



## **Ministerio Público de la Nación**

Causa Nro. 6664/20 Coirón Nro. 76226/20

Jdo. N° 7 – Sec. N° 14

### **POSTULA SOBRESEIMIENTO**

Señor Juez:

Carlos Alberto Rivolo, Fiscal titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 2 en la causa de referencia, que por delegación prevista en el art. 196 del CPPN tramita ante esta Fiscalía a mi cargo, a V.S. me presento y digo:

#### **I.- Hechos.**

Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo del acta labrada el pasado 26 de Agosto del corriente año, por parte de personal de la comisaria vecinal 7 C de la Policía de la Ciudad, mientras se encontraban ejerciendo funciones en relación con el cumplimiento del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) Nro. 260/20 sobre emergencia sanitaria, modificado por DNU Nro. 287/20, DNU 297/20 y concordantes, los cuales, en el contexto actual de “Pandemia” declarado por la Organización Mundial de la Salud, decretaron el aislamiento social preventivo y obligatorio (en adelante, “ASPO”) de la totalidad de la población y, con ello, la prohibición de desplazamiento de las personas por espacios públicos rutas y vías, a excepción de aquellos que cumplan tareas esenciales, con el objeto de prevenir la circulación y contagio del coronavirus Covid-19.

En tales circunstancias y según refleja las correspondientes *Actas de Notificación de emergencia sanitaria y aislamiento social preventivo y obligatorio DNU 297/20* labradas respecto de LUIS HALL LLATAS ( DNI nro.94.857.924) y MARCO ANTONIO PACHECHO MURRIETA ( DNI NRO. 94675481), se procedió a notificarlos y poner en conocimiento del Art. 205 y Art. 239 del Código Penal; como así también sobre las normas procesales vigentes y seguidamente se los enteró que deberán, en forma urgente, acatar la cuarentena, cumpliendo con las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional. Por último, se les hizo saber el juzgado que interviene en su caso y que deberán aguardar, cumpliendo la cuarentena y hasta tanto finalice la prohibición decretada por el Poder Ejecutivo Nacional, la convocatoria que le realice la Autoridad Judicial. La presente se labra con la intervención de los funcionarios policiales en carácter de testigos, siendo que para evitar la eventual propagación, agravamiento, contagio, no se requiere la presencia de testigos de actuación particulares.

Luego de requerirse informes de antecedentes penales y del Re.Na.Per., se dispuso el cierre y elevación de actuaciones al juzgado a vuestro cargo.

Delegada la presente investigación en esta Fiscalía en los términos del art. 196 del CPPN, y luego de tomar vista de lo actuado, corresponde exponer las circunstancias fácticas y jurídicas que motivan el presente dictamen.

## **II. Fundamento normativo para el control de cumplimiento del ASPO. Los Decretos de Necesidad y Urgencia.**

Cabe recordar que la ley 27.541 dictada el 23 de diciembre de 2019 por el Congreso Nacional, dispuso, en su artículo 1°, declarar la emergencia pública en materia sanitaria, entre otras, delegando en el Poder Ejecutivo las facultades pertinentes para tal fin.

El pasado 12 de marzo de 2020, ante la declaración de Pandemia dictada por la Organización Mundial de la Salud, en relación al coronavirus denominado Covid-19, el Presidente de la Nación, en uso de las facultades que le otorgan los incisos 1° y 3° del art. 99 de la Constitución Nacional, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 260/2020 dispuso: *“ARTÍCULO 1°.- EMERGENCIA SANITARIA: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”*.

En lo que aquí atañe, el artículo 22 del citado decreto estableció lo siguiente: *“INFRACCIONES A LAS NORMAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA: La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal”*.

Que, ante la información difundida por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) con fecha 19 de marzo de 2020, en orden a la propagación de casos del coronavirus COVID-19 a nivel global, afectando a más de 158 países de diferentes continentes, se incrementaron las medidas de protección de la población contra el citado Coronavirus, mediante el Decreto 297/2020, de fecha 20 de marzo de 2020, disponiendo: *“ARTÍCULO 1°.- A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la*



## **Ministerio Público de la Nación**

*situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19”.*

Este aislamiento social, preventivo y obligatorio fue sucesivamente prorrogado mediante el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia que, hasta la actualidad, con diferentes modalidades, características y excepciones, mantienen la vigencia del ASPO.

