

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-05431327-0/1((018501-34514))

F. C/ ROZAS DOMINGUEZ ESTEBAN NICOLAS P/ INFRACCION AL
ART. 205 CP (34514/20) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los veintidós días del mes de abril del año dos mil veintidós, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-05431327-0/1** caratulada “**F. c/ ESTEBAN NICOLÁS ROZAS DOMÍNGUEZ P/ INFRACCIÓN AL ART. 205 CP (34514/20) s/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **Dr. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **Dr. MARIO D. ADARO** y tercero **Dr. PEDRO J. LLORENTE**.

La fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional plantea recurso de casación contra la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos n° P-34.514/20, por cuanto resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 4 del decreto de necesidad y urgencia n° 297/20 (DNU 297/20) emitido por el Poder Ejecutivo Nacional y, en función de ello, no homologó el acuerdo de juicio abreviado que le había sido llevado por las partes y sobreseyó a Esteban Nicolás Rozas Domínguez del delito de infracción al art. 205 del CP (violación de medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El sobreseimiento dispuesto se basó en el art. 353, inc. 2 del CPP, por considerar que el hecho cometido no encuadraba en la figura penal acusada. En lo aquí pertinente debe señalarse que la jueza de la instancia anterior señaló que «[...] [e]l artículo 99 de la Constitución Nacional regula las atribuciones del Poder Ejecutivo. En el inciso tercero, el artículo 99 dispone que el Presidente de la Nación participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar. Agrega la misma norma: “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo”. Y finalmente, dice la norma que he citado -es decir, el inciso 3 del art. 99 de la CN- “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, el Presidente de la Nación podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos juntamente con el Jefe de Gabinete de ministros”. Así las cosas, es necesario recordar qué dice nuestra Constitución al respecto: la misma atribuye al Poder Legislativo el dictado del Código Penal, art. 75 inc. 12, y prohíbe al Poder Ejecutivo Nacional emitir disposiciones de carácter legislativo. El Poder Ejecutivo puede dictar decretos de necesidad y urgencia solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes y no se tratara de normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos. Es decir, que el Presidente de la Nación si bien tiene

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

facultades para emitir un decreto de necesidad y urgencia, ese decreto de necesidad y urgencia jamás puede disponer legislativamente en materia penal».

«Se entiende entonces que la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia tiene un límite. Ello es la prohibición de legislar en materia penal. Ningún decreto de necesidad y urgencia puede describir conductas que tipifiquen delitos. Esto es una delegación no permitida ya que ni siquiera entra en los supuestos del artículo 76 de la Constitución, que sólo habla de materias de administración o de emergencia pública, y con plazo fijado para el ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca».

«El artículo 205 del CP es una ley penal en blanco en tanto remite para la configuración del tipo penal a otras leyes. Soler ha definido a las leyes penales en blanco como aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda definida con exactitud invariable la sanción. El precepto debe ser ordinariamente llenado con otra disposición legal o por decretos o reglamentos a los cuales remite la ley penal. En igual sentido se ha expedido la mayoría de la doctrina. Pero ¿dónde está el punto que nosotros tenemos que ver? Que no podemos soslayar que el art. 99 inc. 3 fue sancionado con la reforma de 1994, por lo tanto el art. 205 del Código Penal queda sujeto a la nueva Constitución por el principio de prelación de la ley superior, en este caso la Carta Magna de la Nación Argentina».

«Es importante aclarar que no se desconoce la facultad del señor Presidente de la Nación para emitir decretos de necesidad y urgencia que restrinjan derechos y garantías en orden a una situación sanitaria excepcional como lo es la pandemia por covid 19. Sino que lo que se cuestiona contrario a la Constitución Nacional es que el incumplimiento de las restricciones genera una conducta delictiva tipificada en el Código Penal, toda vez que -como lo exige el principio de legalidad, art. 18 de la CN- las conductas que tipifiquen delitos solo

pueden tener su origen en una ley general de la Nación emitida por el Congreso Nacional de conformidad a los mecanismos constitucionales establecidos en el art. 77 a 84 de la CN».

«En el caso que nos ocupa estamos ante una situación expresamente contemplada en la CN, esto es, que un decreto de necesidad y urgencia no puede legislar en materia penal. Por lo que la remisión al art. 205 y 239 del CP que hace el decreto 299/20 del Poder Ejecutivo Nacional y los posteriores DNU por inobservancia de las normas restrictivas de derechos y garantías por razones de salud pública, es inconstitucional».

«Por último, nos encontramos frente a una doble imposición penal, circunstancia inadmisibles en un Estado de derecho. El decreto de necesidad y urgencia n° 408/20, en el artículo 3 reconoce a los gobernadores de provincia la facultad de establecer excepciones a las normas de aislamiento social bajo determinadas circunstancias. El decreto provincial 563/20 que menciona la señora Fiscal en la acusación, en el art. 4 establece que los ciudadanos de Mendoza podrán salir por el plazo de 1 hora y a una distancia de 500 mts. de su domicilio. Este es el decreto que regía al momento de la aprehensión del señor Rozas Domínguez. Es decir que ya el Poder Ejecutivo nacional había delegado en los gobernadores de provincia la posibilidad de flexibilizar la restricción de derechos y garantías constitucionales de acuerdo a la situación de cada Provincia, y el señor Gobernador de la provincia de Mendoza, en ese decreto 563/20, permite a los ciudadanos salir aproximadamente a unos 500 mts. de su domicilio por el término de 1 hora».

