

**SE PRESENTA – MANIFIESTA- PLANTEA EXCEPCIÓN DE
FALTA DE ACCIÓN POR ATIPICIDAD MANIFIESTA. PLANTEA
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. SOLICITA SE DECRETE
EL SOBRESEIMIENTO. MOTIVA. FORMULA RESERVAS**

Sr. Juez Federal

Dr. Sebastián Casanello:

ALBERTO ÁNGEL FERNÁNDEZ, de la matrícula del Colegio Público de Capital Federal inscripto en su Tomo 26, Folio 137 con DNI 13482686, con domicilio real y constituyendo el procesal en Balcarce 50 y el electrónico 20134826860 en *el marco de los autos Nro. 4723/2021 “FERNANDEZ ALBERTO Y OTROS s/ VIOLACION DE MEDIDAS-PROPAGACION EPIDEMIA (205) y ABUSO DE AUTORIDAD y VIOLACION DEB.FUNC.PUBL (ART 248) DENUNCIANTE: BASTIANES ADRIAN MARCELO Y OTROS”* a Vuestra Señoría, me presento y respetuosamente expongo:

II.- OBJETO

A efectos de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, se adelanta que esta presentación es interpuesta de conformidad con las previsiones del punto 11vo. de la Acordada CSJN Nro. 4/2020 y las del punto dispositivo 6 to. de la Acordada CSJN Nro. 14/2020 –como así también lo establecido en los protocolos y las Acordadas 27, 30 y 31 de la CSJN–

En este sentido, en los términos del art. 339, inciso 2°, del Código Procesal Penal de la Nación –en adelante CPPN–, **vengo a interponer excepción de falta de acción por inexistencia manifiesta de tipicidad**, conforme a lo que se desarrollará, a fin de que, corrida las vista pertinente a la otra parte, se haga lugar a la presente y, en consecuencia, dicte mi sobreseimiento, en los términos del art. 336, inc. 2°, o subsidiariamente 3° del CPPN, en tanto la conducta enrostrada no encuadra en una figura jurídico penal sustantiva alguna, declarando en consecuencia que el proceso no afecta mi buen nombre y honor de que gozo.

Subsidiariamente vengo a plantear la reparación integral del perjuicio en función de los hechos atribuidos con cuanto establecen los arts. 339 inc. 1°, siguientes y

concordantes del CP y los arts. 59 inc. 6° del Código Penal –en adelante CP–, solicitando que ordene la formación del pertinente incidente y corra la vista pertinente a la otra parte, y luego, corroborados los extremos señalados, haga lugar al planteo formulado y dicte mi sobreseimiento en los términos del art. 336, inc. 1° del CPPN.

Subsidiariamente solicito tenga presentes las reservas de recurrir en casación y del caso federal.

I.- MANIFIESTA:

Como ya he expuesto públicamente asumí la total responsabilidad de lo ocurrido en la residencia de Olivos, ante cada uno de los ciudadanos de este país. Debo aclarar que sin perjuicio de que los hechos aquí investigados han tomado dimensión pública, los mismos ***tuvieron lugar dentro de la órbita de la intimidad familiar.***

La reunión ocurrida oportunamente, si bien revistió carácter privado, fue realizada en la Quinta de Olivos que es la residencia obligatoria del Presidente de la Nación y su familia. El lugar tiene por objeto atender desde el comienzo y hasta el final

de las actividades propias del cargo en forma continua los asuntos familiares y de gestión, en el mismo ámbito, máxime en el tiempo de pandemia donde la acción de gobierno se trasladó íntegramente al predio y mi trabajo no tuvo días ni horarios determinados.

