



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

///or Juez:

R. FERNANDO DOMÍNGUEZ
FISCAL FEDERAL

R. Fernando DOMÍNGUEZ, Fiscal Federal a cargo de la Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal n°2 de San Isidro, me presento en el marco de la Causa n°CFP4723/2021, correspondiente al registro de la Secretaría n°4 del Juzgado Federal a su cargo, como mejor proceda, digo (cfr. art.59 inc.6 del CP):

I. La respuesta penal.

En primer lugar, cabe recordar que el P.E.N. en acuerdo general de ministros, a causa de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud con relación al COVID-19, a través del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia n°297/2020, con el objeto de proteger la salud pública en el marco de la emergencia en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, el 19/03/2020, dispuso el “aislamiento, social, preventivo y obligatorio” (ASPO) para todo el territorio nacional, cuyo incumplimiento habilitaba la imputación de los infractores en los términos de lo dispuesto en los art.205 y/o 239 del CP (DNU n°297/2020).

A partir del 20/3/2020, en que se publicó en el boletín oficial la normativa que disponía el aislamiento, se verificó un aumento exponencial en los expedientes en trámite ante la Justicia Federal¹, llevando a la necesidad de extremar la aplicación de los institutos vigentes que permitieran atender la conflictividad derivada de las violaciones al ASPO.

En su mayoría, los sumarios reflejaban una circunstancia similar: la constatación de la presencia de una persona en la vía pública sin el correspondiente certificado que la habilitase a circular, conducta que al infringir el art.2 del DNU n°297/2020 daba lugar a la imputación del art.205 del CP².

En esta jurisdicción, los mecanismos adoptados para atender la problemática que presentaban dichas conductas fueron, en general, los institutos regulados en los arts.59 inc.6 y 76 bis del CP, es decir 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 prisionización del imputado. De modo tal que las conductas efectivamente fueron consideradas delictivas, promoviéndose soluciones alternativas a la imposición de una pena de prisión.

Vale aclarar que el criterio en algunas otras jurisdicciones difirió del que aquí se adoptó, pues han ido desde no considerar delito las conductas de la clase de las

¹ Véase el Informe Estadístico del- Sistema de Gestión Coirón (enero - noviembre de 2021) de la Dirección General de Desempeño institucional, de donde se desprende la considerable cantidad de casos que se han originado a partir de la violación al ASPO.

² Los otros casos, los que corresponderían a la minoría, eran aquellos en los cuales la circulación por la vía pública sin estar habilitado, aparecía junto con la comisión de otro delito. Es decir que se incumplía el ASPO a fin de cometer un robo, un hurto, unas lesiones, etc.

señaladas (procediendo en los términos del inc. “3” del art.336 del CPP), a la aplicación -prioritaria- de la probation como mecanismo alternativo (esto último es lo que ocurrió en el caso de la justicia de la CABA).

La última parte del inciso 6 del art.59 del CP, llevó a cuestionar la operatividad de la norma puesto que la “ley procesal correspondiente” sería el nuevo código procesal penal federal (según Ley 27.063) cuya vigencia se encuentra suspendida en virtud del decreto de necesidad y urgencia n°257/2015.

Empero, este cuestionamiento ha sido resuelto en favor de la plena operatividad de la conciliación y de la reparación integral (inc.6 art.59 CP) a partir de que la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal en su resolución n°2/2019 tornó aplicables los artículos 22 y 34 del CPPF.

Se ha señalado al respecto, que “la reparación integral consiste en el cumplimiento unilateral por parte del imputado de obligaciones dirigidas a resarcir las consecuencias del accionar ilícito que se le reprocha³ [funcionando como] una ‘tercera vía’ de solución de un conflicto en el marco del derecho público, alternativa a la pena como primera vía (privación de la libertad, multa e inhabilitación) y a la medida de seguridad como segunda vía”⁴.

Los instrumentos normativos que prevén a nivel nacional la resolución alternativa de conflictos, se encuentran regulados en leyes especiales, en el código penal y en los códigos procesales; al tiempo que en las jurisdicciones provinciales se aplican desde hace varios años. Así, la provincia de Buenos Aires legisló sobre soluciones alternativas desde el 23/01/1997 (arts.86 y 338 del CPP de la PBA).

