

Reflexión sobre la penalización por infracciones al aislamiento preventivo y obligatorio, impuesto por los Decretos de Necesidad y Urgencia 297/2020 y ss.

Por Santiago Javier Alemán.¹

VOCES: ARTICULOS 205 Y 239 DEL CÓDIGO PENAL – DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO- INSIGNIFICANCIA PROCESAL- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES- TEORIA DEL DELITO- DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA-.

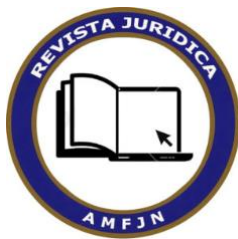
Sumario:

El desarrollo del presente tiene como objeto reflexionar sobre la posibilidad concreta de penalizar las infracciones que prescribe el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020 y sus sucesivas prórrogas, para lo cual, previamente se realizará un riguroso estudio sobre los alcances de las mencionadas disposiciones. Consecuentemente, frente a los tipos penales que exige su traslado por eventuales trasgresiones injustificadas, se elaboraran distintas posibilidades de mérito que posee el magistrado, como así también el Ministerio Público Fiscal para resolver.

Introducción:

Con motivo de la situación epidemiológica mundial y su avance progresivo, el día 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (O.M.S.), declaró el brote del “coronavirus” como una pandemia, en virtud del número de personas infectadas por el virus COVID-19. De igual modo, la propagación de la epidemia prosperó en los distintos continentes, arribando también a nuestro país, situación que provocó que el Gobierno Nacional de la República Argentina, mediante decreto presidencial, amplíe la

¹ Prosecretario administrativo de la Secretaría N°10 del juzgado Federal N°3 de Morón, provincia de Buenos Aires, santiagoaleman@live.com.ar



emergencia nacional en materia sanitaria dispuesta mediante ley N° 27.541 en el mes de diciembre del 2019.

Es así que el señor Presidente, mediante el decreto N° 260/2020 de fecha 12/03/2020, dispuso: *“ARTÍCULO 1°.- EMERGENCIA SANITARIA: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (O.M.S.) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”*.

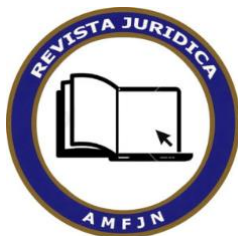
Indistintamente, el devenir epidemiológico empeoró, lo que impulsó al Poder Ejecutivo a ampliar las medidas sanitarias reglamentadas en el decreto 260/2020, disponiéndose, mediante el DNU N° 297/2020, el aislamiento social preventivo y obligatorio desde el día 20 de marzo hasta el día 31 de marzo de 2020, restringiendo así la circulación y el tránsito de las personas, ordenando la prosecución de actuaciones judiciales en relación a los art. 205 y 293 del CP a quienes circulen sin la debida constancia.

En función a ello, las distintas fuerzas policiales, ejecutando labores prevensionales emitidas por la superioridad para acatar lo dispuesto por el decreto en cuestión, notificó a miles de personas en todo el territorio nacional, que circularon sin poseer en ese momento, el permiso habilitante de tránsito en el contexto de la cuarentena obligatoria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, y por ello, se labraron las correspondientes actas de infracción con intervención de los juzgados competentes en cada territorio.

Como consecuencia de ello, los juzgados han visto incrementada la cantidad de expedientes vinculados a las trasgresiones aludidas que, como se verá a lo largo del presente, en términos generales, carecen de respaldo probatorio suficiente para atribuir los tipos penales en trato y, decisivamente, merecen una resolución de mérito.

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020:

La particularidad del mandato consistía en labrar actas a quienes desobedezcan infundadamente la normativa, más precisamente, por la presunta comisión de los delitos previstos y penados por los art. 205 y 239 del CP.

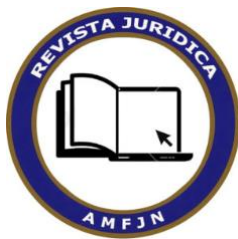


Concretamente, el DNU en su artículo 1º, ordenó: “- *A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.*”

Por su parte, el artículo 2º estableció que “*Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos*”.

Mientras que en su artículo 4 prescribió que “***Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal***”.

Asimismo, se exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, los que se detallaron en el artículo 6º del aludido decreto - como así también los posteriormente incluidos, contemplándose también el deber de asistencia a otras personas y las circunstancias de fuerza mayor que debieran ser atendidas.