Sin que estas manifestaciones dejen de lado el compromiso ético que pudo verse cuestionado al momento de evaluar la posible transgresión de normas sanitarias, cabe destacar que nunca fue motivo del encuentro propagar de ningún modo la pandemia que nos acosa, y mucho menos poner en peligro la salud pública, en general, ni poner en peligro el estado de bienestar de ninguno de los presentes, terceros o el mío propio.-

Es necesario aclarar que de ninguna manera se relajaron, evitaron u omitieron las medidas de cuidado de rigor. Y que en ningún caso se concretó el contagio propio, de los presentes, o de terceros.-

De aquí proviene la estimación referida a que, si se hubiera infringido alguna medida sanitaria, no se ha creado ningún peligro concreto de propagación del virus SARS-COV- 2.-

No escapa a mi entender que existe una norma penal, como el art 205, que tipifica la conducta de quien violare medidas adoptadas por las autoridades competentes para propagar una pandemia, y que existe una norma que complementa este tipo penal en blanco, el DNU 260/20, que yo mismo he firmado. Ahora bien, tampoco escapa a mi entender que estamos frente a un delito de peligro abstracto, que como tal debe tener la potencialidad real de generar el peligro que prevé, de lo contrario estaríamos habilitando adelantar etapas consumativas del delito a momentos muy anteriores a la lesión del bien jurídico tutelado, así como estableciendo la posibilidad de juzgar conductas como peligrosas iure et de iure, situación no permitida por el derecho penal.-

Ante la inexistencia de un resultado lesivo es que pongo a consideración del S.S. la insignificancia penal (no social o moral) del comportamiento denunciado que no ha lesionado el bien jurídico tutelado por su atipicidad o falta de antijuricidad material, y por ello solicito que la presente denuncia sea desestimada.

III.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN

POR ATIPICIDAD MANIFIESTA

En primer término, debemos recordar que, de acuerdo a los trascendidos periodísticos, la Fiscalía federal a cargo de la investigación expresó que “el objeto procesal de la presente causa apunta a establecer la efectiva existencia de conducta en infracción a las normas dispuestas en el marco de la declaración de la pandemia de la Organización Mundial de la Salud y que en consecuencia pudieran configurar los delitos previstos” por los artículos 205, 239 y 248 del Código Penal.

En aquellos se expresa:

ARTÍCULO 205. - 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.

ARTICULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o

en virtud de una obligación legal. [de acuerdo al texto del DNU 260/2020, artículo 22]

ARTICULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Los hechos habrían ocurrido el 14 de julio de 2020. Según los trascendidos, los invitados llegaron a la quinta de Olivos a las 21:30 horas y se fueron a la 1:45 de la madrugada.

En este sentido, se debe resaltar que la normativa vigente al momento de los hechos establecía que "...las actividades, servicios y situaciones que se enuncian en este artículo se declaran esenciales y las personas afectadas a ellos son las que, durante el plazo previsto en el artículo 9º, quedan exceptuadas de cumplir el aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular..." [...] "...Autoridades superiores de los Gobiernos Nacional,". [Artículo 6 del DNU 297/2020, ss y cc. entre otros]. En concreto, técnicamente y en

términos estrictamente típicos —tanto objetivos como subjetivos— no se dejó de cumplir con la ley y no vulneraron las medidas dispuestas por la autoridad, siempre en cabeza de mi persona.

Las figuras en cuestión se requiere la lesión concreta del bien jurídico tutelado por la norma. El delito del art. 205 CP no se configura con la mera infracción normativa, lo que supondría su inconstitucionalidad, por afectar el principio de lesividad, como así también el de proporcionalidad, improntas del Derecho Penal. Es que, la mera infracción normativa no es un problema del derecho penal, el que sólo deberá de avanzar en la medida que haya una lesión. Se requiere un riesgo y en el caso se puede demostrar que ese riesgo no estuvo: en tanto no hubo afectación al bien jurídico “Salud Pública”.

Es que, sin riesgo para el bien jurídico no hay afectación que merezca reproche, ni forma de mesurar un perjuicio —que no existe—.

Respecto a la interpretación que debe hacer V.S de mis actos a efectos de determinar si ellos constituyen o no delito alguno, resulta atendible lo resuelto por la Dra. Maria Eugenia Capuchetti recientemente en el marco de la causa Nro.

CFP 714/2021 [Juzgado Criminal y Correccional Federal 5, Res. 08/07/2021 que dispone el archivo parcial de la causa por inexistencia de delito, Causa Nro. CFP 714/2021]. Veamos

En el precedente mencionado se sostuvo que *“...La indignación sobre la manera en que se desarrollan ciertos acontecimientos no implica necesaria y automáticamente que deba intervenir el derecho penal. Existen situaciones que no son de nuestro agrado y que repudiamos fuertemente pero no pueden, por sí solas, hacernos dejar de lado los límites de la función que tenemos y, en lo que hace a los jueces, no deben ser suficientes para que dejemos de lado principios constitucionales que operan en materia pena”*.