En cada uno de dichos DNU se previeron las consecuencias jurídicas frente al incumplimiento de las disposiciones enunciadas, decretando “*sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente*”, amén de la “*denuncia penal que corresponda efectuar*”, conforme las figuras previstas en el delito de desobediencia como así también en el de violación de medidas adoptadas para impedir la propagación de una epidemia (Artículos 239 y 205 del Código Penal, respectivamente).

A fin de explicar la forma y extensión de las medidas adoptadas, el Artículo 2 del DNU 297/2020 estableció: “*Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos*”. En su artículo 3 dispuso: “*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”.*

Asimismo, para dar cumplimiento al control permanente establecido, el Artículo 4 declaró: *“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 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”.*

### **III.- Análisis de los tipos penales citados en los DNU.**

El artículo 205 del Código Penal establece: *“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”.* A su vez, el artículo 239 prevé como conducta prohibida la acción de quien *“resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.*

#### **1. Artículo 205 del Código Penal:**

Dentro del Título VII nuestro código de fondo trata los delitos contra la seguridad pública y específicamente en el Capítulo IV regula las infracciones contra la salud pública.

Específicamente en relación a la conducta tipificada por el citado artículo 205, Soler explica que: *“... para la existencia de un delito de este tipo es indispensable la existencia de un peligro común para las personas, un peligro indeterminado, y tal existencia es suficiente, en consecuencia, para la caracterización del hecho, pues lo que es sólo un peligro mirado desde cierto punto de vista es ya una lesión, considerado en relación con la seguridad, la cual resulta efectivamente disminuida por la sola existencia de la indefinida posibilidad de daños”* (Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, editorial TEA, décimo primera edición).

El bien jurídico protegido es la salud pública que se afecta con la epidemia. Boumpadre remarca *“... que la salud pública constituye un interés supra individual, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, aunque [...] complementaria de la salud individual de cada persona por ser susceptible de fragmentarse en situaciones*



## ***Ministerio Público de la Nación***

*subjetivas que lo integran*". A su vez, es preciso mencionar tal como señala Creus, “*que el bien jurídico protegido por el artículo 205 del Código Penal no ofrece aquí duda alguna: directamente se protege la salud pública, que es a la que ataca la epidemia*”, pues el mismo, sanciona aquellas acciones u omisiones dolosas mediante las cuales se puedan producir la introducción o propagación de una epidemia exclusivamente, a través de la violación de las normas impuestas por la autoridad competente (BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009).

De allí, puede advertirse que estamos en presencia de una de las denominadas leyes penales en blanco, las cuales, para verificar el quebrantamiento de las normas impuestas, deben ser completadas con una disposición que establezca la prohibición o mandato, conforme lo demanda el principio constitucional de legalidad. Es decir, son aquellas que necesitan ser complementadas por otro tipo de norma, generalmente dictada por el Poder Ejecutivo Nacional, que puede revestir o no el carácter de excepcional o transitoria, permanente o de emergencia y que, al servir de complemento, su infracción es la que constituye delito.

Avanzando en el análisis normativo de esta infracción, también se afirma que estamos en presencia de un delito de peligro, viéndose afectado el bien jurídico tutelado con su mera posibilidad de lesión. La sola manifestación de la voluntad con generación de peligro constituye el resultado lesivo en esta figura formal. Tal es la postura de la doctrina mayoritaria, que entiende que, para la configuración del delito, el peligro típico consiste en la hipotética situación que hubiera peligro para la salud pública (peligro abstracto o posibilidad lejana de riesgo). El riesgo de que haya peligro basta para entender que existió afectación al bien jurídico “salud pública”. Es decir, se consuma con la sola omisión que importe la violación de la medida sanitaria, ya que esta omisión en una situación de epidemia implica un peligro cierto y objetivo a la salud pública; se genera con esta violación un riesgo serio de propagación de la epidemia.

