



## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

San Isidro, 23 de mayo de 2022.

### **AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver en el marco del incidente de extinción de la acción penal registrado bajo N° CFP **4723/2021/10**, formado en la causa N° CFP **4723/2021**, caratulada “*Fernández, Alberto y otros s/violación de medidas - propagación de epidemia (art. 205 C.P.)*”, del registro de este Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N°2 de San Isidro, Secretaría N°4, sobre el ofrecimiento de reparación integral del perjuicio introducido por los Dres. Fabián E. Musso (domicilio electrónico N° 20167397396) y Marcelo A. Sgro (domicilio electrónico N°20182486680), quienes ejercen la defensa técnica de Alberto Ángel Fernández (fs. 2)

En representación del M.P.F., interviene en la encuesta el Dr. Rodolfo Fernando Domínguez, titular de la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional N°2 del San Isidro (CUIF N° 51000002783).

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **I.- El hecho investigado**

De conformidad con la descripción realizada anteriormente en otros decisarios, el objeto procesal de esta causa comprende múltiples hechos hipotéticamente constitutivos *prima facie* del delito contemplado en el art. 205 del C.P., entre otras figuras invocadas en las respectivas denuncias, a raíz de presuntas transgresiones a las medidas instrumentadas por las autoridades nacionales con el objetivo de mitigar la propagación de la pandemia de COVID-19 (cf. DNU's 260/20, 297/20 y sus prórrogas, complementarias y modificatorias), cuyo denominador común consiste en que se habrían producido en la Residencia Presidencial de Olivos (v. fs. 499/505, 707/14 y 718/23 del principal).



#36602361#328038519#20220523105751530

Dentro de ese conglomerado de sucesos, el planteo que motivó la formación de esta incidencia versa sobre aquel que habría ocurrido el día 14 de julio de 2020, con motivo del cumpleaños de la Primera Dama, Fabiola Andrea Yáñez, a cuyo respecto el M.P.F. requirió oportunamente que se formalizara la imputación contra Alberto Ángel Fernández, entre otras personas (v. providencia de fecha 26/8/2021 del principal).

## **II.- La petición de la defensa**

Los Dres. Fabián Musso y Marcelo Sgro, quienes ejercen la asistencia técnica de Alberto Ángel Fernández, solicitaron como método de resolución alternativa, la reparación integral del perjuicio hipotéticamente causado por su conducta, con arreglo al art. 22 del C.P.P.F., requiriendo que, una vez materializada esa reparación, se disponga la extinción de la acción penal y el sobreseimiento a su respecto, conforme lo normado en el art. 59, inc. 6º del C.P.

Comenzaron aclarando que no ha variado la posición del encartado respecto de la atipicidad penal de su conducta (planteo resuelto por este tribunal con fecha 1/12/2021 en el marco del incidente de falta de acción N° CFP 4723/2021/2, ratificado por la alzada con fecha 10/2/2022), sin perjuicio de lo cual “*considera oportuno solicitar que se ponga fin a este proceso, en lo que le concierne*”, para lo cual formuló modificaciones en torno al ofrecimiento que había sido inicialmente introducido en forma subsidiaria. Según indicaron, luego de aquella presentación, se desarrollaron actos procesales que corroboran de la procedencia formal del método de extinción de la acción penal legalmente previsto, su finalidad,





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

operatividad y aplicabilidad al caso concreto (citaron los argumentos consignados en el incidente de extinción N° CFP 4723/2021/7).

Desde esa perspectiva, señalaron que la petición de Alberto Fernández debe examinarse “*teniendo en cuenta la subsunción del hipotético suceso imputable en el tipo del art. 205 del CP.*”, agregando que resultaría irrazonable cualquier otra subsunción jurídico penal que implique la comisión de un presunto delito en el ejercicio de la función pública, así como la consideración “*de otros hechos diferentes al de la reunión motivada por el cumpleaños de la Sra. Fabiola Yáñez*”. Para ello, destacaron que las normas extrapenales que sucesivamente completaron el tipo previsto en el art.205 C.P., exceptuaban de cumplir con el ASPO a las autoridades superiores del gobierno nacional en el ejercicio de sus actividades y servicios, de modo que “*jamás podría ser imputado penalmente el Presidente por ningún acto funcional cumplido en inobservancia de aquellas normas sanitarias*”.

En ese sentido, expresaron que “*solamente podría ser considerada la subsunción en el tipo penal [...] de un suceso completamente ajeno a las actividades de Alberto Fernández como servidor público, es decir, un hecho respecto del que pudiera sostenerse que no ha actuado en modo alguno en su carácter de Presidente o en ejercicio de su rol como funcionario nacional*”.

