

SOBRE LA COMPETENCIA DE ACTUACIÓN EN LOS DELITOS ALCANZADOS POR LOS DNU EN LA ACTUAL EMERGENCIA SANITARIA

Por Dr. Juan Carlos Ustarroz ¹

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Normas en juego	02
II.I Decretos de necesidad y urgencia por la crisis sanitaria	02
II.II Tipos penales que se emplean en la lucha contra la pandemia	04
III. Competencia local o federal. Diferentes posturas	10
III.I A favor de la justicia local	10
IV. A favor de la justicia federal	12
V. La (única) posición que se ajusta a derecho	16
VI. Conclusión	18

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de coronavirus (“COVID-19”) como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas a nivel global sobrepasara los 100.000 individuos, afectando hasta ese momento a más de 100 países² en el mundo entero. La irrupción de la pandemia en el orden mundial ha tenido efectos globales de los más variados. Desde la (mal llamada) “gripe española” en 1918, ningún acontecimiento había sido capaz, como lo hizo esta pandemia de COVID-19, de detener la lógica de producción del sistema capitalista mundial. En nuestro país –no es necesario profundizar en ello– desnudó fallas estructurales, sobre todo en los procesos de toma de decisiones, aunque –justo es decirlo– hizo emerger virtudes de procedimiento y conductas que sería bueno recordar para épocas de normalidad.

1. Ingeniero y Abogado. Trabaja en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires como Ayudante Fiscal en el Partido de Adolfo Gonzales Chaves. Mail: juan@ustarroz.info

2. El término ‘pandemia’ refiere a **“la propagación mundial de una nueva enfermedad”** según la OMS

En cuanto a lo que nos ocupa aquí, el enfrentamiento a la pandemia es multifacético. La lucha contra el virus COVID-19 puede verse como los planos de un poliedro, en cada cara tenemos decisiones de distinto tipo: decisiones sanitarias (obviamente), de logística, políticas, económicas y jurídicas, entre otras. Dentro de las decisiones jurídicas, un tema no menor y que -a mi entender- no fue suficientemente discutido es la competencia para entender en los casos penales cuyas tipificaciones afectan la lucha contra el virus. De esto trataré en este artículo.

II. NORMAS EN JUEGO

II.I. Decretos de necesidad y urgencia por la crisis sanitaria

El Congreso de la Nación dictó la Emergencia Sanitaria el 23 de diciembre de 2019 (BO 34268), de donde resultó la Ley N.º 27.541,³ una norma compleja donde se dispusieron moratorias, cambios en alícuotas de impuestos, cambios previsionales y modificaciones en la ley de contratación laboral, la creación del impuesto PAIS, y en el título X (arts. 64 a 85) la emergencia sanitaria en sí misma. Sin embargo, a poco de andar, fue obvio que el farragoso trámite parlamentario en nuestro país era inadecuado para el ritmo que debía imprimirse en la lucha contra la pandemia (de la cual poco se sabía entonces), por lo que emergió una herramienta clave que fue empleada -a nivel político- en la lucha contra la misma: los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU).

Los DNU no son producto de un estado de excepción, más allá del ‘acostumbramiento’ de nuestra política local a su uso: la Constitución Nacional permite al Presidente de la Nación la facultad de dictar DNU en cuestiones indispensables (art. 99 CN), con ciertos límites en el abordaje de determinados temas, por ejemplo, aquellos de índole tributaria o penal,⁴ fijando además ciertas normas de procedimiento.⁵

3. En rigor, la Ley 27541 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

4. El art 99 inc. 3º de la Constitución dice al respecto: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

5. Los que muchas veces no se cumplen...Por caso el párrafo siguiente fue considerado programático, figura elegante usada en nuestro país para desconocer la propia Constitución: “El jefe de gabinete de ministros

Así emergieron en los principios del año 2020, el DNU N.º **260/20** (BO N.º 34.327)⁶ y su modificatorio N.º **297/20**, por medio del cual se amplió la emergencia pública sanitaria en el país establecida por la Ley N.º 27.541, y se extendió ‘juris et jure’ los aislamientos, que antes estaban reservados solo a los casos sospechosos, y suspendió los viajes a lo que denominó “zonas afectadas”.

En lo sustancial, este DNU estableció un aislamiento obligatorio para las personas que se encontraban dentro de alguna de las siguientes situaciones: a) pertenecer al grupo de “caso sospechoso” (en ese momento limitado a presencia de fiebre y uno o más síntomas respiratorios, como tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además tuvieran historial de viaje a las zonas afectadas o hubieran estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19 (**es decir no bastaba la sola presencia de fiebre, sino además alguna –o ambas- de las dos condiciones adicionales**); b) personas clínicamente diagnosticadas como infectadas por el COVID-19; c) personas que tuvieron contactos estrechos con los grupos a) y b);⁷ d) quienes hayan arribado al país en los 14 días previos a la vigencia del DNU y hubieren transitado por zonas afectadas. Por otro lado, este DNU estableció la declaración jurada de un estado de salud como medida de control sanitario obligatorio para viajeros, al momento de la partida, antes o durante su arribo al país.

