

## Análisis de asuntos prácticos para el tratamiento jurídico-penal del incumplimiento del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio a raíz de la pandemia de Coronavirus COVID-19<sup>1</sup>

*Sumario: 1. Introducción; 2. Definición y alcances típicos de los arts. 205 y su concurso con el art. 239 del código penal. Relación con otras figuras y problemáticas dogmático-penales; 3. Consecuencias jurídicas de la violación de las normas sanitarias; 4. Tratamiento de parte de las jurisdicciones locales y federales; 5. En resumen.*

### 1. Introducción

El 20 de marzo de 2020, el presidente Alberto Fernández dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20 en ejercicio de competencias constitucionales de emergencia (art. 99, inc. 3° de la CN) en atención a la amenaza y al riesgo sanitario que representa la dinámica de la pandemia generada por el COVID-19 y su impacto en la salud pública, circunstancia que imposibilitó seguir el trámite para la sanción de las leyes.

Dentro de las motivaciones del mencionado DNU se aclaró que como no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia. Como consecuencia, con el objetivo de proteger la salud pública se estableció para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, por un plazo determinado, durante el cual todas las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren en esa fecha y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo.

---

<sup>1</sup> Por Ramiro González Raggio, abogado especialista en Derecho Penal, docente de Derecho Penal I (UNR) y Derecho Procesal Penal (UNR y UCA) y Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional 2°, sede Rosario, del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe.

Asimismo, se estableció la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, a fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 bajo apercibimiento de ser sancionados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 205 y 239 del Código Penal, a los cuales se hizo expresa referencia.

Las medidas de aislamiento dispuestas con el fin de evitar la propagación de enfermedades suelen suponer la tensión entre intereses y derechos del máximo rango. Pueden restringir el derecho a trabajar, a transitar libremente un territorio, a asociarse con fines útiles, a enseñar y a aprender (art. 14 CN), el derecho a la igualdad (art. 16 CN) y el derecho a la libertad (art. 19 CN), entre otros.

Sin embargo, las limitaciones a las facultades enunciadas se justifican en la medida en que los derechos reconocidos a las personas no son absolutos, sino que quedan sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN), debiendo intentarse siempre un balance entre la salud pública y las libertades individuales, así como otros bienes jurídicos (como el orden económico).

Ante esta situación y los intereses involucrados, me pareció interesante escribir sobre esto encarándolo desde el punto de vista jurídico, penal, sobre todo. La idea es poder responder a las preguntas: *de qué se trata, qué consecuencias jurídicas tiene la violación de estas medidas y cuáles son los recursos legales y resortes procesales para llevar adelante la tarea abogadil en esta situación de excepción que estamos vegetando*. Es decir, tratar de analizar las herramientas legales en materia penal, específicamente, para el *tratamiento y asistencia jurídica a las personas que se vean involucradas o sospechadas de incumplir las medidas de ASPO*. De paso, traeré a colación *algunos de los fallos más resientes en materia de competencia y sobre la tipicidad de las figuras contempladas en los artículos 202, 205 y 239 del Código Penal*.

## **2. Definición y alcances típicos de los arts. 205 y su concurso con el art. 239 del código penal. Relación con otras figuras**

El art. 205 del Código Penal establece que *“Será 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”*. La realidad

es que no hay mucho material sobre disquisiciones dogmáticas o fallos relevantes porque se trata de un delito bastante excepcional cuya aplicación es casi nula. Se trata de un delito que busca proteger al bien jurídico “salud pública”, entendida como un valor comunitario, es decir, es el bienestar psicofísico de todas las personas en general y de manera indeterminada.

Como aclaración previa, vale decir que el delito contemplado en este artículo es lo que se conoce normalmente como “ley penal en blanco” porque debe, necesariamente, ser completada con otra “ley”, que será la que detalle cuáles son las “medidas adoptadas”, que no deben ser recomendaciones si no mandatos u obligaciones. Las autoridades competentes impondrán medidas para actuar frente a una epidemia (decreto, resolución de un ministerio, de una provincia, de un municipio, y hasta de un organismo encargado específicamente de la cuestión), entonces, para concretar el mandato o la prohibición y completar la estructura típica, es necesario remitirse a estos instrumentos legales.

Quizás, la pregunta que surja ahora será: ¿cómo sabemos si estamos frente a una epidemia? Bien, una epidemia es la propagación abrupta de una enfermedad transmisible en una población determinada, tanto entre personas como de animales o vegetales a personas. Cuando el número de casos de una enfermedad incrementa de forma significativa en determinada población o región, estamos frente a una epidemia. Cuando la región ocupada trasciende a más de un país, suele llamárselo pandemia, siendo la Organización Mundial de la Salud (OMS) el organismo internacional encargado de declararla, pero a los efectos típicos para enrostrar la figura del art. 205 es indiferente.

Volviendo a lo que tiene que ver con este delito de violación de medidas para evitar la propagación de una epidemia, hay que decir que se trata de un delito doloso, debiendo el autor conocer la medida y su obligatorio cumplimiento, y obrar con voluntad de no acatarla, siendo admisible el dolo eventual (ej.: quien quebranta la medida sin la intención de afectar la salud pública, pero admite o le es indiferente la posibilidad de que esto pase). El error del agente acerca del alcance, naturaleza o vigencia de la medida, lo hace incurrir en un error de tipo que elimina el dolo (y elimina el delito porque no hay formato imprudente), lo que parece poco probable de alegar

hoy en día, teniendo en cuenta la gran atención mediática que se le está brindando a esta pandemia, así como el intenso esfuerzo de parte de todos los estamentos del Estado en difundir las mismas.