Bajo esa concepción, reconocieron que “*en la reunión de cumpleaños nuestro defendido no se desempeñó como funcionario público en el ejercicio de sus funciones*”, de manera que “*le concernía el cumplimiento de las normas sanitarias en iguales condiciones que a cualquier otro sujeto*”; descartando, en cambio, la posible aplicación de otras figuras delictivas alternativas (arts. 239, 248 y 277, inc. 4º C.P.).



#36602361#328038519#20220523105751530

Por esa razón, sostuvieron que no resultaría aplicable la limitación de la disponibilidad de la acción penal prevista en el art. 30 del C.P.P.F., para casos en los que el imputado fuere funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo (cabe acotar que se trata de una norma aun no implementada, cf. resolución N°2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del C.P.P.F.). Además, mencionaron que esa limitación guardaría exclusiva relación con el instituto de la conciliación, en el que “*la Fiscalía ‘dispone’ de la acción*”, a diferencia de la reparación en la que no se dispondría –a su criterio– de ella.

Por último, para mensurar la razonabilidad del ofrecimiento, los defensores indicaron que “*la información sobre la situación patrimonial integral de nuestro defendido (que debe presentar periódicamente a la O.A.) es de carácter público*”, además de que “*es públicamente conocida también la información acerca de la composición de su familia y tareas*”.

Desde esa posición, ofrecieron que Alberto Ángel Fernández repare integralmente el perjuicio mediante la donación de \$1.600.000 en favor “*del establecimiento de salud público/estatal de la jurisdicción que la Fiscalía Proponga o el Juzgado disponga*”, aclarando que se trata de un monto ocho veces superior al admitido respecto de su consorte de causa, Carolina Marafioti. Asimismo, expresaron que dicho importe equivale a 40 días de internación de un paciente afectado con coronavirus en Unidad de Cuidados Intensivos con AMR, y también excede el costo de un respirador, según las estimaciones de los sectores público y privado (\$1.213.290 y \$1.442.400, respectivamente).





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

### **III. La opinión del Sr. Fiscal Federal**

El representante del M.P.F. consideró satisfactoria la propuesta y solicitó la homologación judicial del acuerdo para que Alberto Ángel Fernández repare el perjuicio que habría generado con su comportamiento, prestando conformidad para que este proceso penal se resuelva ulteriormente de esa manera alternativa, en la medida en que acredite haber efectuado aquella donación (cf. art. 59, inc. 6º del C.P.).

Para ello, manifestó que, ante el crecimiento exponencial de casos penales derivados de las presuntas transgresiones a las medidas instrumentadas por las autoridades con relación a la pandemia de COVID-19, en esta jurisdicción, “*los mecanismos adoptados para atender la problemática [...] fueron, en general, [...] la reparación integral del perjuicio y la suspensión del juicio a prueba, ambos instrumentos considerados como soluciones alternativas al conflicto, pues dan una respuesta desde el derecho penal sin la necesidad de recurrir a la prisión del imputado*”.

Luego, indicó que la operatividad de la reparación integral del perjuicio como mecanismo extintivo de la acción penal (art. 59, inc. 6º del C.P.), se halla actualmente fuera de discusión a partir de la resolución N°2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del C.P.P.F., donde se implementaron, entre otros, los arts. 22 y 34 de dicho cuerpo normativo. Al mismo tiempo, trajo a colación otros ordenamientos, provinciales y foráneos, en los que también se ha consagrado este modelo de abordaje de los conflictos sociales tipificados en el Código Penal.

Desde el punto de vista conceptual, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, el Sr. Fiscal indicó que el mecanismo alternativo propuesto “*constituye una importante modernización del régimen del*



#36602361#328038519#20220523105751530

*ejercicio y extinción de acciones penales*”, toda vez que “*representa la evolución de nuestro derecho penal de fondo para adaptarse a las tendencias existentes en el derecho comparado, desde la concepción del delito como conflicto intersubjetivo hasta la puesta en vigencia de sistemas de resolución de [...] conflictos por [la] vía del acuerdo conciliatorio o de la reparación de los daños*”.

Previo a introducirse en el análisis de la admisibilidad de la oferta incoada por la defensa de Alberto Ángel Fernández, el Sr. Fiscal puntualizó que “*no se juzga aquí la gestión de un gobierno, ni siquiera la gestión de la pandemia*”, sino que “*se evalúa en esta causa la realización de una conducta antinormativa*”. Por eso, “*la responsabilidad es personal por el hecho, y el reproche no es moral, ni ético, ni político; es un reproche jurídico por un hecho antijurídico*”. En ese orden, añadió que “*es claro que un hecho puede tener innumerable cantidad de connotaciones, pero en lo concreto la intervención judicial en el caso –como corresponde constitucionalmente– tiene el mencionado límite, de modo que el reproche es, llanamente, por la realización de una conducta prohibida por la norma vigente al momento de su concreción*”.