«Efectivamente, el art. 6 de esta disposición de la Provincia indica que el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° importa la aplicación de una multa. Y el protocolo anexo al decreto determina que las salidas serán en diferentes días según la terminación del número de DNI. Por lo tanto, efectivamente, el señor Rozas Domínguez el 1° de mayo, teniendo en cuenta el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

número de DNI que ha sido consignado en el pedido del MPF de esta audiencia, ese día que era viernes no podía salir de su domicilio».

«Ahora bien, la imposición de dos sanciones penales, o de dos sanciones, resulta ilegal cuando se trata del mismo hecho regulado en dos normativas emitidas por distintas autoridades. Es decir, que por un lado tenemos el decreto del Poder Ejecutivo Nacional que remite al 205 del CP, y por otra parte tenemos que el incumplimiento a las medidas de distanciamiento social obligatorio que ya regían en la Provincia con delegación al Gobernador de la Provincia, estaban sancionadas con multa».

«Por tal caso, lo que deberá aplicarse es la sanción más benigna, que en el caso que nos ocupa es la multa. En razón de lo expuesto, voy a resolver: 1° Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20 del Poder Ejecutivo Nacional, de conformidad a lo establecido por el art. 99 inc. 3° de la CN y el art. 18 del mismo cuerpo legal; 2° No homologar el convenio de juicio abreviado; 3° Sobreseer a Esteban Nicolás Rozas Domínguez, ya filiado, del delito de infracción al art. 205 del CP en virtud de lo dispuesto por el art. 353 inc. 2° del CPP, en función con el art. 99 inc. 3° de la CN; 4° Ordenar la inmediata libertad de Esteban Nicolás Rozas Domínguez; 5° Firme la presente, emitir las comunicaciones a los organismos que correspondiere para que tomen debida nota; 6° Dejar constancia de que las partes y el señor Rozas se notifican de la sentencia de sobreseimiento n° 6680 dictada en el día de la fecha 24/08/2020 mediante audiencia virtual» -constancias audiovisuales del 24/08/2020, min. 12:05 a 22:58-.

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal plantea recurso de casación contra la decisión del Juzgado Penal Colegiado antes individualizada a tenor del art. 474 del CPP.

En primer lugar, y en punto a la procedencia formal de la impugnación, explica que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2 las decisiones planteadas en el marco del proceso correccional no son susceptibles de ser revisadas mediante recurso de apelación (conf. «Ortega», caso n° 102.060/18). Agrega que, en tanto en este caso la decisión impugnada implica la declaración de inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 294/2020 y el sobreseimiento del acusado, resulta procedente el recurso de casación.

En cuanto al fondo de la cuestión, brinda argumentos para criticar la declaración de inconstitucionalidad realizada. Señala que en el caso de autos el principio de legalidad fue salvaguardado puesto que el art. 205 del CP es ley escrita, cierta, estricta y previa. Explica que la Constitución Nacional atribuye al Poder Legislativo el dictado del Código Penal, de donde emana el delito tipificado en el art. 205. A su vez, la Constitución Nacional prevé que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de necesidad y urgencia cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes y no se tratara de normas que regulen materia penal, tributaria, de partidos políticos o régimen electoral.

En cuanto a las leyes penales en blanco, afirma que la norma primaria que contiene el núcleo de ilicitud y la pena debe tener origen legislativo, y puede ser complementada con normas de origen administrativo. En este sentido, el art. 205 del CP incluye como núcleo normativo la violación de medidas adoptadas por la autoridad, que en el caso fueron dispuestas mediante el DNU 297/2020. De modo que no es el caso que el Poder Ejecutivo Nacional haya legislado en materia penal, sino de que una ley penal en blanco ha sido completada legítimamente por la reglamentación no-penal emanada de la autoridad competente. El tipo penal, así integrado, satisface el requisito de reenvío y cumple con el principio de certeza que facilita el conocimiento para motivarse por la norma pues las medidas establecidas por el DNU en cuestión fueron claras,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

determinadas y masivamente publicitadas.

Por otra parte, afirma la recurrente que la medida adoptada por el DNU 297/2020 resiste un análisis de proporcionalidad y legitimidad de la actuación estatal, pues la pandemia por COVID 19 llevó a dictar el estado de emergencia sanitaria mediante la ley 27.541. Tal como lo declaró la Organización Mundial de la Salud, la situación de pandemia mundial que motivó el dictado del DNU 297/2020 es excepcional pues, al momento del hecho, no existía otro paliativo que el distanciamiento social. Además, y a su modo de ver, el DNU 297/2020 superó las instancias de control establecidas por la ley 26.122.

Cita jurisprudencia para sostener que en el tipo penal previsto en el art. 205 del CP no falta el señalamiento de la conducta prohibida, aunque se formula de tal manera que, para operar, necesita de un complemento constituido por otra norma. También para afirmar que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos en forma proporcionada y razonable, por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública sanitaria.

Por otro lado, descarta que el delito previsto en el art. 205 del CP suponga una doble punición superpuesta a la contravencional, puesto que el Código Contravencional de Mendoza prevé en su art. 146 que la acción penal desplaza a la contravencional.