Características de las actas policiales:

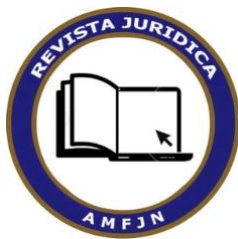
Previo a desentrañar los hechos y las conductas imputadas, es imprescindible considerar la prueba o elementos de convicción que arriban a la sede judicial, ya que algunos a esta altura, son irreproducibles o innecesarios. El análisis del trabajo se relacionará directa y únicamente con estos casos, donde se advirtió traslados injustificados individuales.

Así, es dable señalar que los sumarios policiales y sus actas de inicio, carecen de una descripción pormenorizada de las circunstancias en que los encartados circulaban y lugar concreto donde se dirigían, de modo que tampoco puede descartarse que, aun en la falta de un certificado habilitante, pudiera verse comprendido entre los casos exceptuados de cumplimiento detallados en el art. 6 del Decreto nro. 297/20 y sus sucesivas prórrogas, como ser el deber de asistencia a otra persona, el desplazamiento para abastecimiento de medicamentos y/o alimentos, como así también una situación de fuerza mayor, sumado a que tampoco se realizó medición de temperatura y/o exámenes para determinar si eran portadores del virus.

Pretensión punitiva, peligro abstracto y tipo penal en blanco:

Por ser el DNU 297/2020 y ss., la piedra angular de este trabajo, devine atinente detallar que luego de la reforma constitucional de 1994 se le concedió competencia al Presidente de la Nación para dictar decretos de necesidad y urgencia (DNU), bajo la condición sustantiva de que concurran circunstancias excepcionales que imposibiliten realizar los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes. Así se encuentra reglamentado en el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional.

Detallada la relevancia penal que se les imputa a los infractores, habré de adelantar mi postura con relación a la persecución estatal en las causas cuyas particularidades fueron asentadas en el punto que antecede, siendo de la opinión que -salvo casos concretos y respaldados- no se encontrará configurada la comisión de los delitos, toda vez que las maniobras en cuestión, a mi criterio, no logran superar el juicio de tipicidad objetiva requerido por las figuras, ello por los motivos que de seguido se exponen.



En primer lugar y abocándome al tipo del art. 205, podemos reseñar que la norma en cuestión reprime con pena de prisión de seis meses a dos años a la conducta del quien “...violare medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

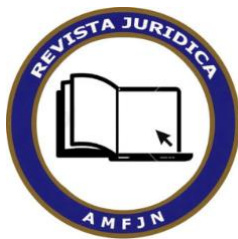
Es menester, resaltar que existe consenso en la doctrina para establecer que el bien jurídico protegido por el art. 205 del CP, resulta ser “la salud pública”, entendida como aquella que abarca la protección de la sociedad frente a las consecuencias que trae aparejada la propagación de una epidemia.

Individualizado el bien jurídico tutelado, debe recordarse que la mencionada normativa penal abarca la categoría de los delitos de “peligro”, que únicamente exigen que el bien jurídico haya sido puesto en riesgo por el objeto de la acción. Es necesario señalar que a su vez existen dos modalidades dentro esta naturaleza, “abstracto” y “concreto”.

La diferencia entre ellos, radica en que en los primeros la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro, con entidad suficiente y conectada con la acción, “concretado”, mientras que en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una conducta aparece como una **cualidad inherente a la acción**, sin tener que acreditar la producción fehaciente de un peligro, es decir, lo que está prohibido y penado son determinadas conductas, descriptas como peligrosas por sí mismas.

Esta especial categoría, se creó con la finalidad de prevenir riesgos y garantizar la seguridad, más que sancionar la infracción de un bien jurídico protegido, circunstancia que ocasionó el nacimiento de posturas disímiles o contrarias, en relación con la legitimación que le incumbe a esta categoría de peligro -que no precisaré en este ensayo-. De todos modos, realizaré una distinción entre distintos tipos penales plasmados en el Código Penal, que revisten la misma calidad abstracta, lo cual permitirá arrojará claridad a mi entendimiento.

Siendo así, debemos realizar una importante diferenciación con otros tipos que revisten la misma disposición. A modo de ejemplo, podemos reseñar los distintos



encuadres de la ley de estupefacientes N°23.737, que también resultan ser delitos de peligro abstracto, pero con una incisiva diferenciación que no puede desatenderse en relación con el delito del art. 205 del CP, cuyo examen resulta ser la columna vertebral de la pretensión punitiva estatal. Este especial elemento valorativo se encuentra vinculado por la posesión y/o tenencia fehaciente de sustancias estupefacientes (tenencia, acopio, transporte, entre otros), **manteniendo el dominio total sobre esa fuente generadora de peligro y riesgo para la sociedad**. Similar encuadre podría configurarse sobre la tenencia de un arma de guerra sin la debida autorización, siendo el imputado **tenedor** de un instrumento generador de riesgo.