Según expuso, frente al derecho penal, “*el Dr. Alberto Ángel Fernández, no tiene menos derechos que el resto de las personas por ser presidente de la Nación*” y, por tanto, “*si el derecho prevé un mecanismo que los ciudadanos pueden oponer frente a un requerimiento judicial, no habiendo ley en contrario, pues también el presidente puede proponer su aplicación*”.

Sobre esa base, puntualizó que “*se le imputó a Alberto Ángel Fernández la comisión del delito previsto y reprimido en el art. 205 C.P., en razón de haber participado –junto con otras personas– de un evento a*





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

*esa fecha prohibido (conf. art. 19 del DNU 576/2020)”, el cual “aconteció y/o se constató el 14/7/2020, en la localidad de Vicente López, PBA”, conforme las restantes circunstancias ya reseñadas en autos.*

Coincidio con la postura de la defensa, en cuanto a que “*el suceso pesquisado trasuntó un festejo ajeno a la función pública inherente al Presidente de la República*”, descartando la limitación contenida en el art. 30 del C.P.P.F., la cual –a su criterio– “*sólo es razonable con relación a los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor y/o en los que existe un deber funcional en el imputado que legitima un trato legal diferente respecto de otros sujetos sometidos a proceso penal*”.

Con relación a la razonabilidad del ofrecimiento reparativo, arguyó que “*las características del evento del que participó el imputado (cumpleaños de la Primera Dama), la trascendencia y el impacto institucional que adquirió el suceso, el cargo de su autor y la fecha en la que tuvo lugar (vigencia del ASPO), son circunstancias que ubican a Fernández en el umbral máximo de responsabilidad penal ponderable a los fines de la reparación*”.

Desde esa perspectiva, expresó que, si bien es difícil mensurar monetariamente el daño causado en este tipo de casos, “*sí puede intentar fijarse algún criterio que permita tornar operativo el instituto conciliando los intereses en juego*”, para lo cual estimó adecuado “*atar el monto de la reparación al valor de recursos hospitalarios necesarios para afrontar los problemas que trajo consigo la pandemia por COVID-19*”.

Tomando esos parámetros, el titular de la acción penal pública concluyó que la propuesta de Fernández deviene razonable porque “*el monto ofrecido en concepto de reparación [...] cubriría el precio de un respirador para ser utilizado en módulos de atención UCI de pacientes con*



#36602361#328038519#20220523105751530

*COVID-19 más cuatro días de internación en un módulo de atención en UCI con ARM con pacientes con COVID-19, o un total de cuarenta días de internación en un módulo de atención de UCI con ARM de paciente con COVID-19”; agregando que “habrá de destinársela a la adquisición de recursos para la investigación científica en materia de salud”.*

Por consiguiente, el Dr. Rodolfo Fernando Domínguez solicitó que se homologue el acuerdo de reparación, proponiendo que dicha donación se concrete con destino a la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán” (A.N.L.I.S.).

#### **IV.- La viabilidad del acuerdo propuesto por las partes**

En vista de la petición de reparación integral como salida alternativa al proceso y el acuerdo presentado por el Sr. Fiscal Federal, cabe repasar que dicho planteo versa sobre el hecho ocurrido el 14 de julio de 2020 en la Residencia Presidencial de Olivos, con motivo del cumpleaños de Fabiola Yañez, sobre el cual el M.P.F. solicitó oportunamente que se formalizara la investigación, dirigiendo imputación contra Alberto Ángel Fernández, entre otras personas involucradas (v. providencia de fecha 26/8/2021 del principal).

Acorde con la calificación *prima facie* invocada por la defensa y compartida por el Sr. Fiscal Federal, dicho episodio se enmarcaría en la figura prevista en el art. 205 del C.P., que sanciona a quien “*violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”, complementada por el DNU 576/2020 (B.O. 29/6/2020; posteriormente ratificado por el Senado de la Nación), donde se extendieron y/o establecieron diversas restricciones sanitarias dirigidas a todos los ciudadanos, con el propósito de



#36602361#328038519#20220523105751530



## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

aminorar el impacto de la pandemia de COVID-19 (v. reseña normativa efectuada en el marco del incidente de inconstitucionalidad CFP 4723/2021/1, decisorio de fecha 2/11/2021).

**a)** En cuanto aquí interesa, cabe repasar que, a través del DNU 576/2020, se prorrogó la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio para el aglomerado urbano denominado Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), comprensivo de la localidad de Vicente López en la que se encuentra asentada la Residencia Presidencial (arts. 11 y 12); y además se restringió la producción de eventos públicos y privados, sociales, recreativos y de cualquier otra índole que implicaran concurrencia de personas (art. 19, inc. 2º).

Al momento de rechazar el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa de Stefanía Domínguez, se consideró que las medidas cuestionadas importaban el ejercicio de facultades contempladas en la C.N., propias de otros poderes del Estado, conforme nuestro diseño constitucional; que el despliegue de esa “política sanitaria” ante la emergencia estaba reservado a la autoridad competente y, por ende, su alcance y consecuencias. Ello, sin perjuicio, claro está, de las soluciones adoptadas respecto de los diferentes casos concretos que fueran sometidos a conocimiento de los tribunales.