Este delito puede ser cometido por cualquier persona (delito comunia) tanto por una acción como por una omisión, dependiendo si la medida de profilaxis impone un hacer (usar barbijo) o un no hacer (permanecer en el domicilio y no transitar por la vía pública). Basta citar dos ejemplos para dejar en claro este punto: en el caso de la cuarentena, sería un tipo activo ya que sólo con una acción (salir de tu casa) violas la medida; ahora, con respecto al uso de barbijo en los comercios, si omitís usarlo, violarías el mandato, por lo que es un tipo omisivo. Sólo en el primero de los casos admitiría la tentativa, porque el otro se consuma desde el minuto cero del no hacer.

Un tema importante, a tener en consideración para saber si debe aplicarse o no el tipo penal, es la discusión sobre si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto. La doctrina es conteste en que se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, que no requiere un resultado, así como tampoco que, efectivamente, se haya producido el peligro de la introducción o propagación de la epidemia, ni afectado a ninguna persona.

Ciertos autores sostienen que lo más racional sería sancionar en caso de que hubiera existido un peligro real de propagación o introducción de una epidemia, lo que en la práctica se traduciría en que, si una persona viola las disposiciones, restaría analizar si era portadora del virus. En caso de que sea portadora del virus, sería aplicable la sanción por este delito, aunque no hubiere contagiado a nadie, y en caso contrario no porque no hubo un peligro (resultado) para la salud pública, directamente.

Ante este posible y atendible planteo, vale la pena hacer algunas consideraciones en relación con otra figura similar, que es la contemplada en el artículo Art. 202 del código de fondo, el cual reza: *“Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”*. Al leer la estructura típica en este caso, puede considerarse que se trata de un delito de peligro concreto, porque basta con acreditar la acción y su idoneidad o aptitud a la luz del bien jurídico protegido. Así lo ha entendido la jurisprudencia, como un delito de peligro (concreto), diciendo que para propagar una enfermedad no se requiere un

cuerpo enfermo, sino la sola existencia de una enfermedad, un acto propagador, y las condiciones de contagiosa y peligrosa para aquélla<sup>2</sup>. Siendo así, a diferencia del delito del 205, en el 202 lo que se sanciona es el peligro de propagación (concreto) y no la violación de las medidas para evitar la propagación (abstracto). Es por ello, que el delito contemplado en el art. 205 puede entenderse que intenta abarcar o contener un peligro abstracto.

Véase, además, que las penas que estos delitos imponen son cuantitativamente dispares (3 a 15 años por la propagación -art. 202- y 6 meses a 2 años por la violación de las medidas adoptadas por la autoridad para evitar la propagación -art. 205-), lo que se relaciona, a nuestro entender, con el grado de afectación al bien jurídico salud pública. No sería discutible que es mucho más peligroso, propagar que violar normas que evitar propagar. También puede decirse que el peligro de propagar es peor que el peligro generado por violar normas que intentan evitar esa propagación.

En conclusión, no creemos que el delito del art. 205 deba ser considerado como un delito de peligro concreto que requiera que la persona deba ser portadora del virus para que se consume, porque ello debilitaría el propio sentido de la norma, que es evitar la propagación por la violación de las medidas sanitarias. En el caso de entender lo contrario, el mensaje que trata de difundir la norma carecería de sentido.

En última instancia, no podemos escapar a la problemática surgida por el concurso con el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, CP). A esta última situación se refiere en forma expresa los Decretos de Necesidad y Urgencia Nacionales y Provinciales.

El primer inconveniente que se encuentra a la hora de imputar el delito de desobediencia del art. 239 es que el mismo tiene como requisito que la orden emanada de la autoridad sea individualizada a una persona, cosa que no sucede, de primer momento, ante el incumplimiento de cualquier persona. Esto es, las disposiciones de materia sanitaria orquestadas por las distintas órbitas del Estado para evitar la introducción o propagación del COVID-19 son de carácter general. Ante ello, la violación de éstas no acarrearía las sanciones dispuestas por el art. 239 sino sólo por las del art.

---

<sup>2</sup> Cfr. CFed. San Martín, "Contaminación Río Reconquista", rta. 1992/8/26, pta. 11l. Nos. 1 y 11.

205. Como dijimos, en el caso de la simple desobediencia (239) el sujeto activo debe ser el destinatario de la orden. Como explica Creus, no *“es orden la disposición de carácter general dispuesta por la autoridad, mientras no se actualice a través de la imposición a una persona determinada: no es típico atravesar los canteros de la plaza, a pesar del cartel que lo prohíbe, pero sí lo será asumir tal actitud a pesar de la orden expresa y directa del guardia municipal que conmina a no adoptarla”*. Sin perjuicio de ello, podría sostenerse ambos tipos de delitos en caso de que una persona haya sido notificada de su deber de permanecer en su vivienda (por ejemplo) y que luego incumpla ese “mandato particular” de cumplir una norma sanitaria, o también, que en momentos que se le ordena detener para hacer un control en la vía pública, no acate dicha orden.

Por otra parte, es claro que los tipos de concurso ante los cuales nos encontraríamos serían el concurso ideal o el concurso aparente. En el primer caso, los delitos de los arts. 205 y 239 concursarían idealmente, lo que no trae mayores complejidades ni consecuencias ya que la pena establecida en el art. 205 se impondría sobre la del 239 por el principio de absorción de la pena más grave. Recordemos que el delito de desobediencia tiene una pena de tan solo 15 días a un año.

