la doctrina,

¹³ SC Tucumán, 5/5/45. LL. 38-816.

¹⁴ Ver arts. 14 y 36 cc. del Código de Procedimiento Penal.

debe tratarse de un daño resarcible (Orgaz, 1967) y, por ende, aunque posea la misma esencia del daño en general, este *daño resarcible* debe contar con la reunión de determinados requisitos, a saber:

1. Que sea cierto;
2. Subsistente;
3. Personal del accionante (en sede civil o actoría civil en sede penal) o del denunciante/querellante o víctima (en sede penal) y
4. Que exista *relación de causalidad adecuada* entre aquél acto ilícito y el daño sufrido.

En cuanto a este último requisito, todo daño implica el menoscabo o detrimento patrimonial o extrapatrimonial, el que si se encuentra enlazado con un *quid iuris*, implica no solamente un detrimento físico, sino también un detrimento jurídico. De igual manera, si ese menoscabo o detrimento patrimonial o extrapatrimonial es enfocado desde la perspectiva de un *hecho jurídico* se ve que éste posee un elemento material (hecho físico) y un elemento formal cual no es otro que la reacción del ordenamiento jurídico ante tal daño, de allí la persecución penal — pero como última ratio — en manos del Ministerio Público como asimismo de allí que esté penada la acción típica y antijurídica de desobedecer una orden emanada de un *funcionario público* y/o de una *autoridad*.

Nexo de causalidad y causales de justificación

No existe daño resarcible sin un nexo causal que lo vincule con los hechos u omisiones que provocaron los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Es decir, que es necesario establecer un antecedente (acción u omisión humana) y un consecuente (resultado dañoso), los que han sido determinados a través de la correlación de los hechos ya realizada oportunamente.

Juristas renombrados como Bustamante Alsina (1992); Moisset de Espanés (1985); Agoglia (1993); Bueres (2000); Calvo Costa (2009); Pizarro & Valléspinos (1999); Moisset Iturraspe (1982) y Zabala de González (1997) entre otros, etc., evidentemente influenciaron en las legislaciones de fondo de distintos países¹⁵ ya que estos han establecido que la consecuencia natural y ordinaria de la conducta antijurídica activa u omisiva de quien lo ha provocado, implica una causalidad adecuada para que dichos daños hayan sido causados. Por lo tanto, dicen los autores, todo daño es atribuible a una o varias conductas, si normal y ordinariamente acaecen así en las reglas de la experiencia.

La «Teoría de la Causalidad Adecuada» —a la cual nos adherimos— es aquella que «...*jerarquiza como*

causa —en orden a determinar el contenido del daño— aquella condición de entre varias que puede conformar un resultado, que regularmente, conforme la regla de experiencia, deviene idónea para producirlo. Vale decir, un determinado efecto será atribuible a determinada causa cuando ésta, acorde a lo que ordinario habitualmente sucede, ostenta propiedad suficiente como para provocarlo...» (Agoglia, 1993).

Aún cuando existieren factores de imputación con prescindencia de factores subjetivos como lo son la culpa y el dolo, se sostiene que efectivamente debe existir nexo causal entre el daño y los hechos dañosos ocasionados como los por ocasionarse. Lo cierto es que subsiste el *principio pro damnato* (Calvo Costa, 2009) que promueve la imputación ya sea por justicia como asimismo por la equidad.

Ahora bien, el daño puede atribuirse a una pluralidad de hechos o condiciones que se encadenan previamente a los efectos de su producción, y ello fué motivo de estudio por parte de diversos autores¹⁶ que trataron de dar explicación lógica para determinar la causa del daño.

No se trata de una abstracción que deba realizar el lector o el operador de derecho, sino mas bien, de juzgar las circunstancias que rodean a la controversia sometida a su conocimiento y si, adoptando un criterio de razonable previsibilidad —con fuente en la experiencia—, se comprueba que los extremos invocados por una de las partes en conflicto poseen correlación de «*daños–hechos*», entonces debe sostenerse que existe un nexo causal.

El estudio del nexo o relación de causalidad tiene como función colaborar en la determinación no solamente de la autoría del daño¹⁷ sino que también permite determinar la extensión o medida del resarcimiento a ser asumido. Para ello, se toma en cuenta el estudio de las consecuencias inmediatas, mediatas, causales y remotas como asimismo las situaciones que pueden o no acarrear la interrupción del nexo causal como:

- El hecho o la culpa de la víctima;
- El hecho del tercero por quien no se debe responder;
- El caso fortuito o fuerza mayor.