Similar dirección adoptaron los Códigos Procesales de la Provincia de Chaco (art. 6); Chubut (art.44 inc.1°, 47 y 48); Entre Ríos (art.5 inc.2); Jujuy (art.101 inc.1); La Pampa (art.15 inc.1°); La Rioja (art.204 inc.1°); Mendoza (art.26 inc.1); Misiones (art.60 inc. b); Neuquén (art.106 inc.1°); Río Negro (art.96 inc.1); Salta (art.231 inc. a); Santiago del Estero (art.61 inc. 1°); Tucumán (art.277 inc.1°) y Tierra del Fuego a partir de la Ley 804 (arts.309 inc. 7° y 331)⁵.

Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148), promulgada el 07/06/2015 estableció entre los principios funcionales del MPF (inc. “e”, art.9) “la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”, objetivo que puede alcanzarse empleando soluciones

³ “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala I CCC 78461/2018/CA5, 26/03/2019”

⁴ FILLIA, Leonardo Cesar. Derecho penal reparador: fundamentos, naturaleza jurídica y alcances de la reparación del daño en el ordenamiento punitivo I Leonardo Cesar Fillia; prólogo de Daniel H. Obligado, 1° edición compendiada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2017, página 58.

⁵ “La Operatividad de la Extinción de la Acción Penal por Conciliación o Reparación Integral del Daño. Análisis del art.59 inc.6 del CP”, por José Luis Alvero y Héctor Sebastián Ibáñez.



alternativas (llámese suspensión de juicio a prueba y/o mediación y/o reparación integral y/o conciliación) y sin necesidad de recurrir a la prisionización del infractor.

En idéntica senda, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (Ley 27.149), en el inc. “d” del art.42 estableció entre los “Deberes y atribuciones” de los “Defensores Públicos Oficiales”, el “Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda”.

La Ley 13433/06 dispuso en el ámbito del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, el “Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales”, cuya su finalidad es la aplicación de mecanismos tales como la mediación y la conciliación para pacificar el conflicto, procurar reconciliación de las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez los perjuicios derivados del proceso penal.

No sólo la legislación nacional y provincial se pronunció a favor de los mecanismos de solución alternativa del conflicto, sino también la jurisprudencia, alcanza con observar que en los tribunales, en materia de suspensión de juicio a prueba, prevalece la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los fallos “Acosta” y “Norverto” que fijaron la denominada tesis amplia.

En idéntico sentido, los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal n°1, 2, 7, 15, 20, 26 y 30 y la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, se expidieron favorablemente en punto a la viabilidad de los mecanismos consignados en el inc.6 del art.59 del CP (conciliación y reparación integral)⁶.

Este modelo de abordaje sobre los conflictos sociales tipificados en el Código Penal (junto con las leyes especiales), no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, pues en el Código Penal Austríaco (arts.34, 42 y 167), en el Código Penal Suizo (art.41 inc.1), en el Código Penal Italiano (art.62 inc.6), en el Código Penal Español (art.9 inc.9) y -entre otros- en el Código Penal Chileno (art.241 a 244), se ilustran las mismas tendencias: otorgar herramientas de resolución alternativas de conflictos por conciliación o reparación integral del perjuicio.

Así, los institutos de resolución alternativa de conflictos empleados para afrontar la problemática suscitada tras el establecimiento del ASPO y luego del DISPO, resultaron altamente beneficiosos, en tanto ofrecieron una alternativa preferible para reafirmar la vigencia de la norma, frente a la prisionización por delitos con penas cortas (6 meses a 2 años el art.205 CP y 15 días a 1 año el art.239 del CP).

⁶ Causa n°4658 “Fernández, rta. 26/11/2015; causa 4674 “Damián Martín Ruiz”, rta. 11/02/2016; CCC 39889/2014/to1 “EIROA, Ignacio Gabriel”, rta. 11/12/2015; CCC 26772/2016/to1 “Dimas, Javier Aramela”, rta. 11/10/2016; CCC 36718/2015/to1 “Seta, María Cristina”, rta. 10/05/2017; CCC 25050/2015/to1/CFC1. Sala IV, “Villalobos, Gabriela Paola y otro s/ defraudación”, registro 1119/2017, respectivamente.