Por su parte, los decretos emitidos en el ámbito provincial ante la pandemia por COVID 19 también se enmarcaron, afirma, en parámetros de racionalidad, proporcionalidad y justificación. Tanto el Poder Ejecutivo Nacional como el de la provincia de Mendoza han procedido legítimamente al imponer restricciones en aras de evitar la propagación de una enfermedad pandémica, y su actuación se mantiene dentro del ámbito de las potestades constitucionales. Refiere que de los casos «Consumidores Argentinos c. Estado Nacional» y «Colegio de Abogados de la Capital Federal» pronunciados por la Corte Federal se derivan una serie de pautas para la evaluación de la razonabilidad de los

decretos de necesidad y urgencia –que representan el sistema de frenos y contrapesos–, y explica que no es atribución del Poder Judicial evaluar la conveniencia u oportunidad del acto administrativo, sino determinar que se verifiquen los supuestos de excepción requeridos para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Agrega que la constitucionalidad del DNU 297/2020 fue confirmada en el caso «Kingston, Patricio» por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Por tales razones, solicita se revoque la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de expedirse, el señor Procurador General mantuvo el recurso interpuesto por la fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional.

4.- La solución del caso

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos y revocar la decisión del Juzgado Penal Colegiado que declaró la inconstitucionalidad del art. 4 del decreto de necesidad y urgencia n° 297/20 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, cuando no homologó el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes y sobreseyó a Esteban Nicolás Rozas Domínguez del delito que se le atribuía, previsto en el art. 205 del CP.

En primer lugar, encuentro pertinente realizar algunas consideraciones en relación con la materia sometida a decisión de este Tribunal, en la medida en que el problema a resolver gira, principalmente, en torno a la revisión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio dispuesta. Ello, en tanto esa es la causa jurídica de la sentencia de sobreseimiento.

En el caso de nuestra Nación, la competencia del Poder Ejecutivo

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

para sancionar disposiciones materialmente legislativas no estaba prevista en la teoría clásica de la «división de poderes» ni en el texto explícito de la Constitución de 1853/60. Se trata de una facultad que, ejercida bajo el argumento de la «teoría de la emergencia», se verificará de modo creciente en la realidad institucional argentina del siglo XX (v. ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2017, tomo II, p. 397).

En este orden, la previsión del art. 99 inc. 3 introducida por la reforma de 1994 a nuestra Constitución Nacional es una forma de prever y disciplinar constitucionalmente un poder específico de garantía contra la subversión –en términos de Ferrajoli–, estructuralmente opuesto al tradicional «estado de excepción» (v. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2007, p. 103). Es decir, aparece como un mecanismo para limitar este ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del Ejecutivo, que fuera «*objetivo expreso de la Convención reformadora, enmarcado en el cometido de “atenuar el presidencialismo” declarado en la ley de convocatoria (ley 24.309, art. 2º), ratificado por la Convención Constituyente y asumido por la jurisprudencia del máximo tribunal nacional como regla interpretativa de las cláusulas incorporadas*» y que «*se dirige a fijar los criterios de la delegación o autorización y a garantizar el control de su ejercicio*» (v. ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., pp. 405/406). La conceptualización de Ferrajoli permite configurar la intervención no ya como excepción, sino como *defensa frente a la excepción*; no ya como ruptura, sino como *defensa frente a la ruptura de la legalidad constitucional*; en virtud no ya de la razón de estado, sino de *la razón social de la democracia constitucional*. Es decir, de la garantía de la paz y de los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente (v. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris...*, cit., p. 103).

Ahora bien, este disciplinamiento constitucional de circunstancias excepcionales requiere de ciertas condiciones para que pueda decirse que no subvierte el estado constitucional de derecho. Así, será necesario que (i) los presupuestos de hecho del ejercicio de tal función no sean formulados en términos indeterminados, con una referencia genérica a peligros o amenazas para las instituciones, el orden o la seguridad. Debe ser lo más taxativo posible. Por otro lado, es necesario (ii) que el contenido del procedimiento a seguir también sea taxativo y claro. Y, por último, requiere (iii) que el poder de activar esta garantía esté dividido entre varias instituciones y que la que decide sea una institución de garantía secundaria. Es decir, que el poder de proponer y emplear el mecanismo excepcional no se confíe a una sola institución (v. FERRAJOLI, cit., pp. 103/104).

De este modo, es posible avizorar la relevancia del control judicial de los decretos de necesidad y urgencia. Queda clara no sólo la posibilidad, sino también la relevancia institucional de que las circunstancias que se invocan para emplear esta forma de ejercicio de actividad legislativa por parte del Poder Ejecutivo sean controladas no sólo por el Congreso, sino también por el Poder Judicial. Esto quiere decir que, independientemente de los controles propios del procedimiento de adopción decretos de necesidad y urgencia previstos en la Constitución Nacional y en la ley 26.122, el Poder Judicial conserva la facultad de revisar que se hayan verificado las «*circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*».

En nuestro sistema jurídico los decretos dictados en función de esa norma están sometidos a diversas instancias de control. Así, deben ser suscriptos en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlo junto con el Jefe de Gabinete, y éste debe luego someter personalmente la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso. Esta Comisión puede consultar a las comisiones permanentes competentes y debe emitir un dictamen sobre su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

validez o invalidez, no vinculante, que cada Cámara del Congreso someterá luego a consideración. Este procedimiento no excluye el control judicial de los decretos de necesidad y urgencia, aun en los casos en que el Congreso apruebe el decreto (v. ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., pp. 397/429).

Tras un primer caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, por mayoría, que los decretos de necesidad y urgencia sólo podían considerarse sometidos al control del Poder Legislativo de la Nación (CSJN, «Rodríguez, Jorge», Fallos 320:2851), el Máximo Tribunal ha reconocido expresamente el control judicial de estos decretos (v. ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., p. 412/415). Así, en el caso «Verrocchi, Ezio Daniel», la Corte Federal, también por mayoría, sostuvo que «[e]s atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia [...]» (v. CSJN, Fallos 322:1726). En esa oportunidad, además, se definió un lineamiento fundamental para el ejercicio de ese control: «[...] corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto».