Hasta aquí, se abordó el funcionamiento de la responsabilidad civil en general para así con ello, amoldar su

¹⁵ No otra interpretación se le puede dar al art. 113 de la CPE que constitucionaliza la garantía a ser resarcido.

¹⁶ Von Buri (1860), Bacon (S.XVI), la doctrina alemana (Binding y Kohler), Von Bar (1871) y Von Kries (1888) entre otros.

¹⁷ Ya sea por el hecho propio, hecho ajeno o por el hecho de las cosas.

necesaria concatenación con la tipificación (o no) del delito de desobediencia a la autoridad.

Se reitera que, por una parte, evidentemente un delito penal no solo puede generar responsabilidad penal y la persecución por parte del Ministerio Público sino que, por otra parte, puede generar una responsabilidad civil extracontractual (por el hecho ilícito civil) que debe ser resarcido. De allí la importancia de determinar la necesidad de la existencia de un evento dañoso, máxime aún en el delito de desobediencia cuyo bien jurídicamente protegido es la *administración pública*, la *orden* legítima expedida por un *funcionario público y/o autoridad*. Si no hay daño, por ende no hay delito (Ver p.10)

En este contexto:

«... como puede advertirse, el que un acto tenga la apariencia de otro no siempre es malo, dañino ni reprimible. A veces, como en el presente caso, sirve para que el magistrado pueda hacer justicia, y llegue a una solución equitativa...» Ghirardi (2005).

Conclusión razonable a tener en cuenta, porque al final de cuentas es la misma autoridad o funcionario público quien debe merituar si su mandamiento fué o no desobedecido.

Las Escuelas de Derecho Penal

En este acápite me referiré sucintamente al enfoque respecto del delito que asumen las escuelas de derecho penal para fundar precisamente sus «Teorías del Delito» y con ello, se pretende contribuir en una eventual argumentación jurídica para aquellos operadores del derecho que deban interpretar el sentido y alcance de una norma penal ante una subsunción jurídica.

En este sentido, Nuñez (1999) establece una clara diferenciación entre dichas escuelas. Sostiene el autor que antes y a la par de la era de la codificación —como un impulso a su formación y al consiguiente mejoramiento sustancial y formal del derecho penal—, se produjo la tarea de teorización o explicación del derecho penal. Para ello, esas corrientes de opinión, expusieron el derecho penal con arreglo a un sistema estructurado según determinados principios fundamentales, de allí la denominación de «escuelas penales» entre las cuales encontramos:

La Escuela Toscana: Representada por Carmignani (1808, 1832) y Carrara (1859) quienes consideraban al delito como una «transgresión a la ley del estado», por tanto no interesa la conducta del

individuo en tanto y en cuanto dicha conducta transgrede la ley.

La Escuela Positiva: Para la escuela positiva, el delito es un «ente de hecho» no así un «ente jurídico» y, entonces su método ya no es la deducción, sino la inducción experimental. Para Lombroso (1877), Ferri (1884) y Garófalo (1922) el delito no es algo que existe por el mero hecho de existir, sino porque existe una ley que así lo determina. Se trata de un hecho humano y un fenómeno natural que se produce como consecuencia de la convivencia del hombre en sociedad y que, por cierto, perjudica a dicha sociedad.

La Escuela de la Política Criminal: Que tiene su nacimiento y evolución a fin de conciliar las posiciones extremas de las escuelas precedentes a cuyo fin propuso modificar las legislaciones vigentes llevando a la práctica elementos aprovechables de ambas. Así, el delito es un hecho humano y también un fenómeno natural (Escuela Positiva) pero a los efectos de la dogmática penal no se trata de un simple hecho humano sino de aquél en cuanto sea así definido como delito (Escuela Clásica o Toscana).

Principales concepciones teóricas de la acción

Como se puede apreciar las posturas y concepciones son claras en cuanto a las «Teorías del Delito», pero con el transcurso del tiempo se fueron profundizando las concepciones en cuanto a cada uno de los presupuestos del delito en sí. En el caso bajo estudio, esto es en cuanto al delito de desobediencia, asume mucha importancia la determinación de las principales concepciones de la acción¹⁸, en realidad de las diversas concepciones sobre la naturaleza y esencia de la acción.