En este sentido, se ha dicho que “si la sociedad lleva implícito el conflicto, si es necesaria la figura del Estado para armonizar esa convivencia y dar contención, y si el uso del recurso más extremo que tiene no siempre es útil y hasta puede resultar contraproducente, bienvenida sea toda idea racional para contener la irracionalidad del poder punitivo a la hora de abordar la conflictividad social inevitable y presente por definición”⁷.

Las incorporación de vías alternativas de resolución del conflicto y de criterios de oportunidad que se adecuen a los principios constitucionales de proporcionalidad, racionalidad y ultima ratio, se aprecia patente en el Código Procesal Penal Federal promulgado mediante Ley 27.063.

No se plantea la impunidad para estos casos, debido a que el acto ya perfeccionado y desvalorado por la norma es reprochable, lo que sí se busca es más bien, una respuesta que sea acorde al hecho en concreto, cuya significación (la de la respuesta) tenga la virtud de reafirmar la vigencia de la norma racionalizando el poder penal del Estado.

II. Criterios generales.

Se ha dicho en doctrina, que el inciso 6 del art.59 del CP, “constituye una importante modernización del régimen de ejercicio y extinción de acciones penales”; 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”⁸.

Se sostiene así, que “el pago de la reparación del perjuicio y, en otros casos, la conciliación [no vinculada con pagos dinerarios, sino con obligaciones de hacer o de no hacer] se convirtió en una causal de extinción de la pretensión punitiva”, partiendo del paradigma de que “el delito en su esencia [...] es una especie de relación jurídica entre partes, originada por un hecho jurídico concreto: la conducta típica antijurídica y culpable desplegada por el autor”⁹.

En efecto, comentando el art.22 del CPPF, se ha dicho “que los jueces y fiscales deben realizar todo cuanto se encuentr[e] a su alcance para reestablecer el equilibrio afectado” y que “los conflictos generados en conductas [típicas] pueden afectar sólo intereses de la víctima o también la paz social”¹⁰.

⁷ FILLIA, Leonardo Cesar, ob. cit. página 36.

⁸ Código Penal de la Nación comentado y anotado: parte general. Tomo III. Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo A. Editorial: La Ley. (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42540049/v1/document/C25DAB96-D831-8247-20C8-6550C7F21C71/anchor/7AC857C6-B706-8189-C802-8D9033953B84>).

⁹ Código Penal de la Nación comentado y anotado: parte general. Tomo III. Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo A. Editorial: La Ley. (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42540049/v1/document/C25DAB96-D831-8247-20C8-6550C7F21C71/anchor/7AC857C6-B706-8189-C802-8D9033953B84>).

¹⁰ Código Procesal Penal de la Nación Comentado - Ley 27.063. Tomo I Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo Alberto. Editorial: Abeledo Perrot (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41771514/v1/document/70001E78-5768-5544-964F-DE0C9D3F5823/anchor/7748D026-1BD9-99CD-95C1-FB62D928C5E0>).



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

R. FERNANDO DOMINGUEZ
FISCAL FEDERAL

A este respecto, se sostiene que “en cuanto a la paz social [...] debe adoptarse una interpretación amplia del concepto. [...] que ‘la justicia se vincula con la paz social [...]’ [y que] ‘ese vínculo [se] lleva delante de tres modos diferentes: por un lado, mediante la precisión, autocomposición y subsidiariedad, propias de la política criminal; por el otro mediante los externos a la política criminal que constituyen las garantías; y en tercer lugar mediante la absorción de la violencia social o privada, que [se] logra mediante el monopolio de esa violencia’ [...] ‘como organización[,] la justicia penal [...] sirve primordialmente a la pacificación (contención de la violencia) [y] contribuye en el control de la criminalidad’ [...] Este es el sentido que ha de darse al restablecimiento de la paz social, y no el de castigar al culpable que ha infringido una norma...”¹¹.

En línea con lo anterior, se dijo que el art.22 del CPPF parte de la premisa de que el delito representa un conflicto social; que debe ser gestionado y que los encargados de dicha gestión son “quienes administran justicia desde distintas perspectivas”; que la idea rectora presente en el art.22 del CPPF, es “la solución de conflictos [...] dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social”, virando “del ‘paradigma del orden’ -que hace eje en la reacción estatal frente al delito como desobediencia a sus leyes-, hacia el ‘paradigma de gestión de la conflictividad’ -que reconoce a las partes y las involucra en la respuesta, procurando que ésta sea de calidad-”¹².