**b)** De otra parte, al rechazar el pedido de sobreseimiento inicialmente formulado por el Dr. Alberto A. Fernández, este tribunal ha expuesto –como en numerosos precedentes– que el tipo del art. 205 del Código Penal integra la categoría de delitos de *peligro abstracto* (cf. causas FSM 18628/2020, 28908/2020, 28959/2020, 28340/2020, 28478/2020 y 29793/2020 de la Secretaría N°4; causas FSM 10273/2020 y 11118/2020 de la Secretaría N°5; y causas FSM 32283/2020, 39205/2020 y 10612/2021



#36602361#328038519#20220523105751530

de la Secretaría N°6; entre muchos otros). Esa forma de configuración delictual tiende a responsabilizar comportamientos que el legislador presume –de por sí– peligrosos para determinados valores jurídicos de la sociedad, sin que se exija, desde el punto de vista normativo, la producción material de ese resultado de peligro (Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, 2º ed., tomo I, traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 2008, págs. 407 y siguientes).

Sin desmedro de esta conceptualización, producto de la evolución de un derecho penal de daño hacia uno de peligro, protagonizado por “*infractores que generan o aumentan riesgos prohibidos*” (cf. Garibaldi, Gustavo, “Lecciones y estudios de Derecho Penal y de Procedimiento Penal”, 1º ed., La Ley, C.A.B.A., 2020, pág. 20), se requiere la necesidad de compatibilizar los tipos penales de la categoría *peligro abstracto* con los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, al igual que con el carácter fragmentario y de *última ratio* del derecho penal.

Sobre esta cuestión, se ha expresado que “*los tipos de peligro abstracto describen ‘puramente’ una acción o bien una situación que resulta causalmente de ella, las cuales se consideran típica o generalmente peligrosas para el bien jurídico protegido por la norma*” (Kiss, Alejandro, “El delito de peligro abstracto”, Ad-Hoc, 1º ed., Buenos Aires, 2011, pág. 39). Al igual que, “*como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la «peligrosidad típica» de la conducta*” (Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, Reppertor, 8º edición, Barcelona, 2008,





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

pág. 231).

Asimismo, esta conceptualización de la figura del art. 205 del catálogo penal como delito de *peligro abstracto*, fue compartida jurisprudencialmente por varias instancias superiores (C.F.C.P., Sala III, causa FGR 2458/2020/2/CFC1, “Costa Paz, Julio Quinto s/ recurso de casación”, resuelta el 16/7/2021, reg. 1252/21; C.N.C.C.F., Sala I, causa CFP 1602/2020/14, “F.J.A.”, resuelta el 6/9/2021; C.N.C.C.F., Sala I, causa CFP 2819/2021/3, “C. Z., F. G.”, resuelta el 11/6/2021; C.F.A.S.M., Sala II, causa FSM 10273/2020/CA1, “Paz, Miguel Ángel”, resuelta el 24/9/2020; C.F.A.S.M., Sala II, causa FSM 27668/2020/25/CA1, “Herreros, Claudio Marcelo”, resuelta el 2/11/2020, reg. 9812; y C.F.A.S.M., Sala I, causa FSM 33503/2020/4/CA1, “Díaz, Angélica del Carmen”, resuelta el 29/9/2021, reg. 13035; entre otros precedentes).

**c)** Desde esa óptica, puede sostenerse entonces que el acuerdo aquí presentado versa sobre un hecho presuntamente ilícito y punible *prima facie* ajustado al art. 205 C.P., a cuyo respecto el M.P.F. diagramó inicialmente una formal imputación contra Alberto Ángel Fernández (v. providencia de fecha 26/8/2021 del principal).

En ese marco, luego de la nueva petición formulada por el acusado y su defensa, es que el titular de la acción penal pública prestó su expreso consentimiento para que este proceso penal se resuelva a través del mecanismo alternativo propuesto.

**d)** Frente a esa carencia de controversia en punto a la solución alternativa que merecería el caso atinente a Alberto Ángel Fernández, el control jurisdiccional queda entonces reservado a la legalidad y razonabilidad de los actos procesales de interés.



#36602361#328038519#20220523105751530

En ese norte y conforme se ha sostenido en anteriores pronunciamientos (v. causa FSM 28908/2020 de fecha 8/9/2020; causa FSM 28937/2020 de fecha 17/9/2020; causa FSM 16290/2020 de fecha 14/10/2020; entre muchos otros sucesivamente dictados por este tribunal, incluso, en este mismo expediente, v. incidente de extinción CFP 4723/2021/7, de fecha 23/03/2022), en la actualidad, la extinción de la acción penal a través de los institutos de la *conciliación* y la *reparación integral del perjuicio* ha adquirido operatividad en razón de las disposiciones del art. 59, inc. 6º del C.P. y la implementación de los arts. 22 y 34 del C.P.P.F., entre otros (cf. resolución N°2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación de ese cuerpo normativo, B.O. 19/11/2019).