Lo que acontece es que éste abordaje, en el marco del objeto de investigación, tiene su importancia ya que al momento de tratar la *acción* en el acápite «Tipo Objetivo» (Ver p.5) se hace necesaria la correlación que el lector debe poseer justamente para consolidar una adecuada subsunción jurídica de los hechos acontecidos con el tipo delictivo en

¹⁸ En realidad, respecto de la desobediencia debemos referirnos a la *omisión* como asimismo a la *omisión impropia*.

cuestión, ya sea para fundarlo o ya sea para desmerecerlo.

Anselmino (2008), sostiene que se elaboraron concepciones sobre la naturaleza y esencia de la acción. Entre ellas:

Teoría causal de la acción: Afín al positivismo jurídico de la Escuela Clásica Alemana de Derecho Penal, concibe a la acción como una causación o no evitación voluntaria de un cambio material operado en el mundo exterior, que además es perceptible por los sentidos. En otros términos dice la autora que todo se explica a través de causas y efectos de causas: el *impulso de la voluntad* causa como efecto el movimiento corporal o comportamiento, el que, a su vez, es causa del resultado externo que es su efecto. Es por eso que una acción es un comportamiento corporal voluntario consistente en un hacer (inervación muscular) o en un no hacer u omisión (distensión muscular, inercia) que causa un resultado en el mundo objetivo;

Teoría finalista de la acción: Contrariando la Teoría Causal, ésta sostiene que la voluntad humana sin contenido no es voluntad. Ahora bien, éste contenido final integra la estructura de la acción, por lo tanto, la *finalidad* es la *espinas dorsal* de la acción humana. La dirección final de la acción humana se desarrolla en dos fases. La primera transcurre en la esfera del pensamiento (estructura de la acción en su aspecto subjetivo) y la segunda fase de la acción transcurre en el mundo real (aspecto externo-objetivo de la acción). De aquí, dice Anselmino (2008), que la consecuencia más importante del finalismo —esto es la culpabilidad tradicionalmente concretada en sus especies: el dolo y la culpa (como elementos de la voluntad)— se vacía de contenido y éste pasa a formar parte de la estructura ontológica de la acción (tipicidad);

Teoría social de la acción: Una acción reviste la condición de una acción penalmente relevante cuando se trata de un «comportamiento o conducta (humana) voluntaria en el mundo social exterior». Se habla entonces de tres aspectos: Un comportamiento positivo o negativo del hombre (comisión u omisión); que sea

real y efectivo (o potencialmente) dominado por la voluntad humana y que posea, finalmente relevancia social. Solo así se puede relacionar al sujeto activo con aquel *injusto* de su acción, omisión u omisión impropia y solo así el *dañador* puede ser objeto de un juicio de valor según las consecuencias deseables o indeseables que provoquen en la esfera social.

Como concluye Anselmino (2008), respecto al criterio vertido por la Teoría Social (al cual nos adherimos), el presupuesto definido como *acción* debe ser comprendido conforme a las concepciones, experiencias y costumbres de la propia vida social. Al ser esta valoración estrictamente social, evita que tenga connotaciones jurídicas como las de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, a lo que se agrega, que también se evita un desgaste jurisdiccional innecesario.

Conclusiones

Respondiendo al planteamiento de problema formulado:

1. Si bien el método literal y/o gramatical es válido, no se debe dejar de efectuar una interpretación exegética del tipo delictivo;
2. Se debe determinar sucesivamente la correlación e interdependencia que deben existir desde la determinación del daño ocasionado, para que luego con ello se verifique la emisión de una orden, la actividad delictiva (omisión u omisión impropia) y la punibilidad en el caso concreto;
3. Si faltase la *orden* no se daría una conducta a la que pueda caracterizarse como desobediencia puesto que «... sólo puede desobedecer quien es destinatario de una orden...» (Núñez, 1986);
4. En cuanto al bien jurídicamente protegido se debe tomar en cuenta que la variable *administración pública* es el «continente» y la *función pública* su «contenido».
5. Es sujeto activo quien intencionalmente (dolo directo mediante) desobedece el cumplimiento de una *orden* legítima dada por el Estado en el marco de sus funciones *legislativas, administrativas, gubernativas y jurisdiccionales*, provocando así un daño cierto y de magnitud;
6. Se debe evitar cualquier *error de subsunción*, oportunidad en el cual se cree que una conducta

encuadra en un tipo penal cuando en realidad queda encuadrada en otro distinto o quizás en ninguno; 7. Se protege como bien jurídico el «... *orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado...* » y así con ello se «... *resguarda la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad...* » (Donna, 2001);