Ahora, el cuestionamiento que puede llegar a surgir es que el delito previsto en el art. 239 se vería afectado únicamente por un concurso aparente que se resolvería por el principio de consunción. Siendo así, debería ser descartado el delito de simple desobediencia a la autoridad, porque la conducta de desobedecer las normas sanitarias dispuestas por la autoridad competente es un tipo más específico, que abarca de manera más exigua la conducta realizada por el agente. En otras palabras, en los dos casos se está desobedeciendo las órdenes de la autoridad, pero en el caso del art. 205 son normas para evitar la introducción o propagación de una epidemia, por lo tanto, solo debería imputarse este delito (también conocido como desobediencia sanitaria).

Por todo lo expuesto, creo que lo más acertado, ante el caso de una persona que viole las medidas sanitarias actuales para evitar la propagación del Coronavirus, incurriría en la comisión del art. 205 del Código Penal, a menos que ya haya sido notificada de forma particular que debe cumplir las normas sanitarias o que no acate las órdenes de la autoridad en el momento de efectuarse algún control, donde también incurriría en la comisión del delito contemplado en el art. 239 (desobediencia a la

autoridad). El concurso, en ese caso, podría ser real. De otra forma, encuentro muy complicado asimilar un concurso ideal de las dos figuras mencionadas.

### **3. Consecuencias jurídicas de la violación de las normas sanitarias**

En cuanto a las consecuencias jurídicas, es sabido que la comisión de un delito conlleva la formación de una causa que se desarrolla dentro de un proceso penal. La primera línea de control y aplicación del poder punitivo estatal (la criminalización secundaria) estaría compuesta por los cuerpos policiales o las fuerzas de seguridad, las que se encargan del contralor y la detención de las personas que incumplan las disposiciones sanitarias.

Más allá de que en todos los lugares de nuestro país la regulación de la actuación policíaca es bastante similar, en lo que hace a la policía de nuestra provincia, el art. 268 del Código Procesal Penal de Santa Fe ordena que la misma deberá *“investigar todo delito de acción pública que llegue a su conocimiento en razón de su función, por orden fiscal o por denuncia, debiendo, en este último caso, comunicar dicho extremo en forma inmediata al Ministerio Público de la Acusación a los fines de recibir directivas”*.

A los fines que aquí interesa, entre los deberes y atribuciones se establecen las de recibir denuncias, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores e individualizar la evidencia que pueda dar sustento a la acusación; aprehender, detener e incomunicar a las personas, en los casos que este Código autoriza, informándolo de inmediato al Fiscal; secuestrar los instrumentos del delito o cualquier otro elemento que pudiera servir para el objeto de la investigación en caso de urgencia o peligro en la demora e identificar al imputado.

Como vemos, ante la comisión de cualquier delito, entre los que se encuentra incluido el que está bajo análisis, la policía tiene, entre otras, las atribuciones mencionadas. Dato no menor para tener en cuenta, teniendo en consideración que el poder de control que se les ha otorgado a las fuerzas de seguridad con esta situación de excepción que nos encontramos viviendo ha provocado que el número de aprehensiones se eleve considerablemente, así como que se expanda la diversidad de personas sometidas a procesos penales. No podemos ser ajenos al grado de selectividad

del sistema penal, el que opta por perseguir y sancionar, casi naturalmente, los delitos más burdos cometidos por las personas de grupos o estratos marginales. Con este fenómeno de la pandemia se han incrementado los controles y se ha ampliado los grupos de control, es decir, hoy se demora a personas que, usualmente, la policía no demora, como son personas de clases medias y medias altas.

El descubrimiento en flagrancia de la comisión de una persona incumpliendo el ASPO conlleva su aprehensión por la fuerza de seguridad, su demora a la espera de la orden del Fiscal o del Juez Federal de turno. Actualmente, en la Provincia de Santa Fe, por protocolo, la policía tiene la orden de no consultar al fiscal de turno en caso de que la persona no haya sido notificada anteriormente de que debe cumplir el aislamiento, mientras no haya cometido otro delito de forma conjunta, mientras no se secuestre algún vehículo y mientras no se encuentre con un pedido de captura vigente. Es decir, si se advierte que una persona está violando la norma sanitaria de manera injustificada exclusivamente, a pie, debe notificarla de su obligación de cumplirla y ordenar a la misma que se dirija a su domicilio, donde deberá permanecer hasta nuevo aviso, conforme lo disponga eventualmente un nuevo DNU presidencial. Todo ello, sin necesidad de consultar a la autoridad judicial provincial. En todos los demás casos, si debe hacerse consulta una vez detenido el infractor.

Paralelamente, en caso de que el sujeto se encuentre violando el ASPO u otra de las medidas que se adopten, a bordo de un vehículo con motor, el mismo podrá ser secuestrado de acuerdo con las facultades que tiene la policía en el art. 268 del CPP mencionado y el propio Fiscal, en el art. 240 del mismo cuerpo legal. Estas facultades deben conectarse, obligadamente, con el art. 23 del Código Penal, el cual trata el decomiso de *“las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios”*.