“...El principio de legalidad, como una de las máximas exigencia del Estado de Derecho y expresado en su aspecto formal con el aforismo nullum crimen nulla culpa sine lege, además de encontrarse recogido en la Constitución Nacional en el art. 18, encontró un extenso reconocimiento en la jurisprudencia de la Excma. CSJN desde hace muchos años (ver precedentes -entre muchos otros- “LEGUMBRES” -Fallos 312:1920-, “CERÁMICAS

SAN LORENZO” -Fallos 311:2453-, PETERS HNOS.” -Fallos 293:378-). También se encuentra expresamente recogido en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y fue ampliamente abordado en varios precedentes de la Corte IDH, siendo que -a modo ejemplificativo- en el precedente KÍMEL VS. ARGENTINA del 02/07/04 se sostuvo: “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal [que] implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Y agregó que “[!]a ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad” (párr. 63).”

“... No obstante, aunque pareciera haber un consenso a priori que quienes ocupaban lugares de gran trascendencia en el contexto que atravesamos incumplieron

determinadas pautas de comportamiento ético ... lo cierto es que ello, por sí solo, no alcanza para realizar un reproche penal y en todo caso será fruto de una interpretación de lege ferenda..”.

De esta manera, resulta evidente que mis acciones no constituyen delito alguno y *“Esta situación no cambia en absoluto por el sólo hecho de que haya quienes exijan clamorosamente la aplicación de un castigo penal, en el entendimiento de que consideran insuficiente las consecuencias que trajeron por sí solos los hechos, ya sea en la opinión pública, en la legitimidad de las instituciones y en la permanencia en los cargos de los funcionarios implicados. Este pedido, además de colocar al poder judicial en el centro de un debate ajeno a sus cometidos (pues se lo traslada desde el verdadero lugar en que debe darse hacia el que no) se apoya exclusivamente en una interpretación extensiva de los tipos penales y pasa groseramente por alto el carácter fragmentario y subsidiario derecho penal”.*

“En similar sentido, respecto de la “penalización” de los conflictos se ha dicho también que ‘la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el

Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema´ (Claus Roxin, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Tomo I, Ed. Civitas, año 1997, pág. 65.)”.

De mismo modo, también cabe destacar el dictamen fiscal del Dr. Rívolo, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 2, en el marco de la causa Nro. 6664/2020.

Allí, el Sr. Fiscal destacó que hay un sector doctrinario que entiende que para que esta conducta sea materialmente antijurídica, la acción típica debe haber creado un peligro real de propagación o introducción de una epidemia. Esto quiere decir que se considera este ilícito como un delito de peligro **concreto**, por lo que, para ser típica, la conducta requerirá la violación de la medida sanitaria que haya traído como consecuencia la introducción o propagación de una epidemia, o el riesgo concreto que ello ocurra.

En este 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...**” –el resaltado me pertenece- 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).*

De esta manera, establece el fiscal Rívolo que “...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 sanitarias contra epidemias en el Código Penal Argentino”, Juan Manuel Sánchez Santander, www.derechopenalonline.com).”

Continúa el Sr. Fiscal aclarando que mayoritariamente se sostiene que en los delitos de peligro hay un adelantamiento de la punibilidad, es decir que su conducta tiene la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos, pero, en principio, no tiene 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).

Por su parte, Molinario y Aguirre Obarrio señalan que, en realidad **se trata de un delito de desobediencia**, que se agrava por sus serias consecuencias.

En esta línea, podría llegar a aplicarse el art. 239, que prohíbe 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.*”, el que igualmente no podría aplicarse al caso ya que, por las funciones que tengo a cargo –*tal como otros funcionarios públicos, agentes de la salud, de la seguridad, etc.*-, me veía exceptuado de cumplir con el DNU en cuestión.