En ese fallo la Corte dejó claras las exigencias materiales que legitiman al Poder Ejecutivo Nacional a dictar un decreto de necesidad y urgencia: «[...] esa norma [el art. 99 inc. 3 de la CN] ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente "cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" (art. 99, inc. 3, citado). Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario

previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes» (v. CSJN, Fallos 322:1726, criterio mantenido en «Consumidores Argentinos», Fallos, 333:633; «Bruera» JA 20210-IV-842; «Leguizamón», Fallos, 327:559; y, más recientemente, con fecha 7 de octubre de 2021, en «Pino, Seberino», Fallos 344:2690, cons. 10). Es decir, sólo será legítimo un decreto de necesidad y urgencia cuando medie una «*rigurosa excepcionalidad*» («Zofracor», Fallos 326:2394).

Este temperamento trasunta el precedente «Verrochi» citado, fallo de particular relevancia puesto que en este caso la mayoría se conformó por ministros que previamente habían votado en disidencia en relación con el control de los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional –los ministros Fayt, Belluscio, Bossert, Petracchi y Boggiano– y por eso el fallo refleja un ejercicio activo del control de constitucionalidad de estas decisiones, contrario a la posición que la Corte Federal había sostenido al respecto en el caso «Rodríguez, Jorge» –Fallos 320:2851– (v. MANILI, Pablo L., *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2017, pp. 270/276). De tal manera, en «Verrochi» la Corte dejó claro, entre otras cosas, que: i) corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las *condiciones* bajo las cuales se admite la facultad excepcional de dictar un decreto de necesidad y urgencia; y, ii) que es atribución del Poder Judicial evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en ese orden, deben descartarse criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En segundo lugar, en el caso que nos ocupa debe quedar muy claro que se encuentra en tela de juicio normativa de esta naturaleza, porque se declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20, norma cuya constitucionalidad no había sido puesta en tela de juicio por la defensa ni por la fiscalía en el acuerdo cuya homologación solicitaban. Cabe aclarar, entonces, que el análisis que compete a esta instancia está limitado a revisar la corrección de la decisión jurisdiccional impugnada –de declaración de inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20–, y no versa sobre la constitucionalidad o no de la medida sanitaria dispuesta en los arts. 1 y 2 de dicho decreto de necesidad y urgencia. Veamos.

Como consecuencia del surgimiento y la propagación de la enfermedad conocida como SARS-COV-2 generada por el virus COVID-19, en 2020 el Poder Ejecutivo Nacional adoptó una serie de medidas haciendo uso de la facultad excepcional prevista en el párrafo segundo del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, es decir, vía decreto de necesidad y urgencia. Así, entre otras resoluciones, el 12 de marzo de 2020 dictó el DNU 260/2020 que amplió la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27.541, el 16 de marzo siguiente dispuso una prohibición temporal de ingreso al país mediante el DNU 274/20, y el 19 de marzo de 2020 dictó el DNU 297/2020 a raíz de la declaración del brote de COVID-19 como una pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud.

Este último DNU estableció como **medida sanitaria** que «[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*» (art. 1), medida conocida por la sigla ASPO. Y que esa decisión consistía en que «[d]urante 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» (párrafo primero del art. 2). Por su parte el artículo 3 se refiere al control de la medida sanitaria.

A su vez, el art. 4 del DNU 297/20 –declarado inconstitucional– dispuso que «*[c]uando 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*».

«El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus».

Por otra parte, en el artículo 5 previó qué eventos no podrían realizarse y suspendió la apertura de lugares y/o establecimientos. Mientras que el art. 6 exceptuó del aislamiento social, preventivo y obligatorio y la prohibición de circular a determinadas personas por sus funciones, actividades o servicios, quienes podrían desplazarse dentro del límite para el estricto cumplimiento de las mismas.

Finalmente, por el art. 10 se estableció que «*[l]as provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias».

En el *sub examine* tenemos que el ejercicio de esta habilitación constitucional de *dictar decretos por razones de necesidad y urgencia* tiene como **presupuesto necesario** que el Poder Ejecutivo sólo puede emitir disposiciones de carácter legislativo del tipo que el Congreso indiscutiblemente pueda sancionar, pues «[...] *ese tipo de decretos solamente permiten que el Poder Ejecutivo ejerza competencias que posee el Congreso*» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La constitución suspendida”, en ALTAVILLA, Cristian y SOLÁ, Victorino (directores), *Derechos Fundamentales y Pospandemia. Experiencia y Desafíos de la Emergencia Sanitaria en Argentina*; Ediciones Olejnik; Argentina; 2022; p. 111). Dicho en otros términos, el Poder Ejecutivo no puede legislar en mayor medida que el Poder Legislativo.

Si bien es cierto que, «[...] *los derechos no son absolutos y que la propia Constitución prevé que los mismos están sujetos a la reglamentación que se establezca por ley. Sin embargo, esa facultad legislativa de reglamentar los derechos no autoriza a suspenderlos ni anularlos. Como indica el artículo 28, los derechos no pueden ser alterados so pretexto de su reglamentación. El poder de reglamentar un derecho es, en esencia de carácter permanente, para situaciones de normalidad. Las restricciones que supone una situación de emergencia no son el ejercicio de la facultad de reglamentar los derechos, ya que implican en muchos casos la suspensión lisa y llana del goce de esos derechos. Ningún poder de reglamentación autoriza esa suspensión. De ahí que sean restricciones meramente transitorias, que deben durar hasta que la emergencia desaparezca. [...] La necesidad de adoptar restricciones extremas al ejercicio de derechos*

constitucionales, aun asumiendo hipotéticamente que fueran imprescindibles, no puede hacernos perder de vista que una reglamentación de ese tipo es violatoria del artículo 28 de la Constitución Nacional» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit, p. 111).