En resumidas cuentas, el decomiso es una pena accesoria que sigue a la de prisión, multa y/o inhabilitación, que afecta puntualmente al patrimonio de la persona condenada por un delito cuando utiliza los bienes para cometer el hecho, como sería el caso de quien utiliza su vehículo particular para salir de su vivienda cuando por disposiciones sanitarias debería permanecer en la misma. De esta forma, se busca evitar

que esos bienes puedan volver a formar parte del patrimonio del condenado o que puedan resultar en un provecho si fuera producto del delito (piénsese en el lavado de activos por el comercio de estupefacientes; es posible secuestrar todo el dinero que sea fruto de la venta ilegal de una droga para evitar que el propio imputado o las personas allegadas puedan hacer uso del mismo -sacar provecho-). Pero, como dijimos, el decomiso opera con una sentencia condenatoria que así lo disponga. Mientras tanto, durante el trámite del proceso para arribar a esa sentencia, juega el instituto de las medidas cautelares reales -embargos, secuestros, inhibiciones generales, etc.- para que los bienes que podrían ser decomisados no “desaparezcan”, o no los desaparezca el propio imputado.

Adentrándonos en esto, el art. 4° del DNU N° 297/2020 dispone expresamente que tanto fuerzas federales como provinciales, podrán efectuar los controles para asegurar la medida de ASPO, así como prevé la posibilidad que las fuerzas de seguridad dispongan la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el Decreto, pudiendo proceder a la retención preventiva de los mismos *“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”*. Sin embargo, dicha disposición resulta más un intento de mensaje a las fuerzas de seguridad y judiciales que una necesidad jurídica, ya que el mismo art. 23 CP habilitaría a secuestrar los vehículos en ocasión de la violación de las normas sanitarias actuales por tratarse de un delito.

La cuestión del secuestro de los vehículos como medida cautelar o medida de coerción real por considerárselo posibles de un eventual decomiso en caso de que recaiga una sentencia condenatoria por el delito del art. 205 del Código Penal (y, en su caso, 239), puede considerarse el de mayor atención, no solo por el impacto sino también por el gravamen inmediato que provoca en las personas. Obviamente que encontrarse incurso en una causa penal no es una situación agradable ni mucho menos, pero si a ello se suma la inmediata de sustracción de un bien mueble registrable de un valor pecuniario considerable (y en muchos casos esenciales para la vida cotidiana), la situación puede ser aún peor. Sin perjuicio de ello, lamentablemente para muchos, la medida está dotada de un anclaje legal de fondo y forma que torna jurídicamente

posible el secuestro de vehículos a las personas que incumplen la cuarentena obligatoria.

La discusión sobre los elementos que hacen a todas las medidas cautelares (*humus fumus iuris* -aparición de buen derecho-, *proporcionalidad y periculum in mora* -peligro en la demora-) podría efectuarse ya dentro del proceso mismo, ante los jueces y fiscales (según el caso que se la causa se tramite ante el fuero federal o provincial, cuestión a la que me avocaré infra).

Mientras ello sucede, los vehículos quedarán a disposición de la autoridad judicial que se encuentra interviniendo en cada caso. En este sentido, en nuestra provincia, a partir de la ley provincial N° 13.579 creó la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de Bienes y Derechos Patrimoniales dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe, encargada del registro, custodia, administración, conservación y disposición de los bienes secuestrados (art. 242 CPP). La APRAD coexiste con Depósitos Judiciales bajo la órbita y control de la Policía de Santa Fe y otros de los que se encarga la Policía Federal, así como otros de otras fuerzas de seguridad nacionales.

Otro tema será el plazo de la medida de coerción real, ¿hasta cuándo puede encontrarse secuestrado el bien? Antes de tratar de responder a esta pregunta, es importante recordar que, en el ámbito de la provincia de Santa Fe, a partir de la reforma de la ley N° 13.579, conforme el art. 242 mencionado "*todos los automotores o motocicletas o cualquier otros bienes muebles registrables que durante el lapso de seis meses, permanecieran secuestrados, y sobre los cuales no se hubiera efectuado reclamo por su propietario o persona con legítimo derecho sobre los mismos, o en caso de que efectuado el mismo no se hubiera agotado el procedimiento podrán ser entregados en calidad de depósito renovable anualmente al Poder Ejecutivo, para que lo utilice en funciones específicas de la Policía, Organismo de Investigación del Ministerio Público de la Acusación o de los institutos de privación de libertad, educativos o asistenciales del Estado Provincial*".

En caso de que se hubiere efectuado el reclamo, pero no se hubiera agotado el procedimiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 243 del código adjetivo que

dispone lo siguiente: *“Tan pronto como fuera posible, el Fiscal ordenará la devolución de los objetos secuestrados que no estén sometidos a decomiso, restitución o embargo, a la persona de cuyo poder se sacaron. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos.*

*Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.*

*Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil”.*

Por último, en lo que respecta al tratamiento normativo de este punto, el art. 244 indica que serán de *“aplicación supletoria respecto a las medidas cautelares de coerción real, las normas legales y reglamentarias que establecen la actuación de la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de Bienes y Derechos Patrimoniales en primer término, y las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial”.*

Como vemos, el conjunto de normas expuesto no establece plazos para la devolución de los efectos que se secuestren y ello se debe a que la devolución definitiva o en carácter de depositario judicial que eventualmente disponga el Fiscal, depende estrictamente del caso concreto y del devenir de la causa, no pudiendo brindarse una referencia temporal genérica. Habrá que discernir en cada causa si es posible la devolución y ello está influenciado por la gravedad del hecho puntual (no sería lo mismo quien ingresó infectado con Coronavirus a un hospital que quién solo salió a trotar por el Boulevard) y por las evidencias que se fueran recabando a lo largo de la Investigación Penal Preparatoria. No está de más agregar que también puede llegar a plantearse la sustitución del bien embargado con el ofrecimiento de otro tipo de caución real, cuestión que también deberá ser planteada ante el Fiscal o, en caso de controversia, ante el Juez de IPP.