8. En principio, es recomendable efectuar una conceptualización negativa, en el sentido que se debe determinar qué es el no acatamiento o desobediencia a aquella orden impartida por un funcionario público o autoridad;

9. Es menester que *una obligación haya sido incumplida* y que a su vez por ello haya generado una *orden* legítima o de un *funcionario público* o de una *autoridad* en ejercicio de sus funciones;

10. Las obligaciones son justamente eso, obligaciones. Sin embargo si estas son incumplidas pueden ser motivo de causa eficiente de una eventual *orden* expedida a través de un *mandamiento*;

11. En sentido estricto, la desobediencia a la autoridad es un tipo delictivo de omisión u omisión impropia. Esto es:

i. Si existe una *orden* para cumplir una obligación *de dar y/o de hacer* y ésta es desobedecida intencionalmente y provoca un daño efectivo, se trata de un delito de *omisión* (Donna, 2001).

ii. Mientras que si se trata de una *orden* para cumplir una obligación *de no hacer* y ésta es desobedecida intencionalmente y provoca un daño efectivo, se trata de un delito de *omisión impropia* (Creus, 1998).

12. La *orden* dirigida a que se cumpla una obligación (de dar, de hacer o de no hacer) debe ser formalizada a través de un *mandamiento* el que a su vez puede ser oral o escrito pero siempre efectuado de manera expresa y directa como asimismo de forma legítima por parte de un funcionario público o autoridad;

13. A los fines del tipo delictivo, esa *orden* debe entenderse como un *mandamiento*, esto es una comunicación existente desde una autoridad o funcionario público hacia el obediente o desobediente (sujeto activo);

14. No debe ser considerada una *orden* la resolución judicial, cualquiera fuere la forma, esto es auto, decreto o sentencia, aunque sí lo deben ser los mandamientos que tienen como fin el cumplimiento de la sentencia se trata de un *mandamiento* (Creus, 1998);

15. Cualquier resolución jurisdiccional, en sí, no implica *per-se* ser una *orden* en el sentido técnico jurídico;

16. «... *Es desobediencia la orden de abandonar el país, pero no lo es la violación de la inhabilitación, ni tampoco la desatención de un agente de tránsito, porque la sanción impuesta para ese caso es una contravención dispuesta por ley especial...* » (Nuñez, 1999);

17. «... *Tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes, es decir que resultan ajenas a tal significación las obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto Derecho Civil...* » (Nuñez, 1999);

18. «... *Una orden (mandamiento escrito o verbal, dado directamente, en el ejercicio legítimo de funciones, aunque no necesariamente de presencia) supone un destinatario o destinatarios determinados...* » (Nuñez, 1999);

19. La inobservancia general al régimen de visitas instituido por la justicia civil (de familia) no es conducta atrapada en la descripción del tipo delictivo desobediencia;

20. Si el incumplimiento de una determinada *orden* tiene previsto una sanción especial o es entendida por la justicia civil o familiar o comercial, no se tipifica el delito en cuestión;

21. En cuanto a destinatario se refiere, la *desobediencia* debe dirigirse al *funcionario público o autoridad* e importa el incumplimiento de una orden, caso contrario no existe tipo delictivo alguno (Soler, 1988);

22. En el marco de régimen de visitas que se incumple la restitución de un menor, se trata de un *mero incumplimiento* al otro progenitor, no así directamente de un delito de desobediencia;

23. Una cosa es la *desobediencia* y otra muy distinta el *mero incumplimiento*;

24. El otro progenitor (al que no se le restituye el menor bajo su guarda) no reviste el carácter de autoridad ni de funcionario público, por ende, no existe delito alguno;

25. Es vital que sean los funcionarios públicos o autoridades (y así también los jueces) quienes deben disponer de los medios conducentes al acatamiento de sus decisiones;

26. *Autor* solo puede ser aquella persona que *desobedeciere una orden*;

27. *Autor* es aquél que es destinatario de una orden;