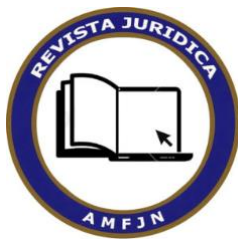
Estas relevantes características, no podrían observarse análogas con los procedimientos que se examinan por presuntas infracciones al art. 205, ya que no se sabe a ciencia cierta si los imputados eran portadores de COVID19.

En tal estado de las cosas, en el caso hipotético de no contar con la autorización legal pertinente y/o no encontrarse exceptuado, si bien trasgrede el DNU, la falta de verificación/constatación de que los justiciables sean portadores de COVID-19 y la falta de conexión suficiente entre el hecho y la potencialidad dañosa al bien jurídico, torna los desplazamientos como insignificante. Sobre tal postura, debe sostenerse que el criterio de insignificancia procesal reposa sustancialmente en convertir la conducta en atípica.

A esta atipicidad, se arriba por el principio *minimis non curat praetor*, que básicamente exige que se supere el umbral mínimo de afectación al bien jurídico o bien una significativa posibilidad de lesión para que la conducta pueda ser considerada.

En consonancia con ello, la doctrina ha señalado que la aplicación del principio de insignificancia se respalda en casos de “afectación insignificante del bien jurídico” que resultan atípicos por carecer de lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva o en casos que la aplicación del poder punitivo revelaría una irracionalidad manifiesta².

² Zaffaroni - Alagia - Slokar, “*Derecho Penal Parte General*”. op. cit., p. 471.

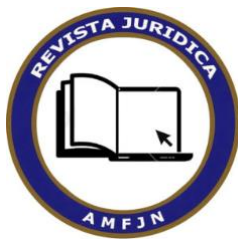


Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, tiene dicho que *“desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante resultaría, por ende, atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de última ratio del derecho penal”*³.

No puede soslayarse que la aplicación de la norma penal, no opera de forma mecánica y rígida, sino que es el juez quien, sana crítica mediante, debe hermenéuticamente interpretar el digesto con los correspondientes principios constitucionales, entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad y razonabilidad, que deben regir entre la lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos y la punición que se implementará como consecuencia de ella, máxime si se desentraña un delito de prisión. Amparándose en tales principios se impone la interpretación conjunta con el principio de insignificancia procesal en cuanto limitador del aparato punitivo en un Estado de derecho, en tanto que, cuando la afectación o peligro hipotético a un bien jurídico es mínimo, ninguna reacción de carácter penal puede presentarse como razonable y proporcional. Por ello, un juego armónico de los presupuestos que se desprenden impide que aquellas lesiones de carácter insignificante puedan considerarse como lesiones jurídicamente relevantes.

En efecto, la inteligencia de lo señalado se traduce en que si bien prima facie, podría darse los presupuestos para que el caso sea llevado ante un tribunal - acción, típica, antijurídica y culpable-, una correcta interpretación de los principios que rigen al sistema penal y la carta magna, permiten realizar un análisis especializado para desvincular al imputado del proceso. Tal, es el ejemplo del imputado que se apodera ilegítimamente de un fósforo ajeno para encender un cigarrillo, toda vez que resultaría irrazonable, desproporcionada y a su vez, insignificante en relación con la afectación del bien jurídico protegido por tal delito (la propiedad), aplicar la sanción automática del art. 164 del CP (prisión de un mes a seis años), manteniendo sistemáticamente todas las instancias procesales (Instrucción, Cámara de Apelaciones, Tribunal Oral).

³ CNAC, Sala VI, causa n° 25.041, “Bargas” -rta. 05/11/2004.



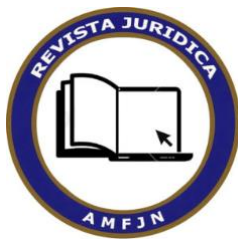
Ahora bien, sobre este concepto de insignificancia, recientemente se ha pronunciado la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Córdoba, por lo que habré de subrayar sus notas distintivas y mi contraposición.