Interesante resulta ser lo dispuesto por el art. 4° del DNU N° 297/2020 al hablar de la *“retención preventiva”* de los vehículos. Allí establece que podrá ser *“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*". Quizás esto sirva para efectuar planteos en el plano del proceso, una vez que la situación de emergencia sanitaria se haya disipado, pero por el momento ello no luce razonable ni apropiado, ya que sería fácil sostener que con la devolución de todos los vehículos se vulneraría de forma efectiva el fin preventivo que tiene ésta y otras normas para evitar el incumplimiento de la ASPO y la consecuente propagación de la epidemia.

En lo que respecta al fuero Federal sobre el tratamiento del secuestro, si bien hay cierta tendencia de los Jueces a renunciar a la instrucción de los procesos penales y remitirlas al Fiscal Federal, aún hoy es el Juez Federal el que mantiene facultades de persecución e impulso de la acción penal, por lo que será el mismo quien podrá disponer el secuestro (art. 231 del CPPN) y ante éste deberá solicitarse la devolución o el ofrecimiento de actuar como depositario judicial, debiendo poner a disposición el bien siempre que le fuera requerido.

Como puede verse, hemos mencionado a ambas jurisdicciones, tanto la provincial como la federal. Esto es indicativo de otro conflicto jurídico de naturaleza procesal que se genera a raíz de la situación de pandemia que estamos viviendo y se resume en la pregunta: ¿qué fuero es competente para entender ante el delito de violación de normas sanitarias contemplado en el art. 205 del Código Penal? ¿Justicias provinciales o Federal?

#### **4. Tratamiento de parte de las jurisdicciones locales y federales**

Tras la imputación de los delitos contemplados por los arts. 205 y 239 del Código Penal, cierta jurisprudencia local ha considerado que la violación de la orden presidencial en relación a la cuarentena es un delito que se integra con normas extrapenales, que lo abastece un decreto presidencial, al cual ciertamente adhiere la provincia de Santa Fe, pero no es menos cierto que el bien jurídico tutelado tiene que ver con la salud pública, con una repercusión que trasciende las fronteras y, por lo tanto, la competencia sería de índole federal. En consecuencia, han existido resoluciones de jueces provinciales que se declaran incompetente para entender sobre estos delitos.

El DNU N° 297/2020 que dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) de toda la población argentina desde esa fecha que consiste, básicamente, en quedarse en sus residencias habituales, evitando circular por espacios públicos (arts. 1 y 2), en el art. 3 establece que *“el Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad. “En el art. 4° expresa 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”*. El art. 10 indica que *“las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 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”*.

Ante ello, cabe apreciar que al tratarse la figura penal consagrada en el art. 205 del C.P. de un ilícito para cuya configuración debe remitirse a lo dispuesto por las autoridades competentes, vemos que en tema salud pública, las provincias también tienen facultades de reglamentación. Y así, como pueden reglamentar las disposiciones necesarias para evitar la propagación de la pandemia, tienen la correlativa atribución de verificar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento.

El poder de persecución de las conductas que incumplan la normativa que integran el precepto del art. 205 del C.P. corresponde a las autoridades federales y a las

locales, según la distribución de competencias que hace la Constitución. Sería un contrasentido tener la atribución de poder disponer normativa local a los fines de evitar la propagación de la pandemia, pero no estar facultado para la investigación, persecución y juzgamiento de tales disposiciones que dan contenido (al ser norma extra-penal) a la acción tipificada por el art. 205 del CP.

La postura que sostiene que la persecución de la violación de esta medida sería exclusivamente federal, supone un análisis, a nuestro entender, erróneo y que obstruye la persecución penal de conductas que violan normativa de derecho común, reglamentada por un DNU del PEN (Art. 75, inc. 12 de la CN). Este artículo de la Constitución finaliza estableciendo que la aplicación de las normas de derecho común no debe alterar las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Es más, cuando se trata de determinar qué es materia de derecho federal, ello se lo realiza por exclusión: comprende todos los asuntos que la Constitución Nacional confiere al gobierno federal y que no son de derecho común ni de derecho local.

La salud pública es materia reglamentada por el derecho común, por ende, no constituye derecho federal y corresponde a las jurisdicciones locales o federales según distribución de competencias contemplada por arts. 116 y 75, inc. 12 CN.

Todo lo que hace a la definición de las competencias de la jurisdicción federal se encuentra regulado en el artículo 116 de la CN, de forma tal que a los fines de determinar si todo lo relacionado con la punición de la infracción que contempla el artículo 205 del C.P. encuadra en dicha norma debe verificarse tal precepto constitucional.

El art. 116 de la C.N. contempla tres supuestos que configuran la jurisdicción federal: a) competencia territorial federal: el territorio donde se comete el delito debe estar sujeto a jurisdicción federal (los establecimientos de utilidad nacional -art. 75 inc. 30 C.N.- y los territorios nacionales -art. 75 inc. 15 CN-); b) por la investidura del sujeto (embajadores, etc.), que tiene competencia exclusiva y originaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 117 C.N.) y c) competencia por materia: que tiene en cuenta que sea federal el interés afectado por el delito.