Entonces, la primera cuestión a dilucidar por la *a quo* era si la medida sanitaria dispuesta en los arts. 1 y 2 del DNU 297/20 –y en la forma dispuesta– es una facultad que podía ejercer el Congreso. Por ello, si «[...] *suspender un derecho implica su alteración, desde el momento en que se impide su goce [ya que] no se establecen condiciones para su ejercicio, sino que directamente se prohíbe a los habitantes de la Nación ejercer esos derechos» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., p. 112); en consecuencia «el Poder Legislativo no tiene facultades para suspender derechos reconocidos en la Constitución Nacional sin declaración del estado de sitio» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., p. 111). Y como «el artículo 29 de la Constitución Nacional prohíbe la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público. Esa norma establece un límite infranqueable para el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo, que también rige durante el estado de sitio» [...] «...se descarta de plano que los decretos de necesidad y urgencia sean el mecanismo constitucional para suspender el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente» (RAMÍREZ CALVO, Ricardo, op. cit., pp. 111/ 112).*

Por otra parte, tampoco se estaba o se argumenta estar, al momento de cometido el hecho investigado sobre el que solicitó el procedimiento de juicio abreviado, ante un posible o probable estado de excepción como consecuencia de las sucesivas prórrogas de las medidas sanitarias con suspensión de derechos constitucionales –como con los DNU 325/20, DNU 355/20, DNU 408/20, DNU 459/20, DNU 493/20, DNU 520/20, DNU 576/20, entre otros– que pudiera habilitar el control constitucional de oficio en virtud del art. 29 de la Constitución Nacional, dada la responsabilidad y la pena prevista a quienes **consientan**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

facultades extraordinarias y/o la suma del poder público.

Tal como afirma AGAMBEN, el estado de excepción constituye un «[...] *punto de desequilibrio entre derecho público y hecho político* (Saint-Bonnet, 2001, p. 28), que -como la guerra civil, la insurrección y la resistencia- se sitúa en una “*franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político*” (Fontana, 1999, p. 16). Tanto más urgente resulta así la cuestión de los confines: *si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico—constitucional* (De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal [...]» (v. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, 2º edición, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, pp. 23/24).

El peligro para el estado constitucional que representa el «estado de excepción» es claro, puesto que no se trata de un «derecho especial» (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto límite. La «[...] *dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente -y de hecho ya ha transformado de modo sensible- la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. El estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo*» (v. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción...*, cit., pp. 25/26).

En su obra, el autor advierte que el «estado de excepción» –y dos de sus características esenciales, que son la provisoria abolición de la distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, y la neutralización del Derecho– ha devenido en regla, «[...] *no sólo se presenta cada vez más como una técnica de*

gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico [...]» (v. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción...*, cit., pp. 32 y 92).

En consecuencia, no se encuentra en discusión en el caso analizado si el Congreso podía disponer por una ley la suspensión de derechos constitucionales expresamente reconocidos y/o si mediaba una situación de rigurosa excepcionalidad y urgencia que justificara constitucionalmente que el Poder Ejecutivo Nacional dictara el decreto de necesidad y urgencia en cuestión disponiendo medidas sanitarias en la forma dispuesta en los arts. 1 y 2 del DNU 297/20 que suspendían temporalmente varios derechos constitucionales a las personas (habitantes o transeúntes) que se encontraban en el territorio de la República Argentina. Como tampoco el estar ante un estado de excepción. Asimismo, no se encuentra sometido a tratamiento aquí y, por tanto, excede el ámbito de esta resolución, el juicio sobre la conveniencia y oportunidad de tales medidas sanitarias con relación a los derechos constitucionales de Rozas Domínguez. Además, sobre el mérito o demérito del aislamiento social, preventivo y obligatorio –y de la suspensión de derechos y libertades que implicó– como medida para prevenir la propagación de la pandemia no es parte del razonamiento cuestionado y no es objeto de discusión ahora, sin perjuicio de que ante petición de parte siempre existe la posibilidad de control judicial.

En tercer lugar, y relacionado con la resolución impugnada, y antes de evaluar el modo en que se ha tomado en consideración el DNU 297/20, debo señalar que la resolución se encuentra al margen de las posibilidades que los jueces tienen frente a la solicitud de juicio abreviado que las partes acuerdan y presentan a la judicatura para su homologación. Dicho en términos claros, se ha incurrido en un exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de control del acuerdo entre las partes. Tal como he señalado en otras oportunidades, «[...] cuando se trata de un acuerdo entre las partes, la posibilidad del juez de salir de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