Se trata de un caso en el que el conductor de una motocicleta no pudo justificar a donde se trasladaba, sin contar con permiso emitido por la autoridad. Concretamente, puntualizó que *“(...) considero que la conducta desplegada por Ledesma resulta merecedora de reproche penal por haber puesto potencialmente en riesgo, con su incumplimiento, la salud en general de todos los ciudadanos y por tanto el bien jurídico protegido salud pública. Vale agregar que estamos frente a un delito de peligro abstracto, es decir, que no resulta necesario un resultado ni un peligro efectivo de propagación de la pandemia sino que basta con que el imputado incumpla la prohibición para que se configure el tipo penal bajo análisis. (...) Sin perjuicio de lo expuesto, considero que resulta procedente en el presente, la aplicación de alguna de las medidas alternativas de resolución de conflictos, en atención a los parámetros establecidos en el art. 22 del CPPF, que deberá disponer el Juez Federal de primera instancia, según lo considere más conveniente y razonable, con fundamentos y motivación suficiente”*⁴.

Como dijimos anteriormente, en los delitos de peligro abstracto, el legislador para prevenir ciertas conductas peligrosas en sí mismas, creó y detalló en la construcción de cada normativa, las circunstancias “peligrosas” para el resto de la sociedad, que por su especialidad abstracta el bien jurídico no se ve afectado o trasgredido, sino que justamente se caracteriza por ser peligrosa en sí misma, pero que de todos modos el juez siempre debe evaluar para encuadrar el delito en la figura específica, acreditar la faz objetiva y subjetiva e incluso agravarla o atenuarla, recordando que la carga probatoria reposa en manos del poder estatal.

Escaparse de la fundamentación que igualmente merecen los delitos de peligro abstracto en este delito particular sería un error punzante ya que además resulta ser de los denominados **“tipos penales en blanco”**, donde el núcleo típico sería el art.

⁴ Cámara Federal de Córdoba, causa FCB 5698/2020/CA1, 20 de mayo de 2021.



205, pero necesita completarse o detallarse con disposiciones emanadas por autoridad competente para conocer en qué casos será atribuible el delito a una persona determinada, en este caso el DNU. En este punto es que debemos posicionarnos, tratándose de un **delito de peligro abstracto y en blanco**, donde la taxatividad de la prohibición en definitiva no se encuentra correctamente determinada en ningún lado, limitándose únicamente a distinguir entre la posesión de un permiso o no.

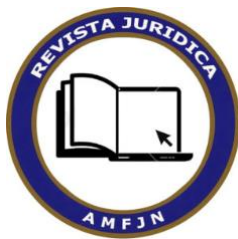
Como sabemos, la relación entre derecho penal y el derecho constitucional, al igual que con las restantes ramas del derecho, es de subordinación en virtud del principio de supremacía. Por tal motivo, la pretensión punitiva estatal no es incondicionada, sino que se encuentra sujeta a estrictos límites supremos, que siempre deben prevalecer.

Zaffaroni⁵ explica que los principios limitadores son el medio por el cual el derecho penal delimita su función, y son esos principios sobre los cuales debe erigirse el sistema penal, de tal manera que su funcionamiento no sea contradictorio con su oficio.

Dentro de los principios limitadores del derecho penal encontramos aquellos que derivan del principio de legalidad, donde precisamente se sitúan el principio de legalidad formal, el de irretroactividad de la ley penal, y el de máxima **taxatividad legal e interpretativa**. Las garantías constitucionales en el derecho penal son estos principios plasmados en la Constitución y sin perjuicio de que el principio de taxatividad, no se encuentra directamente consagrado como garantía en la ley fundamental, es admitido por la doctrina como complementario de las demás y esencial para que el proceso penal sea compatible con la carta magna.

Con esto quiero resaltar que el problema se halla atravesado por esa falta de taxatividad imprescindible para que una conducta abstracta se encuentre definida, esto es su arquitectura precisa y la falta de esta observación, implicaría resolver de la misma forma las variadas formas en que se pudo infringir el mandato.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal; Ediar (2005).



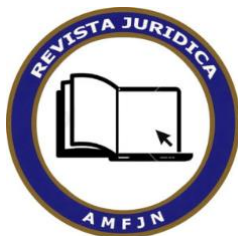
A mi modo de ver, en términos generales el tipo penal del art. 205 del CP, resulta ser de peligro abstracto, pero por no encontrarse detallado correctamente las modalidades que por sí mismas contienen entidad riesgosa, corresponde al juez verificarlo en cada hecho, puesto que una persona que se traslada en su auto sola, aún sin poder corroborar a donde se dirigía, verdaderamente no podría superar el umbral de tipicidad necesario, mientras que la situación de una persona conduciendo una motocicleta sin autorización, con destino a una fiesta clandestina, la conexión entre el riesgo y la acción sobresale por sí sola para ser encuadrado como delito abstracto.