De esta manera, se puede advertir la **inexistencia de delito**, más allá del reproche moral o ético que

pueda merecer, pero eso ya no es cuestión ni ámbito de la justicia penal.

Sin perjuicio de esto, el ya mencionado integrante del MPF, del Dr. Carlos Rívolo sostiene también que se establece que los 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 pena, para no tornarlo difuso o arbitrario. Así, establece 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 esta manera, cabe destacar que la principal función 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 este sentido, *“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).

De esta manera, la lesión del bien jurídico funciona como limitador de la aplicación de la potestad punitiva del

Estado, y la comprobación de la lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal.

Asimismo, cabe tener presente en este caso los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad. 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).

A su vez, cabe tener en cuenta el reciente precedente del juez federal de Mar del Plata, Santiago Inchausti, que declaró extinguida la acción penal y dictó el sobreseimiento de dos imputados por violar el aislamiento debido a que el auxiliar fiscal de la causa había solicitado la aplicación del criterio de oportunidad previsto en el artículo 31, inc. a del CPPF. Se

consideró en ese caso que se trataba de un hecho que no revestía significancia penal, y que se podía resolver el conflicto mediante la aplicación del criterio mencionado.¹

Adicionalmente, se trata de un delito doloso, esto es, que se verifique el conocimiento y voluntad de realizar una acción que pone en peligro al bien jurídico, la que tampoco se advierte. Máxime tomando en cuenta que fue el suscripto quien difundió los datos de las personas que participaron de la reunión, mostrando así su falta de dolo.-

El momento particular de la foto que trascendió, tal como se reconoció desde un comienzo, fue la excepción dentro de la reunión donde fuera de ese momento concreto se respetaron los protocolos controlados por el personal asignado a la quinta de Olivos. Fue un encuentro que jamás debió haber ocurrido, producto de la imprudencia, pero que en modo alguno puede constituir un delito.

¹ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/primer-a-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-relacion-a-un-proceso-por-infraccion-al-aislamiento/>

IV.- EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

MOTIVOS

El art 59 inciso 6 del Código Penal, establece que la acción penal se extinguirá *“por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto por las leyes procesales correspondientes”*.

A su vez, el art 34 CPPF, con plena vigencia a la fecha, permite arribar a acuerdos conciliatorios en determinados casos.-

En el caso se encuentran cumplidos todos y cada uno de los requisitos legales que reglamentan la norma del art. 59 inc. 6to. del CPN, a saber:

La afirmación precedente se motiva ni más ni menos que en la letra de la ley vigente al momento de los supuestos hechos que conforman el objeto procesal de estas actuaciones, veamos:

La norma que comunica el art. 59 inc. 6to. del CPN establece que la acción penal se extinguirá *“... por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con*

lo previsto en las leyes procesales correspondientes...” [el destacado me pertenece]; ahora bien, ¿cuáles resultan ser las **“leyes procesales correspondientes”** que, en el caso, reglamentan el instituto previsto por la norma sustantiva?

Al respecto, cabe destacar que la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal -ley 27.150 y su modificatoria ley 27.482- mediante la Resolución n° 2/2019², resolvió implementar la aplicación de los arts. 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del Código Procesal Federal en forma coexistente con el Código Procesal Penal de la Nación -ley 23984- y, por tanto, **la única norma reglamentaria actualmente vigente** -en relación con la ley sustantiva, art. 59 inc. 6to. del CPN- resulta ser aquella que comunica el art. 34 del Código Procesal Penal Federal.

Previo a demostrar que en el caso se encuentran cumplidos aquellos requisitos reglamentarios corresponde poner especial énfasis en la implementación normativa operada en virtud de la actuación de la Comisión

² Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina en fecha 19.11.2019

Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal.

Y es que, en forma abrumadoramente mayoritaria la jurisprudencia del Fuero ha considerado que el instituto extintivo previsto por la ley sustantiva no podía ser aplicado a los casos en concreto en virtud de una omisión legislativa, concretamente, se sostenía que la norma del art. 59 inc. 6to. del CPN no podía ser aplicada hasta tanto el legislador no sancionase las "... leyes procesales correspondientes...".