No obstante, otro sector doctrinario entiende que para ser antijurídica materialmente, la acción típica debe haber creado un peligro real de propagación o introducción de una epidemia. Es decir, se considera este ilícito como un delito de peligro concreto; para ser típica, la conducta requerirá que la violación de la medida sanitaria haya

traído como consecuencia la introducción o propagación de una epidemia o, por lo menos, el riesgo concreto de que ello ocurra. En tal sentido, Donna sostiene que *“es un delito de peligro concreto [...] que requiere la prueba del peligro para el bien jurídico en el caso particular”*. Y agrega que, en el fondo, se trataría de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial. La desobediencia deviene en una cuestión vacía cuando se prueba la falta de peligro para el bien jurídico (DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013).

En igual sentido se pronuncia Zanazzi al explicar que *“... para que en la práctica el derecho penal no pierda su naturaleza de última ratio resulta indispensable que en el caso concreto la violación a la norma conlleve un peligro concreto al bien que tutela la norma (salud pública), para satisfacer un derecho penal respetuoso del principio de lesividad (artículo 19 de la Constitución Nacional) por el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, y la voluntad del estado no es un bien jurídico”* (ZANAZZI, Sebastián, “Violación de medidas contra epidemias”, en *Revista Pensamiento Penal*, Asociación Pensamiento Penal, 26/11/2013). Además, critica *“... la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal”* y, en el caso particular del artículo 205 del CP, considera *“... indispensable que la violación a la normativa conlleve la introducción o propagación de una epidemia o, al menos, el riesgo concreto de que ello suceda. El bien jurídico ofendido demanda lesión o puesta en peligro de la salud pública y no una mera desobediencia al estado”* (ZANAZZI, Sebastián, ob. cit).

Por su parte, Molinario y Aguirre Obarrio señalan que, en el fondo, se trata de un delito de desobediencia, que se agrava por sus serias consecuencias. Aclaran que si las medidas son arbitrarias, si no están finalísticamente encaminadas a combatir la epidemia, este delito no se configurará (Aguirre Obarrio, Eduardo y Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, t. 3, Buenos Aires, TEA, p. 133).

Así, siguiendo esta última postura que exige peligro concreto, se llega a concluir que, si la omisión de respetar la obligación de cuarentena la comete alguien que luego se determina que no era portador del virus, la salud pública jamás corrió un peligro real, por lo que no existe antijuridicidad material de su acción típica, no constituyendo delito por no haber afectación del bien jurídico. El supuesto contrario de una persona enferma con el virus COVID- 19 que omite las disposiciones presidenciales, sí cometerá el delito del art. 205 del C.P., aunque no hubiera contagiado a nadie porque efectivamente creó el peligro reprochable por la norma (“COVID-19 y el delito de violación de medidas



## **Ministerio Público de la Nación**

sanitarias contra epidemias en el Código Penal Argentino”, Juan Manuel Sánchez Santander, [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)).

Mayoritariamente se sostiene que en los delitos de peligro hay un adelantamiento de la punibilidad; su conducta tienen la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos pero, en principio, no tienen un contenido propio de injusto: *“Ha primado, como se puede entender, la prevención general sobre los principios constitucionales de inocencia y culpabilidad [...] el fundamento de la crítica se estructura fundamentalmente en dos frentes. El primero es que debido a las consecuencias de la generalización ex ante que hace el legislador, no permite garantizar la justicia individual. Y así se sostiene que un caso que se analiza dentro de “lo general” como peligroso y que en base a ello se lo declara punible, como delito de peligro abstracto, podría tratarse en determinadas circunstancias de un hecho totalmente no peligroso que termina siendo castigado casi exclusivamente por razones de prevención. El segundo es que los delitos de peligro abstracto se contraponen al peligro de culpabilidad en el caso concreto debido a que es difícil hacer cualquier tipo de imputación subjetiva* (Roxin, Claus, *Parte general*, t. 1, Madrid, Civitas, 2014, núm. 102/121).