En lo que se encuentra más relacionado con el tema que tratamos aquí es que este DNU en el artículo 7, último párrafo, estableció: **“En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento (obligatorio) y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar**

personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”

6. Concretamente, el 12 de marzo de 2020...

7. Uno de los primeros casos tratados en la Provincia de Buenos Aires –concretamente en el Partido de Adolfo Gonzales Chaves- fue el de una persona que fue a buscar a otra que llegó por avión de una zona afectada y realizaron juntos un viaje de cuatro horas y media en auto. En ese momento, se planteó la necesidad de una definición adecuada de “contacto estrecho”, problema que a dinámica de la propagación del virus hizo caer en el olvido...

la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código penal”.

Rápidamente, y ya casi con circulación comunitaria del virus, se declaró lo que se denominó como ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatoria), con fecha 20 de marzo de 2020 mediante el **DNU N.º 297/2020**, que entre otras cosas establecía por primera vez en el país el ASPO (*aislamiento social, preventivo y obligatorio*) a todos los residentes, -hayan o no contraído el virus COVID-19-, disponiendo: *“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, como así abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo no pudiendo desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19, con excepción de desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.*

Casi sobre la marcha, se dictaron excepciones que relativizaron estas medidas, por ejemplo, en el art. 6º del mismo DNU (donde se establecía un listado de personas afectadas a servicios y actividades esenciales, que quedaban exceptuadas del cumplimiento del aislamiento obligatorio en al ámbito propio de tales actividades y servicios) y **dos disposiciones de la Jefatura de Ministros (427 y 429/2020)** referidas a los trabajadores “esenciales” y a los de la salud, y comercios de expendio de comidas.

II.II Tipos penales que se emplean en la lucha contra la pandemia

Como era obvio, **los DNU no crearon figuras penales**. No podrían. Pero al disponer normas de actuación y procedimiento y, sobre todo, al hacer aparecer los elementos circunstanciales de ciertos tipos penales, las conductas contrarias a los decretos N.º 260/2020 y N.º 297/2020 podrían quedar subsumida en artículos ya existentes del Código Penal de fondo, particularmente -pero únicamente- en los artículos 202, 203, 205 y -en algunos casos- 239 del Código Penal.

Obviamente, la conducta para merecer reproche penal debe haber sido cometida -al menos- con posterioridad⁸ a la promulgación del DNU N.º 260/20 y los delitos alcanzados serían del tipo '*delicta propria*' pues solo las personas de los cuatro grupos mencionados 'supra' podrían cometerlos. Con posterioridad a la promulgación del DNU N.º 297/20 cualquier persona es factible de cometer esos delitos, pues el DNU N.º 297/20 amplió justamente las obligaciones del ASPO a toda la comunidad, más allá que algunos de estos tipos penales prevén agravantes para ciertas personas.⁹

Si bien es cierto -como vimos 'ut supra'- que el DNU N.º 260/20 indicaba cuáles eran los tipos penales que entraban en juego si se violaba ese DNU (al nombrar en el art.7º, los arts. 205, 239 y 'concordantes' del Código Penal), en mi opinión **no era necesario que nombrara ninguno**. Por varias razones, en primer lugar, pues al establecer la situación de excepción y crear jurídicamente la figura de la epidemia, los tipos mismos -que son previos al DNU- entran en acción.¹⁰ En segundo lugar, porque hay conductas que pueden subsumirse en algún tipo penal diferente a los dos ahí nombrados,¹¹ en tercer lugar, y como aclararé más adelante, el art. 239 es casi siempre inaplicable en este supuesto.

Por caso, al violar las disposiciones del ASPO era posible que se configurara una transgresión a los art. 202, 203, además del 205 del Código Penal. Y hay más supuestos. Estos artículos figuran en el Título VII del digesto fondal que define a los "Delitos contra la Seguridad Pública", en el Capítulo IV sobre "Delitos contra la Salud Pública", mientras que el art. 239 (Desobediencia a la Autoridad) figura en el Título XI "Delitos Contra la Administración Pública" en el Capítulo I "Atentado y Resistencia a la Autoridad". Vamos a analizar estos tipos.

8. Por el principio de irretroactividad de la ley penal, que no solo tiene rango Constitucional (CN art.18) sino también Supra Constitucional (CN art. 75 inc.22) y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 11 DUDH; art. 9 CADH y art. 15.1 PIDCyP).