Con la misma lógica, la actual Ley Orgánica del M.P.F. establece que dicha institución, en el desarrollo de sus funciones, “*procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social*” (art. 9º, inc. “e” de la ley 27.148).

La doctrina ha opinado que, con la citada normativa, el legislador se ha enrolado en la idea que el delito representa básicamente un conflicto social del que nace otra disputa de intereses, cuya pacificación demanda instrumentos y reglas de interpretación con aptitud suficiente para adoptar una solución que sea “*la más adecuada al restablecimiento de la paz social*” (cf. Daray, Roberto R., “Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, tomo 1, pág. 130).

Sin duda, los mecanismos alternativos para concluir el proceso guardan relación con tendencias actuales en el marco del derecho





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

penal comparado y armonizan con los criterios de oportunidad contemplados en el nuevo ordenamiento adjetivo federal para el representante del M.P.F., todo lo cual se enmarca –en definitiva– en las diversas pautas inherentes a la disponibilidad sobre el ejercicio de la acción penal pública que rigen el espíritu del proceso acusatorio (conf. arts. 30 y 31 del C.P.P.F., debiéndose anotar aquí que, el primero de ellos, no fue implementado para esta jurisdicción por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación de ese cuerpo normativo, B.O. 19/11/2019).

Las vías de la conciliación y la reparación integral del perjuicio constituyen dos institutos autónomos, aunque –como se dijo– ambos revisten actualmente operatividad y se encuadran en las reglas antedichas, como medios alternativos de conclusión del proceso penal<sup>1</sup>. En principio, la reglamentación de la conciliación reclama que se trate de “*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*” (art. 34 del C.P.P.F.).

En cambio, la instrumentación de la reparación integral del perjuicio carece de una regulación tan específica. A diferencia de la conciliación (art. 34 del C.P.P.F.), las citadas disposiciones no delimitan la naturaleza de los casos susceptibles de ser solucionados por vía de la reparación integral del perjuicio. Se ha opinado, incluso que, ante la amplitud reglamentaria del instituto en cuestión, “*se extinguirá la acción penal, sin más, en todo caso penal en el cual, cualquiera que sea el delito, haya sido reparado integralmente el perjuicio*”, porque “*esta regulación de la ley penal es clarísima y no admite dudas ni limitaciones*” (Pastor,

<sup>1</sup> En ese sentido, “*la dinámica propia de la conciliación como método alternativo de resolución de conflictos y la reparación integral del daño presuponen dos vías distintas que no pueden ser asimiladas ni confundidas*” (C.F.C.P., Sala IV, causa CFP 14958/2017/CFC1, “Castiñeiras, Patricia Mariana”, resuelta el 23/10/2020).



Daniel, “Lineamientos del Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico”, Hammurabi, 2º ed., Buenos Aires, 2015, pág. 47.).

Es cierto también, que los “mecanismos alternativos” de solución de conflictos en el ámbito del derecho penal han merecido cuestionamientos por quienes consideran que “desnaturalizan” su función, pues, su característica distintiva y excluyente es la “ pena”, llevando a una ofensa penal la posibilidad de reparación “civil” o meramente patrimonial. Sin embargo, esa discusión doctrinaria ha sido zanjada por nuestro legislador nacional y provincial, al momento de delinear la política criminal en el ámbito de su competencia, poniendo en vigencia las normas analizadas exclusivamente respecto de determinados delitos.

En orden a las limitaciones que este caso podría acarrear (amén de las previsiones de los arts. 31 y 34 de la ley procesal federal implementada), cabe traer a colación que, frente a la afectación de un bien jurídico *supra* individual, la Cámara Federal de Casación Penal no ha negado la posibilidad de acceder al instituto de la reparación integral, aunque sí ha condicionado su procedencia al acuerdo del titular de la acción penal pública. En ese orden, puntualmente, se ha expresado que “*sea que la solución se enmarque en el supuesto de la reparación integral del perjuicio o bien en el de la conciliación, cierto es que el fiscal debe ser oído y emitir opinión en punto a la satisfacción de los intereses públicos involucrados en el conflicto penal, más aún en los casos de afectación de bienes supraindividuales*” (C.F.C.P., Sala IV, causa CFP 14958/2017/CFC1, “Castiñeiras, Patricia Mariana”, resuelta el 23/10/2020, reg. 2106/20.4, el destacado me pertenece).

e) Ahora bien, sentada la capacidad operativa del instituto alternativo propuesto, resta discernir su viabilidad para el caso concreto,





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

esto es, analizar si concurre alguna circunstancia que pudiere obstaculizar su aplicación legal en este proceso, o bien si la nueva reparación convenida por las partes resulta irrazonable.