Se sostiene además que los denominados delitos de peligro abstracto generan discusión acerca de la afectación del principio de máxima taxatividad, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite al tipo penal, para no tornarlo difuso o arbitrario. Es por ello que, en el caso del artículo 205 del Código Penal, resulta indispensable que la violación a la normativa sanitaria conlleve la introducción o propagación de la epidemia o, al menos, el riesgo concreto de que ello suceda. El bien jurídico ofendido demanda lesión o puesta en peligro de la salud pública y no una mera desobediencia al estado. Si no se acredita esa afectación a la salud pública, se tratará de una infracción meramente administrativa. Entonces, si no hay peligro alguno para el bien jurídico, no habría imputación posible; por ello, deberá admitirse la prueba para el caso concreto. La idea fundamental está en que en los delitos de peligro abstracto solo se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 249).

De lo expuesto corresponde preguntarse: El hecho de estar en la vía pública sin la debida autorización o permiso administrativo y sin dar fundamento de ello,

¿tiene en sí mismo la entidad suficiente para completar el campo de la tipicidad de esta norma? En un supuesto delito de flagrancia se debe requerir un mínimo de causa probable, que permita afirmar que estamos frente a una aparente conducta ilícita. Para ello, no basta con la constatación de la conducta de incumplimiento, pues tal comportamiento constituye un presupuesto necesario, pero no suficiente, para completar el tipo legal. Tratándose este de un delito doloso, se debe verificar mínimamente si el infractor poseía el conocimiento interno de la posibilidad de propagación del virus infringiendo el ASPO, sea porque ya se sabía portador del mismo o porque poseía sintomatología compatible o porque mantuvo contacto estrecho con una persona infectada –sabiéndolo-, etc. La sola verificación de una conducta desobediente de la orden de aislamiento social obligatorio no revela *per se* el delito flagrante; debería verificarse si el infractor posee dominio del hecho y actúa en consecuencia.

En definitiva, más allá de la discusión sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto, debería admitirse la posibilidad de ofrecer prueba para desvirtuar el peligro ínsito de contagio sobre el que se erige como presupuesto la norma de prohibición (“COVID-19, Salud pública y derecho penal”, Gustavo E. Aboso, Eldial.com). Y en este aspecto, surge un nuevo punto de análisis que debemos atender, relacionado con la eventual dificultad probatoria de tales conductas para verificar cada uno de los elementos del tipo penal denunciado. A modo de ejemplo, menciono lo establecido por el art. 2 del DNU 297/2020, en cuanto autoriza a todos los ciudadanos comprendidos en el ASPO a realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, amén de las flexibilizaciones que se fueron dictando en las sucesivas decisiones del Poder Ejecutivo.

Siguiendo este razonamiento y tratándose de un delito doloso, corresponde analizar entonces la actuación del infractor como consciente del riesgo que su conducta entraña para el bien jurídico, la decisión de realizar esa conducta dolosa y las consecuencias que de ella derivan. Más allá de la teoría del dolo que se adopte, no hay discusión acerca de la importancia que en una decisión judicial implica la prueba del conocimiento del resultado típico de esa conducta dolosa por parte del autor.

Resulta a todas luces dificultoso con la gran cantidad de personas que se fiscalizan a diario establecer si, al momento de su identificación en el puesto de control, la persona se encuentra justificada para transitar por su función o trabajo esencial (y solo no había tramitado el debido permiso formal), si es o no residente en la zona de control, a pesar de registrar un domicilio lejano al lugar, si se desplazaba por una urgencia familiar o de salud, si lo hacía para abastecerse de productos que no conseguía en su zona de residencia, etc. Por otra parte, los DNU que establecieron y prorrogaron el ASPO, o bien las resoluciones administrativas locales dictadas en consecuencia, no fijan distancias,