9. Por caso el art. 207 del CP prevé penas adicionales para funcionarios públicos o para quienes ejerzan una profesión o arte de curar...

10. Por caso, la ley 12.231 (profilaxis antivenérea) remite en su art.18 al art. 202, pues prescribe en dicho artículo que "será reprimido con la pena del art.202 del Código Penal el que-sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagie a otra persona"

11. De allí -supongo- la expresión 'concordantes' que figura en el art. 7º del DNU y que -contrariamente a lo que piensa parte de la doctrina- no viola la taxatividad de la acusación penal, pero es ciertamente desprolija.

El art. 205 “*introducción o propagación de una epidemia*” es un típico delito de peligro abstracto¹² y una norma penal en blanco que tiene previsto una pena de seis meses a dos años de prisión. Requiere dolo directo, de conocer que se viola una orden sanitaria emanada de autoridad pública relacionada –justamente– con la introducción o propagación de una epidemia. El no ser un tipo penal auto contenido, pues remite – para su completa descripción– a una disposición administrativa, hace de este tipo penal un tipo penal en blanco.¹³ Sin embargo, no le veo objeciones pues el tipo penal está bien formulado, ya que la conducta prohibida y la pena se encuentran descriptas en el mismo.

La difusión de las medidas sanitarias en el marco de la pandemia actual, hacen muy difícil que se produzca un eventual planteo defensivo consistente en el desconocimiento de la norma administrativa que se transgrede (que debería –en el improbable caso que progrese– analizarse como ‘error de prohibición directo’).

Es delito de peligro pues **el tipo no requiere que se introduzca o propague una epidemia para que el delito quede consumado**. El momento de la consumación es aquel en que el agente viola la medida sanitaria de aislamiento o falsee la declaración jurada al ingresar al país (conf. DNU N.º 260/20) o, luego del dictado del ASPO se incumpla con las múltiples medidas de éste: circulación en horas no permitidas, uso de barbijo, permanencia en lugares inhabilitados por horario, calidad o sustancia, etc.

El dictado de los DNU, e incluso la declaración de pandemia de la OMS, hace ocioso preguntarnos si la ‘epidemia’ a la que refiere el tipo penal es un elemento descriptivo o normativo del tipo. No requiere que el agente sea aportador efectivo de la enfermedad sino solo que viole la disposición sanitaria dictada por Autoridad con competencia para ello. Si el agente es portador, y además lo sabe (o lo sospecha), y además contagia a otras personas, otros tipos penales –más gravosos– pueden ser aplicables.

12. **ARTICULO 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.

13. En este sentido, Soler: “...esta disposición constituye un ejemplo típico de norma penal en blanco. Por medio de ella son tuteladas las medidas que eventualmente adopte la autoridad competente...”

El art. 202¹⁴ sería eventualmente también aplicable en el actual escenario sanitario: en este caso, el delito también es doloso, pero el dolo consiste en propagar una enfermedad que cumpla los dos requisitos exigidos por el tipo: a) que sea peligrosa, b) que sea contagiosa. El COVID 19 ciertamente entra dentro de esta categoría. Si bien no hay acuerdo doctrinario en el momento de consumación, mi posición personal es que estamos frente a un delito de resultado: la consumación se produce cuando se contagian varias personas (no ciertamente una sola, pues no sería posible hablar de propagación de una epidemia. Otro sector doctrinario, por el contrario, manifiesta que se está frente a una figura de peligro concreto (Buompadre).¹⁵

El art.202 admite –a mi entender– el dolo eventual, en el caso que el agente conozca que tiene síntomas compatibles con el COVID y no obstante ello exponga a otros a su contagio y resulten afectadas varias personas.¹⁶ Como dije, dado que lo que reprime el tipo es la propagación de una epidemia, no veo posible aplicar este tipo penal a un solo contagio, aunque se pruebe el dolo.

Este tipo penal ha sido muy poco usado en el actual contexto sanitario pues es de difícil prueba. En efecto, un debido proceso obliga al Agente Fiscal (o el juez, según el caso) a probar que el agente conocía que tenía los síntomas al entrar en contacto con los contagiados y, además (más difícil aún) debe probar el dolo de contagio.