En cuanto al primer interrogante, no se vislumbran impedimentos normativos que impongan denegar la posibilidad de aplicar el mecanismo alternativo solicitado.

Por un lado, tanto la defensa como el Sr. Fiscal Federal han sostenido que el comportamiento que se le endilga a Alberto Ángel Fernández en torno al hecho ocurrido el 14/7/2020 por su participación en la celebración del cumpleaños de la Primera Dama, no guarda relación con el ejercicio de las funciones públicas que tenía asignadas como titular del Poder Ejecutivo Nacional.

Más allá de sus innegables obligaciones claramente distintas a las de cualquier ciudadano (ley 25.188), la interpretación normativa propuesta no aparece desacertada, pues, el catálogo penal designa como “funcionario público” a “*todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*” (art. 77 C.P.), definición que guarda correlato con las previsiones de la Ley de Ética de la Función Pública, en la que “*se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*” (art. 1º de la ley 25.188, el destacado me pertenece); al igual que los instrumentos internacionales que refieren a la materia (cf. art. 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por ley 26.097; art. 1º de



#36602361#328038519#20220523105751530

la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759).

Las normas que restringen la aplicación de soluciones alternativas para el proceso penal respecto de los delitos en los que hayan participado funcionarios públicos, se refieren a hechos que hayan sido cometidos “*en el ejercicio de sus funciones*” (art. 76 bis C.P.), o “*en el ejercicio o en razón de su cargo*” (art. 30 del C.P.P.F., aunque este último, como se señaló anteriormente, no fue implementado para esta circunscripción).

Tales limitaciones excluyen este tipo de mecanismos respecto de hechos cuyo contenido injusto descance sobre el *ejercicio abusivo* de la función pública, los denominados por la doctrina como delitos propios de los funcionarios públicos –para distinguirlos de los delitos comunes–, u otros vinculados al del ejercicio de ella y los actos de corrupción (Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con jurisprudencia”, 6° ed., B de F, Buenos Aires, 2022, pág. 465; en igual sentido Vitale, Gustavo, “La suspensión del proceso penal a prueba”, 2° ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 175; Bovino, Alberto, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001), criterio que también ha sido receptado por la jurisprudencia respecto de la suspensión del juicio a prueba, por ejemplo, al sostener que “*una correcta interpretación del artículo 76 bis del Código Penal, obliga a considerar que la salvedad efectuada en su párrafo séptimo lo es en relación a aquellos casos en los que el delito supuestamente cometido tiene vinculación directa con la actividad que se realiza, esto es, en los que se compruebe la existencia de un ejercicio abusivo de las funciones públicas*





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

*que le fueron confiadas al agente”* (C.C.C.F., Sala II, c. 30.174, “Gauto, Fernando”, resuelta 17/5/2011, el destacado me pertenece; en similar sentido, Sala I, c. 45.128, “Esquivel, Ángel”, resuelta el 17/05/2011; y C.N.C.C.C., sala 3, CCC 29632/2010, La Pena, reg. N°182/2015, 22/06/2015, jueces: Días, Jantus, Mahiques).

Desde esa concepción, dichas limitaciones se tornarían inaplicables respecto de hechos *ajenos* al cargo público y la función de su protagonista. Lo definitorio no es la sola calidad del sujeto sino la función que desempeña y su vinculación con el acto en concreto.

Lo dicho no importa negar la connotación política e institucional de los hechos presuntamente cometidos y la posible defraudación a las pautas de comportamiento ético (art. 2 de la ley 25.188), sino solamente señalar los límites de la restricción normativa, pues, no pueden catalogarse como propios de la función (delitos que la doctrina denomina como propios de los funcionarios) o vinculados con el ejercicio de ella, ni como actos de los señalados en el art 36 de la C.N., o de los tipificados en las Convenciones Internacionales suscriptas por el Estado sobre la materia (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por ley 26.097; y Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759).

Yendo a la norma sustantiva, como parámetro interpretativo, se ha dicho que “*un acto no es abusivo por su mera disconformidad con el orden jurídico [...] sino porque su esencia radica en un mal uso de la autoridad dentro de la propia función, en el uso de un poder que, con arreglo a la Constitución o la ley, la propia función no atribuye*” (“Código Penal comentado”, Baigún, David y Zaffaroni Eugenio R., dirección,



#36602361#328038519#20220523105751530

Marco Terragni, coordinación, Tomo 10, Hammurabi, Bs. As., 2011, comentario a los arts. 248 y ss. del C.P.).