## ***Ministerio Público de la Nación***

tiempos, ni cantidad de oportunidades en las que se puede salir del domicilio para abastecerse de estos elementos y/o servicios. Entones, debemos preguntarnos si solo infringe la norma quien se encuentra sentado en una plaza alejada de su domicilio manipulando su celular, por ejemplo, pero no aquel que sostiene la correa de su perro al que llevó a la misma plaza lejos o cerca de su residencia, tal vez por cuarta vez en el día. ¿La puesta en riesgo del bien jurídico ‘salud pública’ la comete solo aquel que transita sin permiso de circulación, pero no quien recorre asiduamente su zona de cercanía? ¿Cuál de ellas delinque, a quien se debe criminalizar por violar las normas sanitarias?

Como respuesta a tales interrogantes, en el trabajo precitado Gustavo E. Aboso entiende que “...*Más allá de las soluciones ensayadas, lo importante y útil que debe dejar la experiencia del Covid-19 es evitar caer en una reacción punitiva desmedida, ya que los casos más emblemáticos de personas infectadas que, a sabiendas, abordaron un medio de transporte público lo fueron de un modo excepcional. La idiotez o el egoísmo todavía no son delitos, la falta de solidaridad tampoco. Seguramente cuando este lapso de aislacionismo obligatorio pase, será deber de la justicia adecuar la respuesta de la ley penal guiada por los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Debemos evitar caer en el histrionismo social y el linchamiento mediático que no coadyuvan a la paz social y menos aún a calmar los ánimos de los iracundos que creen ver en la reacción punitiva la panacea para todos los problemas sociales. ...*” (“COVID-19, Salud pública y derecho penal”, Gustavo E. Aboso, Eldial.com).

En definitiva, el peligro abstracto que la norma intenta prevenir no puede extenderse a la prohibición de conductas que exceden las medidas científicamente exigidas para evitar o reducir la probabilidad de contagio, donde reside el peligro abstracto a la salud pública. La prohibición de conductas en ejercicio de la libertad ambulatoria, cuando no se encuentran entre aquellas, se convierte en una restricción ilegítima y excede el límite de lo que el legislador puede, válidamente, restringir la libertad de los ciudadanos. Esta extensión afecta el principio de lesividad e implica un delito de mera desobediencia, inadmisibles en un estado de libertades. En este sentido se ha afirmado que: “...el deber de cooperación reforzado con pena encuentra *el fundamento de su legitimación* en la libertad de los ciudadanos, ...” (Pawlik, Michael, Ciudadanía y Derecho penal, Atelier, 2016, p. 45 –el texto resaltado pertenece al original-)

## 2. El artículo 239 del Código Penal:

Los decretos de necesidad y urgencia mencionados, también hacen referencia a que aquellos que infrinjan el aislamiento obligatorio, serán pasibles de la sanción prevista por el art. 239 del Código Penal, esto es, resistencia o desobediencia a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal.

Sin embargo, entiendo que tal figura resulta absolutamente atípica para el caso de las infracciones de incumplimiento de aislamiento social, toda vez que, para su consumación, es requisito indispensable el conocimiento pleno de la orden impartida destinada a persona determinada, así como su incumplimiento doloso; es decir, debe ser conocida por quien es objeto de la orden, debiendo haber sido correctamente notificada al singular destinatario (sujeto pasivo concreto y determinado). Así, resulta atípica la conducta cuando esta orden se trata de una disposición dirigida al público en general, como es, precisamente, el caso que nos ocupa. Como corolario de lo expuesto, haré cita de lo siguiente: “... *posiblemente la población a la hora de responder a los controles que realizan las fuerzas de seguridad, no termina de comprender las implicancias de pasar a ser imputados en una causa penal, en la que las consecuencias las verán en un mediano o largo plazo producto del procedimiento y los tiempos de la misma, y quizás, desde el desconocimiento, se incurre en minimizar el hecho de aportar los datos personales en el acta de procedimiento correspondiente, y suponer que todo finaliza al firmar la misma. En esa dirección es que suponemos, que la respuesta de los habitantes hubiera sido más efectiva, si las consecuencias las visualizaran en un corto plazo, como sería en el trámite de la imposición de una multa. Entonces, creo que correríamos de la posición de criminalizar al infractor, a todas luces hubiera resultado no solo más conveniente, sino también, más eficiente, ya que la medida estaría orientada a lograr su concientización, y en virtud de ello, lograr el verdadero objetivo, que torna en relación a que el virus no avance de forma excesiva*” (El rol del Derecho Penal y la aplicación del art. 205 del Código Penal en tiempos de Covid-19, Raúl Alejandro Roust, Eldial.com).