Aunque creo que sería posible aplicar la figura del dolo eventual en el art. 202, queda subsistente la dificultad –no menor– consistente en probar que el agente conocía que tenía los síntomas del COVID 19. Si no puede probarse que el autor conocía la existencia de síntomas, aun cuando contagie a muchos, se encontrará

14. ARTICULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas

15. BUOMPADRE, Jorge. Reflexiones de Derecho Penal en tiempos de Coronavirus. Violación de la Cuarentena y otras medidas. Rev. Pensamiento penal, abril de 2020. *“En mi opinión, se trata de un delito de peligro concreto, pues el tipo penal no exige que se produzca el contagio de la enfermedad en otra persona, sino que es suficiente con la “propagación” de ella, es decir, con la sola realización de la conducta descripta en el tipo, la cual, por sus propias características expansivas “conlleva un peligro real de contagio a otras personas”, esto es, un “peligro real y determinado” al bien jurídico protegido, la salud pública (resultado jurídico o normativo)”* en “ Reflexiones de Derecho Penal en tiempos de Coronavirus. Violación de la Cuarentena y otras medidas.”

16. Recordemos el caso de un joven que viajó desde Uruguay, por Buquebus, con síntomas compatibles con COVID 19 y que se embarcó sin tener los resultados del análisis que se había realizado en Montevideo. Fue acusado de conducta tipificada –justamente– en el art. 202.

en ‘error de tipo’ respecto a esta figura (error de tipo ciertamente vencible que remite a la forma culposa del art. 203 que veremos más abajo). También es posible que si el contagio se produjo violando una norma sanitaria la conducta del agente pueda quedar comprendida en el art. 205.

El monto de la pena del art. 202, con mínimo de tres años y máximo de quince años, hace factible objetivamente, si fuera tratado por los procedimientos locales, de una detención en la provincia de Buenos Aires (CPPPBA art.151 párrafo 4º, a ‘contrario sensu’) y –en cualquier fuero– hace que este delito pueda eventualmente merecer pena de cumplimiento efectivo (pues las normas que regulan este asunto están contenidas en el Código Penal, particularmente art. 26)

El art.203 es la figura culposa del artículo precedente. Encuadra a las conductas que, por imprudencia o negligencia, provocasen el contagio (debe ser múltiple) de una enfermedad contagiosa y peligrosa (en nuestro caso, el COVID).

El ejemplo típico de esta figura es la conducta de quien –sin pensar que estaba contagiado por el COVID 19 pero presentando síntomas compatibles con el mismo– concurre a una fiesta prohibida por el ASPO (clandestina), de la cual resultan contagiadas muchas personas. Para que pueda aplicarse esta figura culposa debe probarse que el agente podía suponer que estaba enfermo (aquí aparecen las eternas zonas de entrecruzamiento con el dolo eventual de la figura dolosa, art.202). **En este caso, la conducta encuadra en dos tipos penales (que concursan en modo ideal –CP 54–): los art. 203 y 205. En la práctica, como el art. 205 es de fácil prueba, por ser este un delito de mera actividad, casi todas las violaciones al ASPO se subsumen en el art. 205.**

Con respecto al art. 239, conocido como “desobediencia a la autoridad”,¹⁷ tiene prevista una pena de quince días a un año. Esta figura conjuntamente con la de Resistencia y Atentado a la Autoridad son de aplicación disímil en la provincia de Buenos Aires.¹⁸ De la sola lectura del art. 239 (ver ‘supra’) resulta que es un delito que

17. **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.

18. Cámara Nacional Criminal, plenario “Palienko”, 1947

se comete contra un funcionario determinado que emite una orden determinada. Ciertamente no es el caso de los DNU de la actual emergencia sanitaria. **Los DNU no se pueden ‘desobedecer’ en el sentido técnico de la palabra pues el DNU se dirige a un colectivo de personas.** Si razonáramos aceptando que se puede “desobedecer” un DNU, el delito de desobediencia estaría concursando en forma ideal con cualquier delito (robo, abuso sexual o libramiento de cheque sin fondos, por caso), donde se desobedece al legislador.

Sin embargo, en el contexto del ASPO podría aparecer el art. 239 si una persona *concreta* es obligada por orden de autoridad (puede ser municipal, sanitaria o judicial) a mantenerse en su domicilio. Esto puede ocurrir por muchas causas, por caso quien ya fue advertido por la autoridad y notificado de que debe mantenerse aislado sin la posibilidad de salir bajo ningún concepto (por ejemplo, los casos comprendidos en el Art. 7 del DNU N.º 260/2020 y hoy por múltiples normas, incluso ordenanzas municipales), decide igualmente quebrantar dicho aislamiento. También pueden vislumbrarse otros escenarios: Alguien contumaz en el respeto de los horarios de cierre de establecimientos, por ejemplo. Si la orden esta dictada por autoridad con competencia para hacerlo, y respeta las formas (normalmente la notificación fehaciente de la medida) la figura del 239 puede usarse (aunque, normalmente también en estos casos se recurre al art. 205).

Ahora bien, definidos los aspectos característicos de los tipos penales que ‘asoman’ en el horizonte de la crisis sanitaria, no es menor preguntarnos cual es el fuero competente para actuar y juzgar en el caso que el Estado (Nacional, Provincial o Municipal) prevea el quebrantamiento de estos tipos penales.