Roxin, distinguió diferentes categorías de tipos penales abstractos, remarcando una característica que arroja luz a la exploración que se desarrolla en el presente, sosteniendo específicamente que existen los delitos de aptitud abstracta, categoría que atribuye a Sschroder, donde deben darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, y que **han de ser determinados mediante interpretación judicial**⁶.

Con relación a las medidas para la solución de conflictos que exige imponer el tribunal de apelaciones cordobés, es importante sostener que si bien el art. 22 del CPPF se encuentra vigente, las soluciones a las que se refiere el dispositivo se encuentran concretamente reglamentadas en el art. 30 y ss. del CPPF, que componen reglas de disponibilidad de la acción, entre las que se encuentra: criterios de oportunidad, conversión de la acción, conciliación y suspensión del proceso a prueba, articulado que no fue habilitado por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, para todo el territorio nacional, y la implementación completa del código adversarial únicamente se encuentra en curso en las provincias de Jujuy y Salta.

Respecto a las reglas de disponibilidad que prescribe el art. 30 del CPPF, en el Código Levene solo podemos encontrar la conciliación y la suspensión del juicio a prueba, sobre los que corresponde explayarse.

⁶ ROXIN, Claus, "Derecho Penal -Parte General", ed. Thompson -Civitas, Madrid, 1999, p.411, la negrita me pertenece.



La conciliación en el mencionado digesto está exclusivamente prevista para delitos patrimoniales, que no habilitaría por tal motivo su aplicación en las circunstancias bajo examen, pero además porque no existe nadie con quien conciliar, tratamiento diferente se realizará sobre la suspensión.

Suspensión del juicio a prueba (probation):

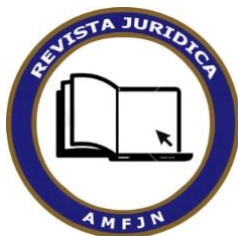
La suspensión del juicio a prueba opera en el Código Levene como un criterio de oportunidad, siendo una posibilidad para el imputado por la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, solicitarla en función del art. 76 bis, párrafo 1° del CP.

Este instituto cuya aplicación habría de efectuarse en un momento ulterior, pero también en la etapa de instrucción, representaría arribar a los mismos resultados pero luego de una serie de actos jurisdiccionales consecuentes, tales como indagatoria, procesamiento, etc., que aunado a las especiales características de los casos analizados, donde la tipicidad se ve claramente desplazada, denotaría una precaria administración de justicia, que aplicando la rigidez procesal podría eventualmente culminar en la suspensión del juicio, extinguiéndose la acción penal (arts. 59, inc. 7°, 76 ter. párrafo 4° del CP) en tanto se hubiese cumplimentado la probation en el correspondiente plazo. Circunstancias que ni siquiera habría de arribar si se hiciera un verdadero juicio de valor sobre la tipicidad de la conducta, pues no se puede suspender la acción si es atípica.

La jurisprudencia señaló al respecto que las exigencias de procedencia de la suspensión del juicio a prueba establecidas por el art. 76 bis del CP presuponen -entre otros requisitos- la tipicidad del hecho por el cual se petitiona la probation. Por ende, si no hay delito, ningún sentido reviste examinar los restantes recaudos de ley y corresponde, sin más, sobreseer al imputado⁷.

Criterio de oportunidad:

⁷ CAC, 2° Nom. Córdoba, “Alfonso, Griselda Rosela y otro p.ss.aa. desobediencia a la autoridad continuada”, SAC n° 1963272, 2/12/15.



El art. 30 del CPPF, que contiene las reglas de disposición de la acción no se encuentran vigentes por el simple motivo de encontrarse todavía en utilidad el código Levene en la mayoría de las provincias. Tal digesto, se rige por el principio de legalidad procesal que impide salvo casos excepcionales, al Ministerio Público Fiscal abandonar la pretensión penal del estado o, dicho de otra forma, la disponibilidad de la acción.

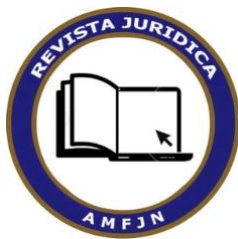
Cabe puntualizar que la legalidad procesal, se refiere a la persecución penal obligatoria de los delitos de acción pública, que difiere de la garantía constitucional del art. 18, denominada “legalidad penal”, que se reseña a la necesidad de una ley previa al hecho.