Parece importante destacar que la justicia penal, la cual tiene entre sus principales funciones aplicar al caso concreto normas que tienen como finalidad tutelar bienes jurídicos mediante la aplicación de consecuencias coercitivamente jurídicas, lógicamente no es la indicada para solucionar los conflictos sociales suscitados a raíz del contexto circundante. El derecho penal no tiene por objeto el control de la sociedad ya que su función no es otra que restablecer el orden público, velando por los bienes jurídicamente protegidos una vez que fueron quebrantados (Raúl Alejandro Roust, ob.cit., eldial.com).

## **IV. El principio de lesividad del bien jurídico tutelado:**



## ***Ministerio Público de la Nación***

Como vengo sosteniendo en párrafos anteriores, la función primordial del derecho penal en un Estado de Derecho es la protección de los bienes jurídicos, debiendo intervenir solo y cuando estos bienes se ven afectados y esa afectación es alcanzada por una norma penal que de modo previo tipificó dicha acción como delito. En esta línea, el bien jurídico cumple una función de garantía para los ciudadanos, en cuanto pretende dar razón del por qué de la intervención estatal, además de ratificar el principio de culpabilidad y de lesividad. *“El denominado principio de lesividad, aquel según el cual la intervención punitiva solo tiene sentido para la protección de bienes jurídicos y en caso de que éstos sean afectados, sirve de criterio de referencia para determinar la antijuridicidad de una conducta, además de ser un límite al momento de atribución de responsabilidad”* (“Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones” - Deisy Janeth Barrientos Pérez, Bogotá, Colombia).

Para lograr tal función, es necesario que la valoración se haga en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias fácticas que rodearon la infracción, para determinar si la conducta desplegada tuvo o no la entidad suficiente para lesionar el bien jurídico protegido. La lesividad del comportamiento tiene cabida solo una vez superado el análisis de la capacidad de afectación del bien. Y es esta la instancia en la que se deberá evaluar en cada caso concreto si la conducta disvaliosa tuvo capacidad, *per se*, de lesionar la salud pública, atendiendo a las circunstancias fácticas que rodearon dicho comportamiento. Así, el peligro debe verificarse de manera objetiva, y también establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad del bien jurídico como producto de ese peligro. El camino a seguir debe ser el de someterse a una estricta evaluación de legitimidad en cada caso, como modo de contribución para que el legislador haga uso de esta clase de tipos penales bajo criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad; los criterios de lesividad siempre deben guardar relación con el hecho concreto.

En definitiva, lo que se pretende destacar es la importancia de la lesión del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva del Estado. A partir de allí, la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal,

fundamentalmente porque la afectación a un bien jurídico se presume *iure et de iure* y ello puede vulnerar los principios de legalidad y culpabilidad.

Por lo tanto, es exigible que dicha alteración sea grave, con lo cual, en atención al principio de intervención mínima del derecho penal, no parece aplicable a quien en una situación tan global, circula por la vía pública sin el permiso administrativo correspondiente. Claro que esta posición tiene una excepción relevante en el supuesto en el que, quien incumple la obligación de aislamiento, haya dado resultado positivo a la prueba de Covid-19, sea conocedor de esta situación y de su obligación de guardar cuarentena y, sin causa justificada alguna, sale de su domicilio. Su conducta supone un plus de antijuridicidad, trasladando su accionar a las figuras previstas en los arts. 202 y 203 del Código Penal.