La disyuntiva en determinar si para la actuación de estos delitos es competente el fuero federal o el local no es menor, pues de ello dependen los aspectos procesales de actuación que se aplicarán en caso y que afectarán aspectos delicados de cualquier proceso, como la libertad ambulatoria, el procesamiento, el debate, más cuando –como en el caso de la provincia de Buenos Aires– aún se aplica en el ámbito federal el Código Levene –dictado por Ley N.º 23.984– de tono notoriamente inquisitivo que contrasta con el código de rito de la Provincia de Buenos Aires, que si bien ya tiene sus años, sigue las normas –sin ser un código moderno– de un planteo acusatorio.

Por ejemplo, en el caso de la provincia de Buenos Aires, si debe procederse con las normas locales por la aprehensión (CPPPBA art.153, usualmente por el inc. 1º) de un sujeto por violación de alguno de estos tipos penales (normalmente el art. 205) que aparecen como "incumplimiento del deber" de impedir la propagación del virus, le cabrá al fiscal –que es el único titular de la acción pública en la provincia de Buenos Aires- la obligación de dictar el caso como flagrancia y en su caso resolverlo en el exiguo tiempo que indica el ritual (20 días prorrogables por igual plazo, CPPPBA art 284 quater). Además, debe resolver la situación del aprehendido como máximo en 48 horas dictando su libertad (CPPPBA art. 161) o pidiendo su detención al Juez de Garantías de turno (CPPPBA art.151). En el caso que el mismo hecho se maneje con normas federales, deberá distinguirse si la detención fue efectivizada a partir de una orden judicial (CPPN art. 283) o bien sin orden judicial (CPPN art. 286), y por los plazos allí previstos.

Por otro lado, el no distinguir claramente si es aplicable el orden local o el federal, lleva a un peligroso acercamiento al "fórum shopping", a planteos de inhibitoria y competencia que atosigan aún más el complicado actuar de la Justicia en estos tiempos. Es necesario, pues fijar una pauta al respecto...

III. COMPETENCIA LOCAL O FEDERAL. DIFERENTES POSTURAS

III.I A favor de la justicia local

Las posturas en favor del predominio del ordenamiento local aparecieron sustancialmente pues **las Provincias fueron habilitadas por los sucesivos DNU para dictar normas de protección sanitaria y exigencias más severas que los que imponían los sucesivos DNU nacionales.**

En esos casos, comenzaron a aparecer en los Juzgados provinciales planteos de inhibición emitidos por los defensores técnicos de los justiciables a favor del traslado de las actuaciones al Fuero Federal. Normalmente, los sindicatos en esos casos lo fueron por transgredir el art. 205 (como vimos 'supra' la conducta tipificada más fácil de probar) **cuando las normas violadas para prevenir la epidemia habían sido dictadas por la misma provincia** y los autores de tal violación eran residentes de otras provincias - por ejemplo, camioneros- que

estaban de paso o con tareas de carga/descarga en los lugares donde se registró el incumplimiento a alguna norma local (normalmente de presentación de libreta sanitaria, o falta de cumplimiento de una cuarentena dictada localmente).

Las Justicias locales, en esos casos tendieron a reivindicar su actuación en base a los siguientes ejes argumentales:

- La competencia federal es restrictiva y de orden público;
- La intervención del fuero federal en las provincias es de excepción, en función de las autonomías provinciales en el marco del sistema federal de gobierno;
- Las infracciones que se tratan (normalmente las violaciones al art. 205) no se encuentran contemplada en las normas que regulan la competencia federal penal (se suele argumentar el art. 3º de la Ley N.º 48; art. 33 inc. 'e' del C.P.P.N) Código 'Levene' –Ley N.º 23.984- y art. 11 inc. 'e' de la Ley N.º 27.146 de Organización de la Justicia Federal y Nacional Penal, ley que acompaña la instrumentación del C.P.P.F.);
- El art. 205 del C.P. es un tipo penal en blanco que requiere de ley o acto administrativo que dicten las autoridades en consecuencia para determinar el tipo de infracción (en el caso violación de cuarentena), por lo tanto, el art. 205 es un tipo penal que será de competencia provincial por lo general y en algunos casos, federal.
- Para considerar el art. 205 del C.P. como norma integrante del derecho federal debe existir la afectación de intereses de la Nación;
- Teniendo en cuenta que la infracción lo fue a normas dictadas por autoridades provinciales (podrían ser Municipales) en ejercicio de facultades expresamente atribuidas por el Poder Ejecutivo Nacional, debe continuar interviniendo el Juez natural del hecho que previno.¹⁹

¹⁹. Normalmente el Juzgado de Garantías (en la Provincia de Buenos Aires) o los Juzgados de Flagrancia (en Santa Fe o San Juan) en turno con competencia en el lugar del hecho.