Tal como hemos expuesto precedentemente, la Comisión Bicameral antes referida se ocupó de reglamentar la norma sustantiva y, lo hizo, mediante la puesta en vigencia del art. 34 del Código Procesal Penal Federal, por tanto, **los requisitos legales a los que se supedita la aplicación del instituto resultan ser, únicamente, aquellos establecidos en la norma implementada.**

¿Se cumplen aquellos requisitos en este caso en concreto?, claramente: **sí.**

En primer lugar, del supuesto hecho atribuido quien suscribe esta presentación **no se ha seguido, ni ha resultado ninguna consecuencia lesiva** y, por tanto, no existen “víctimas”.

En segundo término, no existe óbice alguno para la aplicación del instituto en relación con el supuesto hecho que se investiga en autos. No se debe incurrir en confusiones, la norma del art. 34 del Código Procesal Penal Federal no excluye a ningún “tipo de delito”. La acción penal puede ser extinta por un acuerdo conciliatorio independientemente del “tipo de delito” del que se trate pues en la reglamentación ninguna rúbrica queda por fuera.

Nótese que el señalamiento de la norma respecto de “... los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte...” resulta ser un recorte normativo que solo merece atención cuando “el acuerdo” se efectúa mediando la existencia de una víctima.

Esa es la correcta interpretación de la norma reglamentaria y se demuestra por dos motivos.

Primero, por la interpretación literal de la letra de la ley pues la norma formula aquél recorte normativo - específicamente para los casos en los que existiera una víctima- luego de establecer que ello sería así "... sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22...", es decir que, salvo el especial supuesto de que existieran víctimas, para todo el universo de casos el Fiscal puede arribar a un acuerdo conciliatorio con el imputado independientemente del "tipo de delito" que se le atribuya (de otro modo, la aclaración que la propia norma hace respecto de las facultades de los Fiscales carecería de todo sentido).

Por lo demás, una interpretación teleológica de la norma conduce a la misma conclusión. Y es que el recorte normativo impuesto para los casos en que exista una víctima tiene por finalidad evitar que mediante ofrecimientos económicos, en determinado "tipo de delitos" la víctima resulte "persuadida" a aceptar la extinción de la acción penal en casos

especialmente gravosos hacia su persona. Es decir, la norma lo que pretende es asegurar plenamente los derechos de las personas víctimas de delitos, asegurando la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Aclarado lo anterior, debe tenerse presente también que la reglamentación vigente no restringe la aplicación del instituto a ninguna persona, independientemente de si se trata (o no) de un funcionario público.

La finalidad de introducir medios alternativos de solución de conflictos que plasma la nueva normativa procesal en vigencia, emerge también de su artículo 22, que prevee la aplicación de medidas alternativas a la resolución de conflictos en concordancia con lo dispuesto en la ley de Ministerio Público Fiscal -art. 9 inc. e de la ley 27.148- que posibilita la solución de conflictos mediante salidas alternativas, circunstancias que teniendo en consideración el estado procesal de esta causa habilita según esta asistencia técnica a postular su aplicación.

El mencionado artículo 22 CPPF, determina que los jueces y fiscales deben procurar la solución de conflictos con preferencia en las salidas alternativas. Pues bien,

entiendo que este paradigma se dirige a optimizar la calidad de la respuesta estatal para la solución de conflictos, otorgando prioridad a aquellas instituciones o instrumentos que mejor se ajusten al reestablecimiento de la armonía y la paz social.

Para ello es que la normativa en cuestión, permite con acierto al titular de la vindicta pública, **la posibilidad de aplicar criterios de disponibilidad de la acción penal** pública por parte del Ministerio Público Fiscal, que permiten brindar respuestas menos violentas, abordando el conflicto con el objeto de reestablecer la paz social y favoreciendo a una mejor y más pronta administración de justicia.

En ese mismo sentido, la ley Orgánica del Ministerio Público Nro 27.148 determina entre las funciones inherentes a dicho organismo la intervención, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país, siempre que se trate, entre otros, de conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad -artículo 2, inc. d-.