28. Se trata de un delito específico y «dirigido»;

29. Este tipo delictivo es un «delito de actividad» ya que implica un «desvalor de acción» que el sujeto desarrolla;
30. El *sujeto pasivo* es aquél funcionario o autoridad en cuyas manos se encuentra «... *resguardar la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad*... »;
31. Por su naturaleza ínsita de delito de actividad, de *omisión* u *omisión impropia*, es un delito doloso;
32. El dolo previsto para este delito debe ser directo. Esto es debe existir una conjunción entre el saber, querer y entender por parte del agente;
33. El dolo directo debe ser de primer grado, esto es que el agente puso cognoscitiva como volitivamente en su mente —de antemano— el resultado con su fin perseguido;
34. No se configura el tipo delictivo si «... *al autor del hecho antijurídico le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada*... » (Donna, 2001);
35. Se trata de un *delito instantáneo*;
36. Al ser un delito instantáneo y de actividad, no parece posible la tentativa;
37. No es lógica ni jurídicamente posible atribuir un resultado delictuoso a quien sólo en apariencia lo habría provocado, pero que no estuvo en situación de preverlo ni de evitarlo;
38. Ha de entenderse que la ley penal se refiere a la desobediencia grave y no a la leve, que no desprestigia a la autoridad ni trae daño apreciable (Dayenoff, 2000);
39. El *daño* es un elemento esencial para que surja responsabilidad penal (y por cierto también la civil);
40. Debe tratarse de un daño resarcible (Orgaz, 1967). Esto es:
- i. Que sea cierto;
 - ii. Subsistente;
 - iii. Personal del accionante (en sede civil o actoría civil en sede penal) o del denunciante/querellante o víctima (en sede penal) y
 - iv. Que exista *relación de causalidad adecuada* entre aquél acto ilícito y el daño sufrido.
- description
41. El estudio del nexa o relación de causalidad tiene como función colaborar en la determinación no solamente de la autoría del daño sino que también permite determinar la extensión o medida del resarcimiento a ser asumido;
42. Si no hay daño, no hay delito;

43. Esa orden requerida por el tipo delictivo siempre debe materializarse a través de un *mandamiento* de una autoridad o funcionario;
44. El presupuesto definido como *acción* debe ser comprendido conforme a las concepciones, experiencias y costumbres de la propia vida social. Al ser esta valoración estrictamente social, evita que se tengan connotaciones jurídicas como las de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad y el consecuente desgaste jurisdiccional.

Eventuales investigaciones a realizar

De conformidad a lo expuesto en las conclusiones, no cabe duda alguna que es factible establecer un esquema de defensa y/o de imputación formal a fin que los operadores del derecho efectúen una correcta subsunción de los hechos punibles al tipo delictivo de desobediencia a la autoridad. Sin embargo, es necesario que en las eventuales investigaciones a realizar se deba efectuar un abordaje mucho más dirigido al punto de vista técnico jurídico, así con ello, dilucidar la causa teleológica del delito *desobediencia a la autoridad* y si en efecto debe proteger como *bien jurídico* o a la *función pública* o en su caso a la *administración pública* o a ambos. Así se deja planteado.

Referencias

- AGOLIA, M. M. (1993.) *Responsabilidad por Incumplimiento Contractual* (Hammurabi, Ed.)
- ALTERINI, A. A. (1987.) *Responsabilidad Civil*. Bs.As. (Abeledo Perrot, Ed.).
- ANSELMINO, V.L. (2008.) *El delito de omisión – En particular la comisión por omisión*. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Nro. 69.
- APA (2009.) *Manual of the American Psychological Association*. ISBN 13: 9781433805615. ISBN 10:1433805618.)
Retrieved from:
<http://www.apastyle.org/manual/>.
- BUERES, A. J. (2000.) *Derecho de Daños*. (La Rocca, Ed.) Bs.As, Primera parte.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1992.) *Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Bs.As. (Abeledo Perrot, Ed.)
- CALVO COSTA, C. A. (2009.) *Derecho de Las Obligaciones*. (Hammurabi, Ed.)
- CARMIGNANI, G. (1808.) *Elementa juris criminalis*.