IV. A FAVOR DE LA JUSTICIA FEDERAL

El Poder Judicial de la Nación es ejercido por la C.S.J.N. y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación en función de la potestad prevista en el art. 75, inc. 20 de la C.N. (art. 108, C.N.).

A partir del dictado de la Ley N.º 24.050, el Congreso Nacional dispuso la división del territorio nacional en diecisiete (17) distritos judiciales federales: Comodoro Rivadavia, General Roca, Bahía Blanca, Mendoza, Córdoba, Tucumán, Salta, Resistencia, Corrientes, Posadas, Paraná, Rosario, Mar del Plata, Ciudad de Buenos Aires, San Justo, La Plata y San Martín.

La intervención de un tribunal federal puede quedar determinada en líneas generales a partir de diversas razones, entre las que se cuentan, la materia, el sujeto y el lugar.

De los tres la discusión que se plantea aquí es sobre la materia. Si es el caso, el sujeto y el lugar inclinarán la balanza hacia la justicia federal: Si un embajador de un estado extranjero,²⁰ reconocido como tal, comete una violación de alguno de los tipos penales que hemos visto en este artículo, necesariamente deberá intervenir la justicia federal, pero por la calidad del sujeto, la materia ya no sería objeto de discusión. En el mismo sentido, si se comete una violación al ASPO en un aeropuerto o en un buque de bandera argentina en alta mar, regirá la justicia federal, pero no por la materia sino por el lugar.²¹

Con respecto a la materia, se acude a la casuística, salvo en determinados casos que en forma NO taxativa podemos enumerar como: Contrabando, trata de personas, falsificación de monedas, narcotráfico, cuestiones que traten sobre la Constitución, delitos de lesa humanidad, lavado de activos (en algunos casos),

20. La competencia federal por el Sujeto comprende los siguientes casos: a) las causas en que la Nación sea parte; b) las causas que se susciten entre habitantes de diferentes provincias; c) las causas que se susciten entre un ciudadano argentino y otro extranjero; d) las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.

21. La competencia federal por el lugar comprende los siguientes casos: a) lugares extra provinciales que integran la República Argentina comprendidos en la expresión "territorios nacionales": islas y ríos y puertos argentinos; b) lugares interprovinciales adquiridos por compra o cesión para utilidad pública nacional; c) los delitos cometidos en alta mar abordaje de buques nacionales

causas especialmente regidas por leyes del Congreso de la Nación y que no están comprendidas en las materias que corresponden a los códigos de fondo, causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras, causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, causas sobre Régimen Penal Tributario, delitos marcarios, secuestros extorsivos (aunque hay debate sobre esto) y delitos contra la administración pública nacional llevados a cabo por funcionarios públicos del Estado nacional.²² Este listado de asuntos –en apariencia heterogéneos– tiene, sin embargo, un patrón común: **En todos ellos, el legislador o los jueces a través de sus sentencias decidieron que eran asuntos de interés nacional.**

Por lo tanto, para resolver nuestro dilema sobre competencia, es obvio que deberemos tener este punto en claro: Si lo que se afecta es un interés nacional, debe intervenir –por la materia– la justicia federal.

En este punto, debo decir que los agentes de la Justicia Federal, mantuvieron siempre una posición clara respecto a que las violaciones a las normas que combaten la propagación del virus, ya sea por inobservancia de los DNU o de normas provinciales o Municipales dictadas por Delegación de estos, afectan intereses de orden Nacional y por lo tanto caen bajo la Jurisdicción Federal.

Así, el 22 de marzo de 2020 la Procuración General de la Nación dictó la Resolución PGN N.º 25/20 mediante la cual se resolvió designar a todos los fiscales del fuero Criminal y Correccional Federal de la CABA, que no se encuentren incluidos en los factores de riesgo aludidos en la Resolución PGN N.º 19/20 para que intervengan en forma conjunta o alternada con el/ la fiscal de turno, a su requerimiento, en los procesos por infracción a las normas destinadas a proteger a la salud pública en relación con COVID-19 (cfr. art. 12 de la Ley N.º 27148). En el mismo sentido, el Procurador General de la Nación resolvió hacer saber a los fiscales de turno que podrán solicitar la colaboración de los fiscales de la Procuración General de la Nación y de las distintas procuradurías y unidades especializadas.

22. No siempre la casuística es la mejor forma de resolver estos temas: Hace poco una jueza subrogante en un Juzgado de Garantías de Tres Arroyos, resolvió declarar –de oficio– su incompetencia para intervenir en un caso de falsificación de marcas de ganado, de guía de transporte de ganado (GUT) y de documento de transporte de ganado (DTe), cuando los perjudicados son el fisco nacional y la hacienda municipal, dando una indebida preferencia a la Nación sobre la Provincia.