Entonces, en armonía con lo sustentado, el principio de legalidad procesal implica la automática e inevitable reacción del estado, a través de sus órganos correspondientes, que frente a la hipótesis de comisión de un delito se exija frente a la jurisdicción el inicio de una pesquisa.

Con excepción a este principio procesal, se halla el principio de oportunidad, concebido como un criterio instrumental para aplicar una mejor administración de justicia, cuya facultad trascendental radica en la posibilidad que le asiste al Sr. Fiscal para disponer de su ejercicio, bajo determinadas condiciones específicas y con total independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra una persona concreta.

En concordancia con lo aventurado, Julio Mayer, explica que el principio de oportunidad es la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, temporal o definitivamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales⁸. Justamente este principio de oportunidad es una de las grandes diferencias que existe entre el CPPN y el CPPF, en tanto el código Levene no contenía una enumeración legal

⁸ MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal” I. fundamentos, cit., p. 836



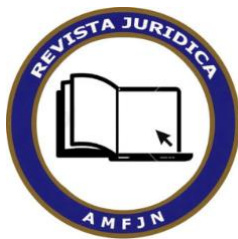
de los criterios de oportunidad, en contraposición, el nuevo digesto si los prevé de forma taxativa en su art. 31, instaurando que *“Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público (...)”*. Por su parte, el artículo 32 regula los efectos del eventual desistimiento de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad, estableciendo que *“permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide”*.

De todos modos, el Código Levene contiene asistemáticamente algunos criterios de oportunidad, trayéndose a la superficie la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del CP) y el juicio abreviado (art. 431 bis del CPPN). Es decir, los tiene, pero de forma dispersa que además eran complementados con citas jurisprudenciales y doctrinales.

Siendo así y encontrándose vigente hasta el momento el CPPN, habrá que atenerse a las reglamentaciones allí establecidas, dejándose de lado el criterio de oportunidad que prevé la reforma del sistema acusatorio. En esa sintonía, corresponde precisar que al señor Fiscal le corresponde poner en marcha la jurisdicción en virtud de lo prescripto por el art. 120 de nuestra ley fundamental, pero **por encontrarse todavía rigiendo el sistema mixto del CPPN y haberse iniciado las actuaciones por una prevención, va a ser el juez el que inicie el proceso con noticia fiscal**, situación que será radicalmente diferente con el nuevo digesto adversarial, toda vez que la prevención evacuará la consulta con el Fiscal de turno y luego remitirá el sumario a la misma sede, quien podrá evaluar la disponibilidad de la acción, ejerciendo el Juez función de garantías.

Archivo por imperio del art. 195 del C.P.P.N:

Se han advertido resolutorios adoptando el temperamento del art. 195, segundo párrafo del C.P.P.N, invocando que no existirían probanzas para establecer peligro alguno a la sociedad por presuntos desplazamientos sin justificación habilitante.

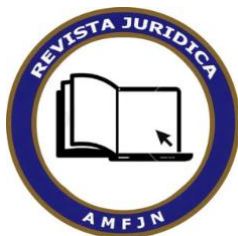


En sintonía con lo expresado, corresponde recordar que en estos casos las personas que no contaban con la correspondiente autorización para desplazarse, se les labró las actas policiales y se los notificó de ello, encontrándose imputados en las causas con motivo de una prevención, que por imposibilidad operatoria no contó con la debida prueba o examen para conocer si portaban el virus, que al día de la fecha y por el transcurso del tiempo no tienen relevancia. Ante lo expresado, no puede pasarse por alto que archivo no causa estado, ocasionado un perjuicio para el encartado que se ve obligado a esperar la prescripción de los actuados (2 años), soportando la inactividad por parte de la sede judicial.

Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, al señalar que *“Ahora bien, tiene dicho el tribunal que si hay personas imputadas de la comisión de un delito -como es el caso de autos no procede el archivo o reserva de la causa, sino resolver su situación procesal conforme alguna de las hipótesis que establece la ley (...), pues de lo contrario, se estaría reeditando el antiguo sobreseimiento provisional previsto en la anterior legislación procesal. En consecuencia y considerando que la decisión impugnada encuentra fundamento en el dictamen fiscal de (fs. ...), en el cual la titular de la acción pública solicita el archivo por inexistencia de delito (art. 195, segundo párrafo, CPPN), ambos actos procesales - dictamen y resolución- no resultan una derivación razonada del derecho vigente aplicable al caso, por lo que corresponde declarar su nulidad (art. 123, CPPN), a efectos de que el Sr. fiscal y el Sr. juez a quo ajusten sus decisiones a la normativa procesal vigente”*⁹.