los márgenes del convenio es excepcional. El juez no puede ingresar en cuestiones que forman parte de las concesiones recíprocas que acusación y defensa llevan adelante para arribar a una resolución consensuada y anticipada. Es decir, en las cuestiones propias del acuerdo. Por ello el art. 359 del C.P.P. impone el deber jurídico de explicar los derechos al acusado y los alcances del acuerdo, para que el acusado comprenda la situación y salvo manifiesta arbitrariedad o que las partes las litiguen en la audiencia si el juzgador no coincide con el contenido del acuerdo de juicio abreviado propuesto por las partes, pues debe rechazarlo y enviar a que se realice un debate, con todas las garantías del debido proceso a las partes que prevé nuestro sistema jurídico para la realización del juicio común [...]. En nuestro sistema acusatorio de corte adversarial después de la sanción de la ley 9.040, es conveniente y de buena práctica procesal que el juez adopte una posición activa pero imparcial en la audiencia de juicio abreviado, que escuche en contradicción a las partes o proponga una re-discusión entre ellas de cuestiones que a su criterio puedan resultar conflictivas o novedosas o no tenidas en cuenta que modifiquen las circunstancias que fueron consideradas para el acuerdo, con mayor razón cuando modificación deriva de la opinión del juzgador que no están obligados a conocer las partes [...]. De lo contrario, puede verse fatalmente afectada la garantía imparcialidad como la de imparcialidad del juzgador. Ahora bien, si el juzgador no coincide en la solución a la que arriban las partes puede rechazar la procedencia del juicio abreviado, sin perjuicio de que, cuando no coincida por cuestiones que exceden el control de legalidad» (conf. «Oropel Núñez»; en el mismo sentido, «Lima, Franco»). En definitiva, frente a una solicitud de juicio abreviado los jueces solamente pueden homologar el acuerdo y dictar sentencia condenatoria, o rechazarlo y remitir la causa al tribunal que sigue en el turno ordinario (conf. art. 420 del CPP).

De acuerdo con lo expuesto, considero, por un lado, que la jueza ha proporcionado al caso una solución que excedía sus facultades jurisdiccionales y,

por el otro, que la decisión de la jueza se asienta en una premisa normativa errónea, según la cual el DNU 297/2020 es una norma de naturaleza «penal». Explicado el problema de esta premisa el resto de su razonamiento decae.

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación *«el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»* (v. Corte IDH «Ibsen», 01/09/2010; «Gómez Lund», 24/11/2010; CSJN, «Mansilla», Fallos 337:179; «Rodríguez Pereyra», Fallos 335:2333), más precisamente, *dentro de los términos en que queda trabada la litis,...* según la clásica definición dada por [la CSJN] *hace más de cincuenta años en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (in re «Mansilla»)*. Así, **«[e]l contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”**. En este sentido, *-se remarcó- “se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”*. Como puede apreciarse, **“el reconocimiento expreso de la potestad del**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control”» (CSJN, *in re* «Mansilla»).

En el *sub lite* ninguna de las condiciones bajo las cuales la CSJN admite el control de constitucionalidad de oficio se da, porque hay un apartamiento de lo acordado por las partes, lo que ellas han fijado y no surge de la prueba, ni de las argumentaciones de las partes la posibilidad de ejercerlo, circunstancia que descalifica el pronunciamiento cuestionado.

Por otra parte, contrariamente a lo sostenido en la resolución impugnada, no se advierte que el art. 4 del DNU 297/20 contenga entre sus disposiciones la creación de un tipo penal –lo que estaría prohibido constitucionalmente–. En su primer párrafo, el art. 4 del DNU 297/20 dispone que la autoridad debe hacer cesar las conductas que infrinjan el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y que inmediatamente debe darse actuación a la autoridad competente en el marco de los arts. 205 y 239 del CP. Esto es, según entiendo, una directiva a los organismos administrativos de persecución penal que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra legitimado a adoptar –dentro de determinados límites– y, a la vez, una remisión al Código Penal –cuanto mucho, sobreabundante–. Lo mismo ocurre con el segundo párrafo de la norma, que dispone la inmediata detención de los vehículos que circularan en infracción al decreto.

Se trata de una disposición que no supone la creación de un tipo penal, en la medida en que no prevé una pena para una determinada conducta típica. Es decir, en el plano sustantivo no se trata de legislación penal. Además, dado su carácter administrativo incluso puede ser dictada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto, sin necesidad de acudir a un decreto de necesidad y urgencia.

Más allá de que la decisión impugnada haya colocado el centro de su análisis en el artículo 4 del DNU 297/20, lo cierto es que esta norma no es atinente para la interpretación del tipo penal que se debatía en el caso que nos ocupa, pues no es la norma que establece las medidas sanitarias cuya infracción abre la posibilidad de aplicar el art. 205 del CP. Veamos.

Rozas Domínguez ha sido acusado de infringir el aislamiento dispuesto como forma de prevenir una pandemia, y su conducta ha sido encuadrada jurídicamente en el art. 205 del CP. Esta norma dispone que «[s]erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia». Se trata de un tipo penal en blanco, donde la conducta debida se encuentra descripta sólo de manera genérica y debe ser completada por otra norma que no está incluida en el tipo penal.

La norma contenida en el artículo 4 del DNU 297/20 –a pesar del defecto de redacción como de la inconveniencia de su incorporación en dicho instrumento excepcional– no es más que una directiva dirigida a las autoridades, funcionarios y agentes dependientes del Poder Ejecutivo Nacional respecto de cómo obrar en los casos en que se incumpliesen las medidas sanitarias dispuestas en los arts. 1 y 2. No se trata de una conminación penal, como afirma la resolución impugnada, sino de un mandato de actuación a los funcionarios públicos correspondientes para que pongan en conocimiento de la autoridad competente –la judicial: Ministerio Público Fiscal y/o Jueces– lo acontecido.