Así, solo cabría analizar el tercer supuesto, donde se evalúa si existe o no un interés federal afectado por el delito. Existe total coincidencia que el delito afecta un bien jurídico público cual es la salud pública. Ahora bien, lo que urge en verdad precisar dado el carácter de pandemia del Covid- 19 es cuáles son los intereses que se estarían viendo afectados o poniendo en peligro. Es tan delicado y complejo el problema de sanidad que estamos viviendo que ello puede observarse de los datos que vienen del exterior y sus consecuencias, por lo que puede afirmarse, sin temor a equivocarnos, que se trata de un problema de toda la sociedad, una cuestión general que afecta y daña a todos los ciudadanos del país, que demanda la intervención colectiva y comunitaria.

Con ello, nuestra afirmación es que se dañan los intereses de todos, los de las provincias y los de la Nación, como con cualquier delito, pero en este caso con mayor riesgo para todos por la alta posibilidad de contagio. No siendo exclusivo los intereses afectados, nada justifica que sea la justicia de excepción. De otra parte, puede señalarse que el caso no está previsto tampoco en el artículo 33 CPPN., lo que tampoco justificaría la jurisdicción federal porque en tal caso sería inconstitucional. No obstante, este argumento nos sirve para reafirmar que ni el propio legislador nacional previó este caso como federal.

En este orden de ideas puede verse que se trata de un delito común, en tanto presuntamente está siendo cometido masivamente en todas las provincias de la República, intervienen fuerzas de seguridad provinciales y federales y en materia de justicia penal en la provincia está interviniendo exclusivamente la justicia provincial.

Como se observa, ninguno de los tres supuestos contemplados por el artículo 116 C.N. justifica racionalmente que sea la justicia federal la que deba intervenir única y exclusivamente en la cuestión que nos trae a tratamiento el art. 205 del CP. Al no tratarse de una competencia expresamente delegada al Gobierno Federal, se concluye que es una cuestión que ha sido reservada por las provincias (art. 121 CN) para su juzgamiento, en el ámbito de su jurisdicción.

Es decir, no estando afectados bienes jurídicos que pertenecen al Estado Federal ni que perjudican su funcionamiento, la represión de estos hechos debería estar a cargo de la justicia ordinaria, pues no ha sido delegada la facultad en la Nación más que en los

casos expresamente previstos, todo conforme a las disposiciones de la Constitución según las cuales las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno central.

Un tema similar de delimitación de competencia fue tratado recientemente por la Corte Suprema de Justicia Provincial mediante el fallo recaído en autos “Aliau, Juan Bautista y otros s/ Asociación ilícita y otros s/ recurso de inconstitucionalidad”, de fecha 27/02/2020. En ese caso judicial, la Corte Provincial confirmó la competencia provincial en la persecución del ilícito contemplado por el art. 303, inc. 2 del C.P. en relación a la investigación y juzgamiento del delito de Lavado de activos.

Se trae a colación tal antecedente, pues echa claridad para dilucidar el asunto traído aquí en agravio el voto emitido por la Sra. Ministra Dra. María Angélica Gastaldi, quien en alusión a la jurisdicción federal expresó: *“Sabido es que la intervención del fuero federal es de excepción, y por ende, se encuentra circunscripta a causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva (Fallos 319:2018; 321:207; 322:589; 323:3289; 326:4530; 327:3515) y que está condicionada a la existencia de hechos que pueden perjudicar directa y efectivamente a la Nación (Fallos 317:429; 320:2586; 321:1207 y 2761; 322:203; 323:3122 y 3289; 325:2436).*

*Y en tanto, en nuestro régimen federal de gobierno los órganos del Estado Nacional sólo poseen las atribuciones que las provincias les han delegado (Arts. 1., 121 y 126 de la C.N.), la atribución de llevar adelante los juicios por delitos que tienen incidencia sobre intereses locales, que tienen lugar en el territorio provincial, no forman parte de aquéllos (Arts. 5, 75, inc. 12, 116 y 118 de la C.N.).”*

Por todo lo desarrollado, si en el caso concreto no logra demostrarse o advertirse que pudiera mediar afectación a intereses federales o no se demuestra que el hecho enrostrado al justiciable quede alcanzado en aquellos supuestos legales de competencia de excepción (Art. 33 del CPPN), no creemos que exista motivo alguno que justifique un desplazamiento de la competencia local.

No existen razones para excluir a la justicia provincial de un hecho cuyos efectos están anclados en este terreno, poniendo de resalto la intervención conjunta de ambas

jurisdicciones la materia; la intervención de la provincia optimiza el trabajo en conjunto en esta compleja problemática de sanidad pública.

En este orden de ideas, y teniendo presente las circunstancias excepcionales por las que atraviesa la situación sanitaria de todo el país y del mundo entero desde la declaración de pandemia del Covid-19, aunado a la inmediatez de los funcionarios provinciales, no cabe ninguna duda que se encuentran en mejores condiciones para intervenir en las controversias que vengan a su conocimiento.

En este sentido, resulta significativo recordar lo dispuesto por la Procuración General de la Nación que ha manifestado que con el fin de evitar la propagación del Covid 19 y afirmando el compromiso de preservar la salud pública, va a: *“[...] evitar los planteos de competencia en los casos en que ya se encuentre interviniendo la justicia provincial, los que solo harían prevalecer los medios (las formas) sobre los fines (la sustancia) en contraposición al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que éstos se enderezan, que es el de contribuir a la más efectiva realización del derechos [...]”*<sup>3</sup>.