#### **V. Última ratio y proporcionalidad:**

El pasado 9 de abril de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración 1/20 “COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEBEN SER ABORDADOS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPETANDO LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES”, mediante la cual declaró, entre otros postulados: “*Principio de legalidad. Razonabilidad. Principio de proporcionalidad. Uso de la fuerza. Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos. Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana*”.

Históricamente, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como nuestra Corte Suprema de Justicia, han destacado que el poder punitivo en un Estado de derecho no puede prescindir de ningún modo de los principios de lesividad, proporcionalidad y de utilización de la vía punitiva exclusivamente como el último recurso frente a los conflictos más graves. La declaración de la CIDH del pasado 9 de abril en relación estricta a la pandemia del Covid armoniza con el criterio fijado en diversos precedentes. Así, sostuvo que “...la tipificación de delitos no debe resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o



## **Ministerio Público de la Nación**

*pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”, agregando que “...el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido” (Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 76 y 77).*

En consonancia con ello, la CSJN ha señalado que “...el derecho penal debe ser la última ratio del orden jurídico y el principio pro homine impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal” (CSJN, “Acosta”, Fallos: 331:858); en igual sentido se han pronunciado los tribunales inferiores al indicar que “Este es el enfoque interpretativo que debe guiar la actividad jurisdiccional en la resolución de los casos que llegan a su conocimiento, y obliga a adoptar criterios que, sin caer en aplicaciones automáticas o lecturas formalistas de los tipos penales, limiten su aplicación –y, junto con ella, la de la aplicación del poder punitivo sobre las personas, así como también la erogación de los siempre limitados recursos del Estado- hacia aquellos conflictos que revistan una magnitud tal que tornen ineludible acudir a la vía penal” (Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 21, CCC 23439/2019/TO2, 15 de octubre de 2019, causa n°6155).

También la doctrina ha señalado que, “Como premisa, cabe indicar que el principio de proporcionalidad, en conexidad con el principio de mínima intervención, debe exigir la aplicación de la reacción estatal menos intensa disponible. Ello en atención [a] ... las limitaciones que ello implica al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Ello se enmarca en una configuración del proceso penal orientada a la favorabilidad hacia el reo, lo que tutela adecuadamente su libertad individual, previene el abuso de poder estatal y otorga racionalidad al ejercicio del poder punitivo del Estado (“Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento”, Armando Sánchez Málaga Carrillo, Universidad de Barcelona).

Es decir, los requisitos para la restricción de derechos fundamentales pueden resumirse básicamente en dos: su legitimidad constitucional y su relevancia social. Por ello, es preciso determinar previamente cuál es la finalidad pretendida en la adopción de injerencias a los derechos fundamentales, debiendo ponderarse, en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad, aquellos valores que tratan de ser protegidos

por la adopción de la medida limitativa: *“La proporcionalidad en sentido estricto, situada dentro del marco más restringido del poder punitivo del Estado, reclama, por tanto, la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que esta deba cumplir”* (“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Nicolás González-Cuellar Serrano, Ed. Colex, Madrid, pág. 29), advirtiendo además que *“Toda medida limitativa de derechos fundamentales debe ser, por ello, idónea para la consecución de la finalidad perseguida, pues si carece de aptitud para alcanzarla o, simplemente no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, ha de reputarse inconstitucional”* (Nicolás González-Cuellar Serrano ob. Cit. Pag. 154).

Con mayor precisión Ferrajoli afirma que *“si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales”* (Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, 2006, p. 479).