En añadidura, la doctrina sostiene que la reparación integral consiste en el cumplimiento unilateral de las

prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas las consecuencias indebidamente producidas por el hecho.³

En cualquier caso “se extinguirá la acción penal, sin más, en todo caso penal en el cual haya sido reparado integralmente el perjuicio. Esta norma no está sujeta a ninguna condición para su entrada en vigencia e incluso podría utilizarse como pauta interpretativa intrasistemática lo dispuesto en el art. 76 del CP según ley 27147. La naturaleza legislativa de ese tipo penal encuentra su fundamento en la protección del bien jurídico “salud pública”, lo que se erige como constitutivo de un interés social, ya que “la salud de las personas consideradas en su faz colectiva o, en otros términos, la salud individual de cada uno de los integrantes de un grupo de personas lo suficientemente amplio para ser definido, al menos, como una colectividad”⁴.

Por lo que, desde esa perspectiva, se concluye que este tipo de delito puede quedar comprendido en la

³ PASTOR, Daniel, “Episodio 1, la introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, *Diario Penal*, columna de opinión del 11-9-15

⁴ Cfr. Baiguñ Zaffaroni, “Código Penal y normas complementarias”, tomo 9, 1ra. edición, págs. 80 y 233, Hammurabi, Buenos Aires, 2010

alternativa reparativa contemplada en el art. 59 inc. 6º del Código Penal en miras a resolver el conflicto suscitado, dando preferencia a la solución que mejor se adecúe al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (conf. art. 22 del C.P.P.F.).

Claramente, el encuadre al caso de la figura penal de la reparación del perjuicio se corresponde con la entelequia de la justicia restaurativa, la cual tiene en miras que se responda en forma directa con el daño o peligro causado. Incluso juristas como Roxin –trayendo a colación las nociones de reparación y pena que oportunamente había expuesto Binding–, ya nos han explicado que la reparación implica un modo de restaurar la justicia.⁵

Si bien algún aventurado podría afirmar livianamente que la figura prevista en el artículo 205 del Código Penal carece de **contenido patrimonial**, la excepcional situación de emergencia que atraviesa el país obliga a valorar los alcances

⁵ Roxin, Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, año 1992, pág. 135

de dicha infracción en el contexto social concreto en el cual se produjeron los hechos, y en el que se realiza la presente solicitud.

En efecto, la violación de la norma mencionada conlleva el peligro abstracto de propagación de la epidemia y, con ello, la afectación de recursos públicos del sistema de salud para la atención de los enfermos y de seguridad para el control del cumplimiento de las normas de aislamiento social, todo lo cual demanda la asignación de importantes recursos económicos, siendo **ese el contenido económico** de la norma de peligro abstracto, justamente el provocar que actitudes que ex post está comprobado que no han generado daño alguno al bien jurídico tutelado, igualmente exigen del estado recursos para prevenirlas.

En cuanto a **la aplicación u operatividad**, ha de mencionarse como primer pauta o guía para este tipo de situaciones, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que *"los jueces no pueden dejar de aplicar una norma positiva cuyo texto es claro y preciso por la consideración de*

*pretendidos perjuicios que se supone pueden resultar de su ejecución”.*⁶

Dicha interpretación es receptada de forma casi unánime por la jurisprudencia en la materia, al expedirse sobre la operatividad de las causales de extinción de la acción penal, según las prescripciones del art. 59 inc. 6° del C.P.

En tal sentido se sostuvo que *"La doctrina de la Corte Suprema ha sido favorable a la plena operatividad de las cláusulas constitucionales e, inclusive de aquellos derechos que surgían de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como de las acciones que emergían tácitamente de su amparo, aunque no tuvieran una faz procesal por medio de la cual se articularan"*⁷.

También en esta dirección ha sostenido la Excelentísima Cámara Nacional de Casación Penal que: "De acuerdo con una interpretación literal del art. 59, inc. 6°, CP." “.. la reparación integral del daño debe ser racional ...” “.. La conciliación

⁶ C.S.J.N., "Bertoldi, Manuel Mansueto"; Fallos 248:33.