Resulta necesario citarse también en este punto, el fallo N° 99 T° XXXV F° 254/258 de fecha 06/04/20 del Juez del Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario, Dr. Javier Beltramone, dentro de la Carpeta Judicial CUIJ N° 21- 08356115-4 caratulada "Bustos Mariano Emanuel, Bustos Gonzalo Leonel y Barreto Paula Ayelen s/ Tentativa de robo calificado por el uso de arma y por ser cometido en poblado y en banda, amenazas simples, daños, violación de las medidas adoptadas por la autoridad para impedir la propagación de una epidemia y desobediencia", en donde dejó claro que *“adaptarse y consustanciarse en la situación social que vivimos dada la naturaleza del delito en ciernes que no tiene una ley especial del Congreso de la Nación que determine su competencia Federal- (ley de estupefacientes por ejemplo) debe ser entonces el norte que nos guíe a comprender la cuestión a dilucidar”*.

---

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/comunicado-de-la-procuracion-general-de-lanacion-a-partir-de-la-intervencion-que-le-competee-al-ministerio-publico-fiscal-por-las-infraccionales-articulo-205-del-codigo-penal-en-funcion-del-dnu-2602>.

Asimismo, agrega el ilustre magistrado que *“El tipo penal en ciernes por todos harto conocidos no pertenece al fuero de excepción de la Justicia Federal. No es un delito que dentro de la normativa vigente así el legislador lo haya determinado.*

*El bien jurídico protegido es la Salud Pública, y sabido es que en el caso en concreto el tipo penal tiene por objeto la sanción de aquellas acciones u omisiones dolosas mediante las cuales se puedan producir la introducción o propagación de una epidemia. No de cualquier forma, sino exclusivamente, a través de la violación de las normas impuestas por la autoridad competente.*

*Ahora bien, siendo un tipo penal en blanco, pues requiere de ley o acto administrativo que dicten las autoridades en consecuencia para determinar el tipo de infracción (en el caso violación de cuarentena), observamos sin duda alguna, que nos encontramos con un tipo penal que será de competencia provincial por lo general y en algunos casos, federal.*

*Ello es así, pues, la expresión de las medidas adoptadas por las autoridades competentes debe ser entendida en el sentido amplio de autoridad nacional, provincial o municipal, facultada para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia (Fontán Ballestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, "Tratado de Derecho Penal", Parte Especial, Tomo III, editorial La Ley, 2013, pág. 512.).*

*Esta sola cita determina a comprender que estamos frente a un conflicto de naturaleza provincial”.*

*Además, expuso en este fallo que “la salud pública, de modo alguno puedo verse como un interés excluyente y exclusivo de la Nación, y claramente este interés concurre con las provincias y los municipios, quienes además tienen bajo su órbita hospitales, centros de Salud. etc. Ello comprendiendo que en esta pandemia y agrego desde un punto de vista personal que con sensatez exista hoy una coordinación permanente entre la Nación, las provincias los municipios no excluye la competencia provincial.*

*[...] Y resulta relevante justipreciar que así ha ocurrido, pues cada provincia e incluso algunos municipios, ha desarrollado sus políticas de prevención y del modo de ejecución sobre la posible violación al artículo 205 del C.P. en base al conocimiento*

*profundo claro y puntual que tienen de sus comunidades, que solo resulta posible desde la cercanía y desde la localía, por ello además diferentes provincias adoptaron medidas muy distintas a la nación, incluso antes que la misma”.*

En otro orden de ideas, el Camarista nombrado dijo que *“no podemos perder de vista que en muchos casos de detención y/o demora de personas en violación a la norma general emanada del Gobierno Nacional, lo es por derivación de la comisión de otros presuntos ilícitos cometidos en la jurisdicción provincial tal es el caso de autos, donde los co-imputados son aprehendidos por la presunta comisión de los delitos de tentativa de robo calificado por el uso de arma y por ser cometido en poblado y en banda, amenazas simples, daños, violación de las medidas adoptadas por la autoridad para impedir la propagación de una epidemia y desobediencia.*

*[...] Luego debo preguntarme, cual es la razonabilidad de desdoblarse actuaciones en dos legajos distintos que contienen el mismo sustrato fáctico donde no se avizora la atribución de un delito de competencia federal exclusiva.*

*Ninguna duda queda entonces que la competencia -al menos en la emergencia- debe ser provincial, pues cada Provincia junto con sus municipios, conocen y saben con mayor precisión cuál es el cuadro de situación sanitaria que se vive y así y en consecuencia dicta sus decretos/leyes/ordenanzas, autorizados por el propio Poder Ejecutivo Nacional en las citas referenciadas del DNU nacional, que repercuten dentro de política criminal para estos casos, siendo que cada provincia además los sanciona de diversas formas (multas, confinamiento en hoteles, etc.) amén de la pena que el tipo penal contiene en abstracto para toda la Nación el tipo penal en ciernes”.*

Es menester referir que el Gobernador de la Provincia de Santa Fe, Omar Perotti, firmó el Decreto 270/20 (de fecha 20/03/20) que instruye a las diferentes jurisdicciones de gobierno a prestar la colaboración más amplia posible a las correspondientes del orden nacional, para la plena ejecución de las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, en el territorio de la provincia a causa del coronavirus (COVID-19). Del decreto del Poder Ejecutivo provincial se lee expresamente lo siguiente: *“Que por tal razón procede disponer en este acto la adhesión de la Provincia al citado DNU N° 297/20, en tanto resulte de competencia de la misma e instruir a las diferentes jurisdicciones de*