La decisión de penalizar la violación de las medidas sanitarias adoptadas para prevenir la introducción o propagación de una epidemia es legislativa, es decir, ha sido y fue adoptada por el Congreso de la Nación, el único órgano constitucionalmente autorizado para legislar en materia penal –artículo 75, inciso 12 de la CN–, quien lo materializó con la sanción del art. 205 del CP, cuya criminalización busca evitar la propagación de una enfermedad. Y aquí radica el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

fundamento político criminal en que se funda la peligrosidad de la vulneración de las medidas sanitarias *adoptadas por las autoridades competentes*.

Dicho en términos claros, que la violación de las medidas sanitarias adoptadas suponga la comisión de un delito no es una decisión del Poder Ejecutivo Nacional, sino del Congreso de la Nación al sancionar el art. 205 del CP, siempre y cuando el Poder Ejecutivo sea la autoridad competente y lo disponga mediante instrumentos jurídicos constitucionales y/o legales. Aunque el art. 4 del DNU 297/20 aluda a los arts. 205 y 239 del CP, esto no significa que el Poder Ejecutivo Nacional haya legislado en materia penal, puesto que allí solamente dispone que «[...] *se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente* [...]». Las normas que completan el tipo penal en blanco del art. 205 del CP son las concretas medidas sanitarias, como se anticipó, de los arts.1 y 2 adoptadas para evitar la introducción o propagación de la pandemia, y no las directivas al personal de seguridad para hacer cesar el presunto delito y dar intervención a la autoridad competente. Se trata de un supuesto jurídico similar al contenido en la ley 23.737, que criminaliza una serie de conductas vinculadas a estupefacientes, y delega en el Poder Ejecutivo Nacional la determinación de los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias alcanzadas por esa ley (véase art. 40 ley 23.737 y 77 del CP, y decretos 772/91 y 299/10, entre otros).

De tal manera, el art. 205 del CP se trata de un tipo penal en blanco, que puede ser válidamente completado por una medida sanitaria imprescindible. En la especie fue completado por los arts. 1 y 2 como regla del DNU 297/20 en la medida en que el Poder Ejecutivo Nacional suspendiendo derechos constitucionales alegando que le correspondía disponerlo al Congreso Nacional y estableció las funciones, actividades y servicios que cumplen las personas y se encuentran exceptuados en el art. 6. La disposición de las medidas sanitarias frente a una situación de pandemia como la suscitada por el virus

SARS-COV-2 debe ejercerse dentro de los límites que las normas e institutos jurídicos expresamente previstos en la Constitución Nacional habilitan y siempre con el debido control judicial que debe ejercerse dentro de sus respectivas competencias y en función de garantía del correcto funcionamiento del sistema democrático establecido en el modelo *representativo republicano federal* dispuesto en el Código Fundamental de la República.

Distinta es la cuestión sobre si se verificaban o no las exigencias constitucionales para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, esto es, las circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, como en el caso, que se dispuso como medida sanitaria de suspender el derecho constitucional de los habitantes a transitar, en la forma como se dispuso.

Tampoco resulta relevante el hecho –destacado en la resolución impugnada– vinculado con que el art. 205 del CP es previo a la reforma constitucional de 1994. Ello no obsta que las leyes penales en blanco sean válidas y puedan ser completadas por un decreto de necesidad y urgencia, en tanto ambas normas (el art. 205 CP y el art. 99, inc. 3 CN) constituyen derecho vigente y no se contradicen ni excluyen entre sí.

En cuanto al argumento según el cual existe una doble imposición entre el Código Penal y los decretos provinciales que preveían multas ante el incumplimiento de ciertas medidas sanitarias, entiendo que se trata de un razonamiento que debe ser revocado. La jueza de la instancia previa aludió a la multa prevista en el decreto provincial 563/20, aunque la situación es similar a la de otros decretos dictados por el Gobernador de la Provincia que previeron multas como sanción administrativa para el incumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas en razón de la pandemia por COVID-19, como los decretos 635/20, 660/20, 762/20, 847/20, 877/20, entre otros. El argumento falla, a mi entender, desde un punto de vista formal y material, lo que –conjuntamente– le resta toda

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

virtualidad como argumento suficiente para declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del DNU 297/20 o del art. 205 del CP, y por ello conduce a la revocación de la sentencia de sobreseimiento pronunciada.

Desde un punto de vista formal, la jueza ha traído a colación una norma no aplicada al caso concreto sometido a su tratamiento para declarar la inconstitucionalidad de otra norma que era invocada. Se trata de un argumento abstracto, pues en el caso concreto no se sancionó a Rozas Domínguez –o, al menos, no consta en su resolución– con la multa prevista por el decreto provincial 563/20. De manera tal que no existe interés de parte que se haya visto afectado, pues el argumento se enfoca en evitar la aplicación de dos normas –y en seleccionar entre ellas a la más beneficiosa para el acusado– pero omite considerar que en el caso concreto sólo se encontraba en juego durante la investigación una de ellas, la penal. Más adelante veremos razones de fondo que demuestran la incorrección sustancial de este argumento. Pero por ahora, como primer paso, corresponde hacer notar que el decreto al que alude la resolución no ha sido aplicado, de modo que un primer presupuesto para la pretendida doble imposición penal se ve frustrado. Es decir, jurídicamente no se trata de doble imposición (o sea, de dos tipos de penas impuestas a Rozas Domínguez), en todo caso debería denominarse la situación hipotética como de doble sanción (o sea, dos tipos de penas previstas para un mismo hecho típico).

A esta razón de orden formal se agregan cuatro motivos de orden sustancial que permiten desvirtuar la argumentación de la jueza de la instancia previa.