En el mismo sentido, el jefe de los fiscales nacionales dijo: “...desde la Procuración General de la Nación se reafirma el compromiso de preservar la salud pública y, en ese orden, teniendo en especial consideración los fines que el artículo 120 de la Constitución Nacional le asigna al Ministerio Público Fiscal, es oportuno recordar **la naturaleza federal en la materia y la intervención que corresponde a los fiscales de este organismo en relación con las infracciones al artículo 205 del Código Penal de la Nación**, a partir del DNU 260/2020 y el interés nacional que lo motivó, ello sin perjuicio de evitar los planteos de competencia en los casos en que ya se encuentre interviniendo la justicia provincial.”

Si bien puede objetarse que solo se refiere al art. 205, esto se trata de una síntesis, pues sería ilógico que se dedique solo a la persecución de un delito con pena relativamente leve y considere sin interés federal a delitos más gravosos como los tipificados en los art. 202 y 203.

Por otro lado, respecto al párrafo donde el PGN parece ceder a las pretensiones de competencia local, ello solo es a fines de evitar el desgaste jurisdiccional que implica un cambio de competencia, así ha dicho: “Ello, sin perjuicio de **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 derecho...”

En este comunicado el encargado de la persecución penal federal, les asigna tal carácter a los delitos por la violación del ASPO en función de los arts. 205 y 239 C.P., y asimismo instruye a los fiscales federales a actuar en la persecución de éstos.

Por otro lado, en instancias procesales de distinto tipo donde se plantó el conflicto de competencia se ha dicho que: “... el bien jurídico protegido por la norma es la salud pública, la misma tiene una repercusión que trasciende la frontera y que, por lo tanto, en consonancia con otras intervenciones

y pronunciamientos de otros tribunales, no hay mayores dudas de que la competencia es de índole federal y no corresponde entrar en otras cuestiones...”²³

Las justicias federales y locales en favor de la competencia de excepción, tendieron a reivindicar su actuación en base a los siguientes ejes argumentales:

- Que el art. 128 de la Constitución Nacional establece que “Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”;²⁴
- Que la autoridad nacional estableció que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios debían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el mencionado decreto de necesidad y urgencia 297/20, **en su carácter de delegados del gobierno federal;**
- Que el Poder Ejecutivo Nacional estableció mediante la sanción del D.N.U. N.º 520/20 y sucesivos, la medida de distanciamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) para determinados lugares o regiones en función de parámetros epidemiológicos y sanitarios. Por ese decreto P.E.N. N.º 520/20 y los dictados con posterioridad al mismo, se estableció que, en caso de que las autoridades provinciales detectaren que un aglomerado urbano, partido o departamento de sus jurisdicciones no cumpliera con los parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos, deberán informar de inmediato dicha circunstancia al Poder Ejecutivo Nacional **-único facultado para establecer la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio-** (cfr. D.N.U. N.º 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20 y 1033/20);
- **Que cualquier medida dictada por autoridad provincial o Municipal en función de la lucha contra la pandemia del COVID 19 comprometen intereses**

23. Pcia. Santa Fé, Cuij nro. 21-08295498-5 caratulado “F.E. Ever s/ Robo...” Magistrado Dr. Jose Luis Suarez mencionado por Rigatuso G, “Competencia de la Justicia Penal en tiempos de pandemia”, Rev. Pensamiento Penal, abril 2020, que arriba a una solución contraria a la que planteo en este artículo.

24. Es obvio que la hermenéutica incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en este grupo. Además, como se permite la Delegación Provincial en favor de los Municipios y - en la Provincia de Buenos Aires- por la ley Orgánica de las Municipalidades, los Municipios resultan, por cascada, delegados del Gobierno Nacional

de carácter federal, en tanto responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria dispuesta durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, inc. 3º y 128 de la C.N.);²⁵

- Que si bien se acepta que el art. 205 del C.P. es un tipo penal en blanco que requiere de ley o acto administrativo que dicten las autoridades en consecuencia para determinar el tipo de infracción (en el caso violación de cuarentena), la expresión de las medidas adoptadas por las autoridades competentes debe ser entendida como “delegación” de la Autoridad Nacional para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia;
- Que el Art. 33, inc. ‘c’, del Código Levene dice: “El juez Federal conocerá: Los delitos cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y **seguridad** de la nación [...]”. En este caso y –aun sabiendo que este mismo artículo se usa para defender posiciones contrarias, – debemos recordar que los delitos en cuestión están descriptos en el Capítulo IV del Código Penal que forma parte del Título X “Delitos contra la Seguridad Pública”.²⁶

V. LA (ÚNICA) POSICIÓN QUE SE AJUSTA A DERECHO

Teniendo claro el plexo normativo y la legalidad de las normas en juego, así como las posiciones enfrentadas respecto a la competencia federal o local debo decir que, por la naturaleza de la situación que se trata **es imposible obviar que estamos en presencia de casos de interés federal, esto es, de la nación**. Las características del virus, de contagiosidad y letalidad más alta aun (por las nuevas variantes del virus en forma de mutaciones) que los que presentaba el COVID en los meses donde se dictaron los DNU N.º 260/20 y 297/20 hacen que no pueda pensarse en un efecto circunscripto a una zona o región determinada.