- CARMIGNANI, G. (1831–32.) *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*.
- CARNELUTTI, F. (1950.) *Instituciones del Proceso Civil* (Vol. I). Bs.As.: Ediciones Jurídicas Europa–América.
- CARRARA, F. (1859.) *Programa del curso di diritto criminale*.
- CASSAGNE, J. C. (1987.) *Cuestiones de Derecho Administrativo*. (Depalma, Ed.).
- (1998.) *Derecho administrativo*. (Abeledo Perrot, Ed.).
- CREUS, C. (1992.) *Derecho Penal - Parte General*. (Depalma, Ed.) (Vol. 1).
- (1998.) *Derecho Penal – Parte Especial*. (Astrea, Ed.) (6ta ed., Vol. 2).
- DAYENOFF, D. E. (2000.) *Código Penal. Concordancias. Comentarios. Jurisprudencia. Esquemas de defensa*. (7ma. ed.). (A-Z Editora, Ed.).
- DONNA, E. A. (2001.) *Derecho Penal – Parte Especial*. (Vol. 3). (Rubinzal Culzoni, Ed.).
- DROMI, J. R. (1995.) *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina.
- FONTÁN BALESTRA, C. (1970.) *Tratado de derecho penal*. Tomo VII, p. 169. (Abeledo Perrot, Ed.).
- FRÍAS CABALLERO, J. (1993.) *Teoría del delito*. Buenos Aires, (Hammurabi, Ed.).
- GHIRARDI, J. C. (2005.) *Derecho romano. Temas Doctrinarios - Casos de la Estirpe de los Publio Venator*. (La Ley, Ed.).
- GHIRARDI, O. A. (2007.) *Aproximaciones al control de logicidad*. En: Ghirardi, O. A. (Dir) et al. (2007). Diez Años. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- GORDILLO, A. (2003.) *Tratado de Derecho Administrativo* (8a. ed., Vol. 1). Fundación de Derecho Administrativo.
- HAURIOU, M. (1919.) *Précis de Droit Administratif*. París, 9na. ed.
- LAJE ANAYA, J. & GAVIER, E. A. (1999.) *Notas al código penal argentino: Parte especial*. Córdoba. (Marcos Lerner, Ed.).
- LLAMBÍAS, J. J., & RAFFO BENEGAS, P. J. (2005.) *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones* (Vol. Tomo I). Lexis No.7006/000868 Obligaciones.
- LOMBROSO, C. (1877.) *L'homme criminel*.
- FERRI, E. (1884.) *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.
- GARÓFALO, R. (1922.) *La criminología*.
- MARIENHOFF, M. S. (1992.) *Tratado de derecho administrativo*. (Abeledo Perrot, Ed.).
- MASI, A. (2004.) *Desobediencia a la autoridad*. En: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 8.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. (1985.) *Daño moral y personas jurídicas*. Córdoba, T.4, (Sección comentarios a fallos). (Zeus, Ed.).
- (1993.) *Curso de Obligaciones*. Córdoba. (Advocatus, Ed.).
- MOSSET ITURRASPE, J. (1982.) *Estudios sobre responsabilidad por daños*. (Rubinzal Culzoni, Ed.) (Vol. I)
- NICOLIELLO, N. (2004.) *Diccionario del Latín Jurídico*. (B de F, Ed.).
- NÚÑEZ, R. (1986.) *Manual de derecho penal: parte especial*. (Marcos Lerner, Ed.).
- (1999.) *Manual de Derecho Penal - Parte General* (4a. Actual, Vol. 1). (Marcos Lerner, Ed.).
- ORGAZ, A. (1967.) *El Daño Resarcible*. Córdoba. (Depalma, Ed.).
- OSSORIO, M. (2000.) *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (Heliasta, Ed.).
- PIZARRO, R. D. & VALLESPINOS, C. G. (1999.) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs.As. (Hammurabi, Ed.).
- PURICESCO, G. (1914.) *Desastreintes*. París, p.120.
- RIGHI, E. & FERNÁNDEZ, A. A. (2005.) *Derecho Penal*. Bs.As. (Hammurabi, Ed.).
- ROCCO, A. (2003.) *La sentencia civil. La interpretación de las leyes procesales*. México: Tribunal de Justicia del Distrito Federal.
- (2005.) *La Sentencia Civil*. (1a. ed.). Bs.As. (Valleta Ediciones, Ed.).
- SOLER, S. (1988.) *Derecho Penal Argentino*. (Tea, Ed.).
- TERRAGNI, M. A. (1981.) *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. (Hammurabi, Ed.).
- ZABALA DE GONZALEZ, M. (1997.) *Responsabilidad por Riesgo*. (Hammurabi, Ed.).

©2015. Pedro Barrientos Loayza.

Permission is granted to copy, distribute and/or modify this document under the terms of the GNU Free Documentation License, Version 1.2 or any later version published by the Free Software Foundation; with no Invariant Sections, no Front-Cover Texts, and no Back-Cover Texts. A copy of the license is included in the «[GNU Free Documentation License](#)».

Se otorga permiso para copiar, distribuir o modificar este documento en los términos de la Licencia GNU para Documentación Libre, versión 1.2 o cualquier versión posterior publicada por la Free Software Foundation; sin secciones invariantes, sin textos de la cubierta frontal y sin textos de la cubierta posterior. Una copia completa de la licencia (en inglés) se incluye en «[GNU Free Documentation License](#)».