En primer lugar, la supremacía constitucional de las normas sancionadas por el Congreso Nacional (federales o de derecho común) dispuesta por los art. 31 y 75 inc. 22 de la CN.

En segundo lugar, debe tenerse presente que los principios penales no son aplicables al derecho administrativo sancionador con la misma extensión y

alcances que en el procedimiento penal, dada su diferente naturaleza y finalidad. Las garantías atinentes al debido proceso legal son extensibles al procedimiento administrativo sancionador, aunque los principios vinculados al Derecho penal no son trasladables sin más, puesto que responden a fundamentos y finalidades diferentes. Y, en cuanto a los principios relativos al debido proceso, resulta claro que su extensión y alcance no es la misma en materia penal y administrativa. En este sentido, la resolución impugnada ha omitido considerar el diferente propósito que persiguen el procedimiento administrativo y el penal al invocar el argumento de la doble imposición penal y el principio de aplicación de la ley penal más benigna. En otras palabras, el enfoque que sustenta la resolución omite tomar en consideración los diversos alcances que las garantías y principios tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la prohibición de doble punición penal a la que aludió la jueza en su argumento deriva del principio conocido en el Derecho penal como «*non bis in idem*», según el cual el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Para la aplicación de la garantía, la doctrina exige la existencia de tres «identidades» o «correspondencias». La primera, se debe tratar de la misma persona. La segunda, se debe tratar del mismo hecho. La tercera, debe tratarse del mismo motivo de persecución. Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de *eadem persona*, *eadem res*, *eadem causa petendi* (véase BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 168-169, en el mismo sentido MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013). En el caso que nos ocupa, encuentro que la tercera identidad a la que aluden los destacados procesalistas que he mencionado no se verifica. Precisamente, se trata de causas de persecución diferentes.

A mi juicio, el alcance de la garantía no alcanza a la superposición

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de la intervención estatal administrativa y penal. Ello, pues cada uno de estos ámbitos de responsabilización responde a diferentes fundamentos y persigue diversas finalidades (en este orden, véase «Pousa», CSJN Fallos 273:66). En este sentido, he sostenido que lo previsto en la prohibición de doble juzgamiento es que un suceso sea sometido a una doble persecución «penal», es decir, que al mismo hecho se lo someta en dos oportunidades al riesgo de derivar en la asignación de responsabilidad penal para la misma persona. Sin embargo, nada impide que ese mismo suceso sea revestido de significados jurídicos diversos (véase «Levatino Scillia»).

De modo que la garantía que ha invocado la jueza en su resolución no es aplicable al caso que nos ocupa, donde –sin perjuicio de la falta de doble persecución penal en el caso concreto– la conducta atribuida puede ser constitutiva de una infracción administrativa al decreto provincial, a la vez que un delito previsto en el Código Penal. Esto no resulta, de ninguna manera, contraintuitivo ni es una extrañeza en nuestro sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en un accidente vial donde el conductor de un automóvil circule a más de 30 km/h del límite de velocidad permitido, cruce un semáforo en rojo y, en esa maniobra, cause la muerte a un peatón y luego huya. El conductor de nuestro ejemplo deberá afrontar, por ese mismo hecho, una sanción administrativa –que compete a los Juzgados de Tránsito– en razón de las infracciones viales cometidas; simultáneamente, una acción civil por los daños ocasionados; y también un procedimiento penal por el homicidio culposo cometido. Se trata de diferentes causas de persecución previstas en nuestro ordenamiento jurídico, ninguna de las cuales vulnera la prohibición de doble juzgamiento o de doble imposición penal. Precisamente, porque sólo una de ellas es de índole «penal».

En cuarto lugar, y retomando lo sostenido en los argumentos anteriores, debo señalar que es errónea la invocación de la garantía de la aplicación de la ley penal más benigna que contiene la resolución impugnada. El

principio ha sido erróneamente invocado, pues se trata de una regla **sobre la aplicación temporal de la ley, y no sobre el ámbito material de aplicación de la ley.**

Como conclusión, conductas como vulnerar la prohibición de aislamiento social, preventivo y obligatorio podrían simultáneamente dar lugar a una infracción al derecho público administrativo local y constituir un delito previsto en el Código Penal de la Nación. Ello, como se señaló antes, sin perjuicio de que en el caso concreto no consta, ni fue argumentado por la jueza, que haya existido esa doble intervención estatal.

Las razones expuestas me convencen de que el control de constitucionalidad llevado a cabo por la instancia anterior es erróneo y debe ser revocado. Ninguno de los argumentos que han sido empleados para sostener –como ya dije, de oficio por la jueza– la inconstitucionalidad del art. 4 del DNU 297/20 es apropiado pues se asientan en razones arbitrarias e insuficientes para no aplicar el art. 205 del CP. Tal manera de afrontar el control de constitucionalidad es contraria a los precedentes de la CSJN y a la mesura y prudencia que debe primar al poner en marcha el sistema de frenos y contrapesos institucionales propios de nuestra república. Por los motivos señalados, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso planteado por el Ministerio Público Fiscal y revocar la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado en autos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y revocar la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción y remitir las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

actuaciones al tribunal correspondiente a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento en relación a la solicitud de juicio abreviado realizada en autos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación planteado por la fiscal a cargo de la Fiscalía de Instrucción n° 33 de la Unidad Fiscal Correccional y, en consecuencia, revocar la sentencia n° 6.680 pronunciada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento en relación a la solicitud de juicio abreviado realizada en autos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE
Ministro

Se deja constancia de que el señor ministro Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5 del CPP). Secretaría, 22 de abril de 2022.