En tal orientación, entiendo que cuando una persona se encuentra imputada, notificada y con el impulso requerido -prevención policial o requerimiento fiscal- existen dos alternativas conducentes, una proseguir con la pesquisa a los fines de arribar a una solución de mérito, y la restante, ante la imposibilidad de producir las

⁹ CNCC, Sala I, c. 56811/15, YACOBUCCI, Ana Cristina María s/ Archivo -denegatoria de ser querellante. Rta.: 05/02/20.



pruebas que acrediten la materialidad ilícita, desvincular definitivamente a las personas que se vieron sujetas a la persecución penal, dictando su sobreseimiento.

Así, se ha expedido la jurisprudencia, remarcando que *“El sobreseimiento no sólo procede frente a la certeza negativa acerca de la participación de los imputados en la comisión de un delito, sino también cuando se considerase agotada la investigación y de la evaluación de los elementos de prueba colectados en el proceso, con adecuado respeto de las reglas de la sana crítica racional, se concluya en la falta de pruebas sobre los extremos de la imputación delictiva (...)”*¹⁰.

En cuanto a la inactividad de instancia judicial por el archivo, en donde fácticamente se alude a la imposibilidad de reunir probanzas de convicción para tener por acreditado el tipo objetivo de las conductas endilgadas, no puede soslayarse que el art. 18 de nuestra carta magna impone el derecho que tiene un imputado de obtener un pronunciamiento sin demoras, como así también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional, que en su art. 14, dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho *“a ser juzgada sin dilaciones indebidas”*¹¹.

La Corte suprema de Justicia de la Nación, expresó en esa línea argumental que *“debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la CN, el derecho de todo imputado a obtener (...) un pronunciamiento que (...) ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”*¹².

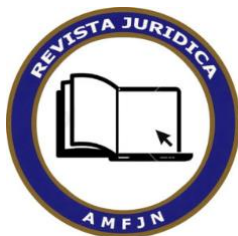
Además, el archivo de la causa no inhabilita la posibilidad de efectuar un planteo de sobreseimiento en la causa, circunstancia que forzará la realización de un doble pronunciamiento sobre los mismos hechos y pruebas, existiendo así un claro dispendio jurisdiccional.

Artículo 239 del C.P:

¹⁰ CNCP, Sala IV, *“Liendo Roca, Arturo Eduardo y otro s/recurso de casación”*. 28 de febrero de 2007.

¹¹ Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, inc. 3º, ap. C.

¹² CSJN, causa *“Mattei”* fallo 272:188



En cuanto al art. 239 del C.P, corresponde señalar que el mismo establece que “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”¹³.

Cabe destacar, que su bien jurídico tutelado es la libertad de acción de la autoridad durante el ejercicio de su desempeño funcional, por tanto, la situación típica de esta normativa requiere para su configuración, cometer el delito por acción u omisión al mandato emitido por la autoridad, esto es una “orden” verbal o escrita impartida legítimamente por un funcionario público.

Empero, dicha orden no puede tener un carácter general, sino que debe ser dirigida a una persona determinada, que conozca fehacientemente su contenido y punibilidad, circunstancia que, en los casos puntuales difícilmente pueda comprobarse.

Así, lo ha sostenido Carlos Creus invocando que “(...) *tampoco es orden la disposición de carácter general dispuesta por la autoridad, mientras no se actualice a través de la imposición a una persona determinada*”¹⁴.

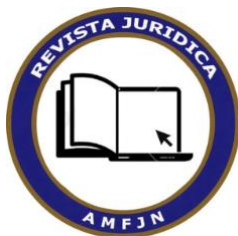
Criterio que coincide con Buompadre¹⁵, al señalar que el delito de desobediencia no se configura, ya que este delito está previsto para otro supuesto, el de una orden individualizada (por ejemplo, una sentencia judicial), y no para una generalidad de personas sin individualización alguna.

De todos modos, debe puntualizarse que el tipo normativo de este articulado no contiene el mismo significado que el art. 205, sino que se relaciona con el procedimiento policial, acatando o resistiéndose a las ordenes policiales respaldadas por el art. 4 del DNU 297/2020, circunstancias que ameritan la imputación de este delito únicamente en esos casos.

¹³ C.P. art. 239

¹⁴ CREUS, Carlos. “Derecho Penal Parte Especial” Tomo II, Óp. Cit. p.223.