⁷ Cfr. CSJN "Siri" Pantos: 239:459; "Samuel, Kot S.R.L." Rains: 241:291; "Ekmekdjian c/Sofovich" Fallos: 315:1492; "Halabi" Folios: 332:111. En similar sentido (CCC, "Gluzman, Roberto S." Sala V, causa n° 50621/2011, resuelta el 21/04/2016; "Giampaolletti, Gabriel G." Sala VI, causa n° 12.750/2014, rta. El 31/08/2016; Sala V "Benitez, Alcides Oscar" causa n° CCC 69634, rta. el 29/06/201).

y la reparación integral, para funcionar adecuadamente, exigen ... que en ambos casos debe existir un acuerdo, cuyo contenido puede variar sustancialmente en uno u otro caso" ⁸, manteniendo similar postura la Sala II.⁹.

V.- LA PROCEDENCIA DEL SOBRESEIMIENTO RECLAMADO

Por todo lo aquí expuesto, doctrina y jurisprudencia concordantes en la materia, inexistencia de lesión al bien jurídico tutelado, propongo donar al **INSTITUTO MALBRAN (Transferencias de recursos que provienen de personas y/o instituciones sus actividades en territorio nacional, CBU 0110599520000055825090 cuenta Nro. 11-85-3855/19)**, el equivalente a la mitad de su salario como Presidente, durante cuatro meses en forma consecutiva.

Por último, es evidente, que la norma del art. 34 prevé que el sobreseimiento será decretado una vez

⁸ Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa nro. 25.872/2015/TOI/CNC1, rta. 22 de mayo de 2017

⁹ Cfr. CNCP "Verde Alva, Brian Antoni" (Reg. 399/2017 del 22/05/2017 voto del juez Sarraabayrouse); la Sala A de la Cámara Penal Económico causa CPE 1475/201215/CA4 rta. el 24/05/2018; los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal 1, 2, 7, 15, 20,26 y 30, entre muchos otros.-

acreditado el cumplimiento del acuerdo homologado, empero en el caso en concreto, no existiendo víctima, esa decisión de mérito no puede diferirse sino exclusivamente, para el momento en que se efectivice el ofrecimiento económico conciliatorio -que, como se expuso precedentemente consiste en la donación, por parte del suscripto, del equivalente a la mitad de mi salario como Presidente de la República, durante cuatro meses en forma consecutiva.

Es así que, se ofrece hacer efectiva la donación precedentemente aludida, y tomando en cuenta los fundamentos que motivan este pedido, entendemos que una vez cumplido el acuerdo homologado, debe decretarse mi sobreseimiento en los términos detallados en esta presentación.

VI.- RESERVAS

Para el caso de que V.S. hipotéticamente decidiera no hacer lugar al pedido de sobreseimiento aquí cursado -por extinción de la acción penal- hacemos expresa reserva de recurrir -incluso en forma directa, cfr. art. 476 CPPN- por ante la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero.

Asimismo, hacemos reserva de plantear el caso por ante la Excma. Cámara Federal de Casación Penal -cfr. art(s) 456,456 y 476 CPPN- y de plantear el caso federal por vía extraordinaria ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación -cfr. art(s) 14 y 15 de la Ley 48.

VII.- PETITORIO

En virtud de los argumentos expuestos, a V.S. solicito:

- I) Tenga formulado el presente planteo y le imprima el trámite correspondiente a efectos de su sustanciación;
- II) Como consecuencia de lo expuesto se haga lugar a la excepción de falta de acción por manifiesta atipicidad y, como consecuencia de ello, se proceda al dictado del sobreseimiento del suscripto;
- III) En relación al planteo subsidiario y para el caso de no hacerse lugar a lo solicitado en el punto anterior, en el supuesto de arribarse a un acuerdo con el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, **DISPONGA**

su HOMOLOGACIÓN y, consecuentemente, acreditada la entrega del ofrecimiento conciliatorio, **DECLARE EXTINTA LA ACCIÓN PENAL** que actualmente se ejercita en autos contra quien suscribe esta presentación -cfr. art. 59 inc. 6to. CPN.

- IV) Consecuentemente, **DECRETE el SOBRESEIMIENTO** del suscripto -cfr. art(s) 334, 336 inc. 1ro. del Código Procesal Penal de la Nación y art. 34 del Código Procesal Penal Federal-.—

Proveer de conformidad, SERA

JUSTICIA.—