No prescindo en este análisis de la gravedad que implica para la salud pública el brote pandémico del llamado COVID-19, y que el aislamiento social sea uno de los recursos disponibles para combatir este flagelo. Sin embargo, sostengo y reitero que nuestro ordenamiento legal debería contar con recursos menos lesivos que la violencia del Estado para quienes incumplan el encierro. Con este criterio se expresó la Cámara Federal de Casación Penal al resolver que *“Lo que está en juego en estos casos es, sin dudas, el principio de lesividad y el de proporcionalidad, cuya aplicación debe ser directa. Ello significa que un Estado de Derecho de bases republicanas debe limitar el uso de la violencia estatal sólo a aquellos casos en que se produzca una lesión al bien jurídico que sea relevante para la víctima, lo cual excluye los daños insignificantes. Si se prescinde de considerar ese interés específico, la actuación del Estado se queda huérfana de una finalidad legítima, pues sólo se basa en el mero incumplimiento del ordenamiento, cristalizado en la noción de desobediencia al soberano y sumisión”* (CFCP, Sala II, causa no 15.556 caratulada “G., H. H. s/recurso de casación”, resolución del 31 de octubre de 2012).

## **VI. Consideraciones finales.**

Más allá de la gravedad de la situación actual en orden a la propagación del coronavirus COVID-19, se vislumbra una situación de igual o mayor envergadura que padece gran parte de la ciudadanía argentina, como lo es la crisis económica y social que se vive actualmente. Teniendo ello en consideración, sostengo que en muchos casos las violaciones al aislamiento social se producen a causa de una



## ***Ministerio Público de la Nación***

motivación más fuerte que la amenaza de pena infundida. La problemática en orden a las extremas necesidades económicas y psicofísicas de la población, no puede desconocerse cuando se advierte que el aislamiento obligatorio repercute indefectiblemente en distintos aspectos de la vida de las personas, en muchos casos con un impacto negativo considerable.

Para finalizar, evaluando estadísticamente el sinnúmero de causas ingresadas al sistema judicial por incumplimiento del ASPO decretado el 20 de marzo pasado y extendido hasta el presente por el Poder Ejecutivo Nacional, comparto que *“La justicia en general está también colapsada frente al número de incumplimientos e infracciones al aislamiento obligatorio y preventivo. Cuando todo eso pase, y pasará, y quede en el recuerdo este angustioso momento, quedará en pie la necesidad de evaluar la conducta criminal o meramente irresponsable de miles de ciudadanos. Seguramente, como ocurre en la actualidad, habrá voces que se alzarán en todos lados pidiendo el escarnio punitivo contra todos aquellos que privilegiaron su egoísmo o temor en detrimento de la salud de todos (...) En suma, creemos que deberán utilizarse todas las medidas de policía sanitaria y administrativas tendientes al fin que persigue la norma que nos ocupa, dejando como un recurso excepcional la sanción penal para el eventual caso que existan sujetos que, con comprobada intencionalidad o por extrema negligencia, violen los preceptos del Código Penal de la Nación, que además hemos visto que no son en modo alguno novedosos”* (“Derecho penal inflacionario y corona virus”, Luis María Desimoni, publicado en [eldial.com](http://eldial.com)).

### **VII. Petitorio:**

En función de todo lo hasta aquí expresado, teniendo en consideración, además, la endeble carga probatoria obrante en el expediente, la imposibilidad de recolectar nuevas pruebas que acrediten el riesgo a la salud pública presupuesto por el legislador para fundamentar el tipo penal contenido en el art. 205 del CP, por parte de las personas imputadas, al haber sido identificadas en la vía pública sin el respectivo permiso de circulación; así como las irregularidades, en cuanto a sus formas, que surgen de la lectura del acta de infracción labrada, sostengo que, en el caso de autos, deberá arribarse a una solución desincriminatoria respecto de los nombrados

Por todo lo expuesto, solicito a V.S. disponga el sobreseimiento de LUIS HALL LLATAS y MARCO ANOTNIO PACHECO MURRIETA en función de lo establecido por el art. 336, inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación.

Regístrese lo dictaminado en el sistema Coirón y fecha, remítanse digitalmente las actuaciones al juzgado delegante sirviendo el presente de atenta nota de remisión.

Fiscalía Federal Nro. 2, 20 de Octubre de 2020.

*Carlos Alberto Rivolo*  
*Fiscal Federal*

Ante MI

*Graciela Berniell*  
*Secretaria*

En la misma fecha se remitió al Juzgado. Conste

*Graciela Berniell*  
*Secretaria*