Nótese además que, si bien el hecho analizado habría tenido lugar en la Quinta Presidencial de Olivos (residencia obligatoria del titular del P.E.N.), la circunstancia que se haya tratado de un comportamiento ajeno al ejercicio las funciones públicas que se desenvolvían en ese ámbito, es precisamente en el caso un presupuesto del ilícito atribuido (art. 205 C.P., complementado con las disposiciones sanitarias antes reseñadas), dado que las actividades oficiales de las autoridades superiores del gobierno nacional estaban –en ese momento– dispensadas de las restricciones en materia sanitaria, entre muchas otras actividades consideradas *esenciales*, siempre que se limitaran al “*estricto cumplimiento de esas actividades y servicios*”, con el propósito de mantener –dentro del marco de lo posible– el funcionamiento indispensable de las instituciones públicas, las operaciones económicas básicas y los restantes quehaceres imprescindibles para la subsistencia cotidiana de la sociedad (arts. 1, 2 y 6, inc. 2º del DNU 297/2020 y sus prórrogas). Interpretar de otra forma el alcance de la excepción que regía para las actividades públicas, importaría conceder una prerrogativa inadmisible dentro de nuestro sistema republicano de gobierno.

La participación en un evento como el investigado no sería un acto de la función, aunque un funcionario pueda ejercer su ocupación en cualquier momento, como tampoco lo sería –sin perjuicio del diverso disvalor de los hechos en razón del especial contexto– que un servidor público defraudara a un amigo que le prestó un bien con cargo de devolución, o lesionara levemente a un contrincante luego de un encuentro deportivo, aun cuando esa situación haya tenido lugar en el ámbito de una



#36602361#328038519#20220523105751530



## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

residencia oficial. Todos esos supuestos podrían ser enmarcados *prima facie* dentro de los delitos comunes, ajenos al ejercicio de la función, y por su carácter patrimonial o leve –por la escala penal aplicable– podrían resolverse por vía de instituto analizado. Nótese, además, que la distinción aquí realizada también surge del art. 53 de la C.N., cuando se refiere a los delitos en el ejercicio de las funciones y los comunes, aunque, claro, se requiera de hechos de otra gravedad (“*crímenes comunes*”).

Pero aún si no se compartiese el análisis que antecede y se sostuviese que la limitación absoluta de este mecanismo alternativo por la calidad de funcionario del ejecutor es la única interpretación jurídicamente razonable, cabría notar dos circunstancias. Por un lado, que el artículo 30 del C.P.P.F. no fue implementado para esta jurisdicción por la comisión legislativa competente y, como consecuencia de ello, su aplicación no se encuentra vigente (cf. resolución N°2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del C.P.P.F.) Por el otro, tampoco se podría aplicar la exclusión contemplada en el art. 76 bis del C.P., referida específicamente a otro instituto (la suspensión del juicio a prueba), pues ello encontraría otra limitación: la afectación al principio de legalidad en materia penal que importa aplicar una restricción por analogía en perjuicio del imputado (art. 18 C.N. y art. 2º del C.P.P.N.).

Desde esa perspectiva, dejando a un lado cualquier consideración ajena al ámbito del derecho penal, la solución propuesta no aparece ilegal, ni se riñe con la normativa que rige la materia (arts. 59, inc. 6º del C.P. y 22 y 34 del C.P.P.F.), sin perjuicio de las competencias propias de otros organismo y poderes del Estado (arts. 53 de la Constitución Nacional, art. 1 de la ley 25.320 –que no impide la



#36602361#328038519#20220523105751530

continuidad del procedimiento judicial hasta su total conclusión– y la ley 25.188).

La función del juez se define por la imparcialidad, lo cual le impone decidir conforme a Constitución Nacional y las leyes prescindiendo de cualquier consideración pública, política o personal –externa o interna– ajena al caso. Y es en ese marco de actuación que, reitero, no se observan razones legales que impidan la aplicación del mecanismo propuesto.

f) Ahora bien, en cuanto a la razonabilidad del ofrecimiento, recordemos que el bien jurídicamente protegido cuya afectación conmina el art. 205 del C.P., consiste en la *salud pública*, concebida como un valor comunitario y *supra* individual, noción que refiere a “*la salud de todos, la que goza el público en general, de manera indeterminada*”, por lo que atañe a un interés “*de titularidad colectiva y de naturaleza difusa*” (Donna, Edgardo A., “*Derecho Penal: parte especial*”, 1 ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, tomo II-C, pág. 204/5).

Ante el complejo escenario sanitario, económico y social que atraviesa el país, producto de la propagación del COVID-19, declarada como *pandemia* por la O.M.S. el día 11/3/2020, cuyas consecuencias se extienden hasta la actualidad, no puede negarse que, el método alternativo de solución del conflicto ofrecido por la defensa y aceptado por el titular de la acción penal pública, favorece ese interés jurídico comunitario, dado que contribuye –en alguna medida– a mitigar los efectos dañosos para la sociedad en este peculiar contexto histórico, aportando recursos siempre necesarios al sistema de salud y, específicamente, para la investigación científica sobre la materia que lleva adelante la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán”.