¹⁵ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Reflexiones de derecho penal en tiempo de coronavirus. violación de la cuarentena y otras medidas.”, Pensamiento Penal, Edición digital, link [doctrina48653.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48653) ([pensamientopenal.com.ar](https://www.pensamientopenal.com.ar))



Entender este delito en el mismo sentido que el artículo 205, además de resultar erróneo, conllevaría a realizar un concurso aparente por consunción, en cuanto el tipo penal del art. 205 del C.P, absorbería el espacio típico del art. 239, que además constituye una penalidad más gravosa, consumiendo la escala penal y el injusto de la disposición, contexto que demuestra que de todos modos se arribaría a los mismos resultados, la penalización del art. 205.

Como se dijo párrafos anteriores, resultan ser conductas escindibles, una relacionada al decreto y otra al procedimiento policial, que en caso de concretarse ambas conductas implicará un concurso real entre ambos.

Con basamento en las consideraciones expuestas a lo largo de todo el trabajo, entiendo que corresponde en los casos equivalentes a los desentrañados, adoptar un decisorio jurisdiccional de oficio, aún sin que se haya recibido declaración indagatoria¹⁶, decretando el sobreseimiento de los encausados de conformidad con lo sustentado por el art. 336, inc. 3 del CPPN, por no encuadrar el hecho pesquisado en una figura legal.

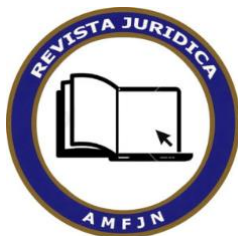
Esta iniciativa judicial de oficio se respalda tanto con el código vigente, como con la reforma adversarial, en atención a la función de garantía que revisten los jueces en el desarrollo de la causa. Acorde con el art. 334 del CPPN que señala “*El juez, en cualquier estado de la instrucción podrá dictar el sobreseimiento, total o parcial, de oficio, o a pedido de parte (...)*”¹⁷.

Esta consideración del sobreseimiento como garantía, fue compartido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estimó que, por tratarse el sometimiento a proceso de una restricción de la libertad, el sobreseimiento es un instrumento procesal dispuesto para subsanar tal situación, restando para el Ministerio Fiscal y para el acusador privado, la posibilidad de apelar el decisorio¹⁸.

¹⁶ CNCCF, Sala II, “*Aulicino Lasalvia Juan s/inf. art. 44 de la ley 17.531*”.

¹⁷ CPPN, art. 334.

¹⁸ CSJN, causa “*Mattei*” fallo 272:188



Conclusiones:

En esta ocasión, me aboqué al análisis de hechos sumamente actuales, que continúan impactando en la funcionalidad de los distintos Juzgados Federales Penales del país, frente a la urgente y relevante situación que se atraviesa. La justicia ha desplegado sus funciones laborales de forma continuada y sin horario, para evacuar en primer lugar todas las consultas preventoras que realizan las fuerzas preventoras en el trascendental contexto, de modo de asegurar la legalidad y procedencia de lo actuado en cada caso específico y, en segundo lugar, dar curso inmediato a cada sumario y resolver las situaciones procesales.

Deviene necesario, dejar en claro que comparto el espíritu que conllevó la acción presidencial inherente al DNU 297/2020 y ss., -sin perjuicio de contrariar algunos articulados que exceden este trabajo- encontrándose sumamente razonable ante un impacto epidemiológico sin precedentes a nivel mundial que imposibilitaba regirse por los canales legales para que el Congreso Nacional cimente, debata y oportunamente dicte una ley para proteger la salud colectiva y evitar o disminuir la propagación del virus.

No obstante ello, el traslado que efectúa el DNU 297/2020 en su art. 4, a los art. 205 y 293 del CP, su análisis nos exhorta a realizar un examen de interpretación profundo, ya que el primero de los articulados reviste calidad de peligro abstracto en blanco, pero a su vez, cuando nos remitimos al decreto en cuestión lo cierto es que no se observa una construcción o estructura delictual idónea, situación que en última instancia debe interpretar el poder judicial para resolver fundadamente si la presunta entidad dañosa de los desplazamientos injustificados alcanzarían el umbral de tipicidad.

Finalmente, es dable dejar en claro que el abordaje del presente no es más que una reflexión personal sobre la penalización por las infracciones aludidas, brindando mi opinión sobre las sentencias de mérito que a mi criterio sería más atinente decretar, en los casos con semejanzas procedimentales.