25. TFCF, sala 4, “Galiano Andrés/Recurso de Casación”, 15 de marzo de 2021

26. En el mismo sentido, Nahuel Nardoni Toloza, “La determinación de la competencia para la persecución de delitos por violación del ASPO y otros temas conflictivos en un estado de excepción”, sitio web “[Tu Espacio Jurídico](#)”, 2 septiembre 2020, leído el 2 de Mayo de 2021.

No existe una ‘disposición sanitaria local de efecto local’ pues cualquier medida sanitaria repercute (en lo bueno y en lo malo) en el resto del país. Las medidas sanitarias locales solo pueden ser vistas como actos de “delegación” (CN 128) de la lucha global que emprende el país contra el virus. Y así expresamente lo dicen los DNU.

Al igual que las normas ambientales (donde no se discute la competencia Federal), el objeto de protección es la Salud toda, **y esta situación excepcional habilita -por lo tanto- el fuero de excepción, único fuero aceptable si no queremos apartarnos de la ingeniería normativa que estableció la Constitución.**

No voy a ser ingenuo e ignorar que -si de actuación penal se trata- el manejo de ciertas cuestiones sería más efectivo si los tratara la Justicia Local. El abordaje y represión de una fiesta clandestina en un partido del interior de la provincia de Buenos Aires, es mucho más directo si interviene el fiscal de turno o el ayudante fiscal, en donde se toma la indagatoria (CPPPBA art. 308) normalmente al día siguiente del hecho y en veinte días (máximo) se requiere la elevación a juicio o se adopta alguna de las medidas alternativas que permite el ritual. La intervención del fuero federal, muchas veces a gran distancia del lugar del hecho genera una sensación de “no pasa nada” a nivel penal.

No obstante, no es el derecho penal (más allá de su inmenso poder simbólico) la única herramienta que poseen los gobiernos provinciales, la CABA y los Municipios: Un buen y armónico conjunto de Leyes u Ordenanzas (que los DNU permiten) y el establecimiento de un sistema de multas **(que se impongan y se cobren)** tendría un efecto disuasivo aún mayor que la lejana invocación a una pena en cualquiera de los tipos penales que hemos estudiado..

Queda -sin embargo- un tema conflictivo que se suele presentar en la práctica: Muchas veces concursan en forma ideal un delito de derecho común con una infracción al ASPO: Un sujeto aprehendido robando en un domicilio en horas donde está prohibido circular, será acusado como autor (CP 45) de robo (CP 164) en tentativa (CP 42) en concurso ideal (CP 54) con violación de la cuarentena (CP 205). ¿Se deben desdoblar los legajos? Técnicamente sí. Parece un dispendio jurisdiccional, pues los delitos van a concursar necesariamente en forma ideal,

pero la solución que corresponde sin violar el Juez Natural es desdoblar las actuaciones y luego proceder a la acumulación de penas (CP 58). Sin embargo, en mi opinión, se debe recordar lo dicho por el Dr. Casal respecto a que las formas no pueden distorsionar los fines (algo en lo que insisten también la CSJN y el Tribunal Superior de la provincia de Buenos Aires) y entiendo que, en este caso en particular, ambos delitos (robo y violación de la política sanitaria) deben ser juzgados por quien intervino primero.

VI. CONCLUSIÓN

He tratado, de manera sucinta, de recopilar argumentos de cada una de las posiciones en pro y en contra de la intervención de la Justicia Federal en la violación de normas penales relacionadas con la lucha contra la epidemia de COVID 19. He tomado partido por una de ellas, sabiendo que la posición contraria posee argumentos no desdeñables. Me he valido de doctrina y jurisprudencia que se fue armando al tiempo que transcurría la pandemia. Seguramente, doctrina posterior a este artículo será más rica y se valdrá de más elementos de juicio. De cualquier manera, y en lo personal, deseo que esta pandemia que nos azota a todos pase lo más pronto posible, y quede subsistente en nosotros la preocupación intelectual de marcar de una manera más clara y menos casuística el régimen de intervención de las distintas jurisdicciones. No es poco.