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

Es por eso que –en esta jurisdicción– una gran cantidad de casos iniciados a partir de la violación de las medidas sanitarias adoptadas en el marco de la pandemia de COVID-19 han recibido respuesta judicial por esta vía. Ello permitió mitigar el impacto que sobre el sistema de justicia ha generado el gran caudal de casos expuestos, brindando, a la vez, una respuesta eficaz y vinculada a la protección de los intereses *supraindividuales* en juego (salud pública).

Desde otro ángulo, como se dijo *ut supra*, la adopción de una salida alternativa al proceso penal no importa una menor desvalorización de la conducta típica y antijurídica: aunque impida que el proceso continúe hasta el dictado de una sentencia definitiva, de alguna forma, importa un contenido “penoso” –de orden patrimonial– asumido por quien se apresta a efectuar una restauración de estas características.

Finalmente, y vista la naturaleza social y colectiva del bien jurídico involucrado –no nos encontramos ante un caso que involucre a una víctima en particular–, se pondera especialmente, por aplicación del principio acusatorio, que el órgano encargado de promover “*la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad*” (art. 120 de la C.N.), ha prestado su expreso consentimiento para implementar este método de reparación en el caso concreto.

En ese orden, la C.F.A.S.M. ha resuelto que “*este tipo de mecanismos de extinción de la acción penal reclama la participación de todas las partes, entre ellas, el acusador público, quien debe emitir opinión en punto a la satisfacción de los intereses públicos involucrados en el conflicto penal, más aún en los casos de afectación de bienes supraindividuales*” (Sala I, causa FSM N° 25182017/117/CA7, “Torres, Fabio y otros s/incidente de extinción de la acción”, resuelta el 17/3/2021,



#36602361#328038519#20220523105751530

reg. 9753; en igual sentido, causa FSM 1470/2011/41/CA5, “Spadone, Juan Francisco Lorenzo s/incidente de falta de acción”, resuelta el 14/6/2021, reg. 9918).

A su vez, la C.F.C.P. ha sostenido que “*el representante del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción pública, ejerce un rol primordial que no puede ser ignorado y que demanda su activa participación en el devenir que ponga fin al proceso en punto a la satisfacción de los intereses públicos involucrados en el conflicto penal; más aún en los casos de afectación de bienes supraindividuales*” (cf. Sala IV, causa CFP 14958/2017/CFC1, “Castiñeiras, Patricia Mariana”, resuelta el 23/10/2020, reg. 2106/20.4; en similar sentido, Sala IV, causa CCC 25020/2015/TO1/CFC1, “Villalobos”, resuelta el 29/8/2017, reg. 1119/17; y Sala IV, causa CFP 7245/2013/TO1/2/CFC1, “Bobbio”, resuelta el 14/11/2018, reg. 1731/18).

En definitiva, examinadas las características del suceso endilgado a Alberto Ángel Fernández, la categoría delictual de la figura aplicable (peligro abstracto), su escala penal y su entidad a la luz del bien jurídico *supraindividual* involucrado, frente a las condiciones particulares y capacidades patrimoniales del encausado, analizadas por el acusador público en su dictamen, no se vislumbran razones para sostener que el ofrecimiento realizado y acordado con el M.P.F., sea inadecuado desde el punto de vista de los requisitos legales que demanda el instituto.

Por consiguiente, dado que no existe controversia alguna entre las partes en orden a la calificación legal del hecho, la operatividad del instituto invocado, la extensión del perjuicio y la proporcionalidad del ofrecimiento, se admitirá el acuerdo alcanzado entre la defensa y el titular de la acción penal pública, pues la solicitud de homologación supera el





## Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN ISIDRO 2  
CFP 4723/2021/10

control de legalidad y razonabilidad reservado legalmente a los jueces.

Por los fundamentos desarrollados, corresponde y así;

### **RESUELVO:**

**I.- HOMOLOGAR** el acuerdo propuesto por la defensa y consentido por el representante del M.P.F., para que el encausado **ALBERTO ÁNGEL FERNÁNEZ** repare el perjuicio ocasionado, mediante la donación de la suma de un millón seiscientos mil pesos (\$1.600.000), importe que deberá integrar, dentro del término de diez (10) días, con destino a la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán” (A.N.L.I.S.), cuyos datos bancarios obran en la constancia digital precedentemente agregada al incidente (cf. art. 22 del C.P.P.F.).

**II.-** Una vez que se cumpla con la prestación del acuerdo y se remitan las constancias bancarias correspondientes al tribunal, se adoptará el temperamento que resulte pertinente (art. 59, inc. 6º del C.P.).

Tómese razón y notifíquese electrónicamente a las partes.

Lino Mirabelli  
Juez Federal

Ante mí:

Gonzalo Luis Coelho  
Secretario



#36602361#328038519#20220523105751530