*gobierno dependientes de este Poder Ejecutivo a prestar la colaboración más amplia posible a sus correspondientes del orden nacional para la plena ejecución de las medidas dispuestas por el Presidente de la Nación, en el territorio de la Provincia; [...].”*

En este aspecto, se reafirma la facultad de concurrencia y colaboración que debe existir entre ambos niveles de gobierno ante la problemática de emergencia sanitaria que representa la pandemia del Covid-19. Es más, profundiza el Decreto Provincial esta relación de concurrencia al establecer que el debido control y la eventual persecución de las infracciones a tal normativa estará también a cargo de la Policía de la Provincia, quien deberá brindar colaboración a las fuerzas de seguridad nacionales, a los fines del cumplimiento de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en el territorio provincial.

Sin dudas, el Decreto 270/20 del Poder Ejecutivo provincial refuerza las atribuciones concurrentes y de colaboración que tiene la provincia con el gobierno federal frente a esta situación de sanidad excepcional y de emergencia que nos afecta a todos.

Por último, cabe recordar que nuestro país, se ha comprometido por medio del PIDCyP (art. 12), a asegurar progresivamente a cada habitante el más alto nivel posible de salud física y mental, lo que incluye la preservación del medio ambiente, la prevención y tratamiento de epidemias y endemias, la higiene en el trabajo, entre otras cuestiones. En forma concordante, se suman la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer que establece el derecho a la protección de la salud y en especial el acceso a servicios adecuados de atención médica (arts. 11, apartado f y 14, apartado b); la Convención internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación Racial que recepta el derecho a la salud pública y la asistencia médica (art. 5, apartado IV); la Convención sobre los Derechos del Niño menciona los derechos al disfrute más alto de salud (art. 24). Que todas estas convenciones internacionales receptan habilitan restricciones con fundamento en la necesidad de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.

Estos instrumentos internacionales integran el bloque de convencionalidad al cual la CN le ha otorgado jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22, segundo párrafo),

generándose una obligación de garantizar tales derechos mediante acciones positivas por parte también de las jurisdicciones locales; lo cual ha realizado el Poder Ejecutivo provincial a través del Decreto 270/20 (en adhesión al DNU 297/20 del P.E.N.), lo cual ejecutan diariamente los miembros de la policía provincial y todos los funcionarios y empleados públicos de las diferentes reparticiones de la provincia (especialmente en el ámbito de la salud).

Atento a que control de convencionalidad debe ejercerse de oficio, por parte de todos los órganos de gobierno, siendo los jueces los que en última instancia deben mostrarse como verdaderos intérpretes de la normativa convencional (concibiéndose al control convencional supra nacional/externo como subsidiario, complementario y coadyuvante respecto del control efectuado por los órganos internos del Estado); y en atención a que el control de convencionalidad difuso ha traído entre nosotros una mayor eficacia en el cumplimiento y observancia de las disposiciones internacionales de DDHH, corresponde permitir que la justicia provincial persiga y entienda ante estos hechos, concurrentemente con la Justicia Federal, para salvaguardar la debida protección que merecen los derechos humanos fundamentales en tela de juicio como lo es la salud pública, la salud de todos sus integrantes, la cual intenta proteger el art. 205 del CP.

## **5. En resumen**

Para finalizar, entonces, puede resumirse que el delito previsto en el art. 205 CP sanciona a quien incumpla la medida de ASPO y cualquier otra que disponga el gobierno nacional o los provinciales, por ser normas de carácter sanitario para prevenir la propagación del COVID-19. Es un delito que puede ser cometido por cualquier persona, que con intencionalidad y sabiendo que es una norma obligatoria, viola la misma. Basta con el mero incumplimiento y su constatación para dar por configurado este delito (por ser un delito de peligro abstracto), no siendo necesario que esa persona se encuentra infectada con el virus ni que haya puesto en peligro la contención de su propagación.

En caso de que la policía u otras fuerzas de seguridad adviertan que una persona está incumpliendo injustificadamente el aislamiento, puede detenerla y si la misma está

a bordo de un vehículo, secuestrar el mismo. Luego, podrá discutirse en un proceso penal la proporcionalidad y duración de esa medida cautelar real.

Ese proceso penal puede ser llevado de forma concurrente, a nuestro entender, por cualquiera de las jurisdicciones, tanto provincial como federal, dependiendo quien haya prevenido o intervenido en primer lugar, ya que se trata de un delito previsto en el art. 205 del Código Penal es de derecho común y no ha obstáculo alguno para que las provincias puedan perseguir y sancionar la comisión del mismo.

Además, a los fines últimos de todas las normas relacionadas con esta situación de pandemia mundial y su espíritu preventivo-disuasorio, resulta ser la mejor opción para prevenir mayores daños a la salud de la comunidad y muertes. Pudiendo advertirse que, si ello así no lo fuera, podría comprometerse la responsabilidad internacional del Estado argentino por incumplimiento del debido cuidado que merecen los derechos esenciales contemplados por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Las autoridades provinciales deben ser autorizadas para que, en el cumplimiento de sus funciones, en el ámbito de sus jurisdicciones, puedan proceder a la sanción de las eventuales conductas que pongan en riesgo o afecten tales derechos esenciales como la salud pública, bien jurídico tutelado por la norma 205 del CP.