Es así que cuando la conducta típica remite a una relación de disponibilidad que no se establece con una víctima en particular, sino con intereses supraindividuales, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, encuentra su principal razón de ser la distinción entre la conciliación reglada en el art.34 del CPPF y la reparación integral del perjuicio mencionada en el inc.6 del art.59 del CP.

En apoyo de la postura sustentada, se ha dicho que “Las soluciones a que refiere el dispositivo [art.22 del CPPF] no serán otras que las contenidas en el art.30 y ss., que componen [las] reglas de disponibilidad de la acción. Pero a ellas debe añadirse la reparación [...admitida en...] el art.59 del CP, [...] como causal de extinción de la acción”.

El art.59 inc.6 del CP “la denomina ‘reparación integral del perjuicio’, y el art.1740 del CCCN ‘reparación plena’ [...]. Como bien lo destaca Pastor [Lineamientos ..., 2ª ed., p. 47], ‘si bien para la conciliación (...) el CPPN estipula (...) que solo se aplica (...) a delitos patrimoniales no muy violentos e imprudencias sin daños gravísimos o irreversibles (...) para la extinción de la acción ‘por reparación integral del

¹¹ Código Procesal Penal de la Nación Comentado - Ley 27.063. Tomo I Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo Alberto. Editorial: Abeledo Perrot (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41771514/v1/document/70001E78-6768-5544-964F-DE0C9D3F5823/anchor/7748D026-1BD9-99CD-95C1-FB62D928C5E0>).

¹² Código Procesal Penal de la Nación Comentado - Ley 27.063. Tomo I Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo Alberto. Editorial: Abeledo Perrot (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41771514/v1/document/70001E78-6768-5544-964F-DE0C9D3F5823/anchor/7748D026-1BD9-99CD-95C1-FB62D928C5E0>).

perjuicio' (...) el CPPN (...) no regula nada (...) De modo que se extinguirá la acción penal, sin más, [...] cualquiera que sea el delito, [siempre que] haya sido reparado integralmente el perjuicio' [...] 'esta regulación de la ley penal es clarísima y no admite dudas ni limitaciones (...) No puede oponerse a ello una interpretación que pretenda que conciliación (...) y reparación (...) son una sola causa, una sinonimia. En realidad son instituciones de la realidad y del derecho tan distintas que la reparación puede existir sin conciliación y viceversa'..."¹³.

Sobre los conceptos de "reparación integral del perjuicio" (art.59 inc.6 del CP) y "reparación plena" (art.1740 del CCCN), vale aclarar que cierta parte de la doctrina entiende que "en países como el nuestro, con diferencias y desigualdades económicas tan marcadas", debería ponderarse que "si bien el texto legal usa la palabra 'integral', [...] la necesidad de que la reparación convenida [...] abarque todos y cada uno de los daños materiales y morales, presentes o futuros, de todos y cada uno de los afectados por el hecho [...] podría convertir en imposible su pago", motivo por el cual, resultaría aceptable "una interpretación razonable que preserve el funcionamiento de esta norma [entendiendo] como 'integral' el daño que cuantifique la propia víctima [y/o en el caso de autos, el suscripto, en su carácter de titular de la acción penal]"¹⁴.

III. El caso y la propuesta de reparación.

(i) Previo a introducirme en el análisis de la admisibilidad de la oferta incoada, entiendo necesario dedicar unas líneas a ciertas consideraciones que no pueden desatenderse.

Lo primero que hay que decir es que no se juzga aquí la gestión de un gobierno, ni siquiera la gestión de la pandemia.

Se evalúa en esta causa la realización de una conducta antinormativa. 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. Eso desde la perspectiva judicial, porque 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.

En tal sentido, 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. El derecho le es tan aplicable como a cualquier otra persona, y si el derecho prevé un

¹³ Daray Roberto R. (2020). Código Procesal Penal Federal, 2 tomos. (2ª Edición). Hammurabi. (<https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/codigo-procesal-penal-federal-2-tomos-1586971426?location=131>).

¹⁴ Código Procesal Penal de la Nación Comentado - Ley 27.063. Tomo I Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo Alberto. Editorial: Abeledo Perrot (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41771514/v1/document/70001E78-6768-5544-964F-DE0C9D3F5823/anchor/7748D026-1BD9-99CD-95C1-FB62D928C5E0>).



R. FERNANDO DOMÍNGUEZ
FISCAL FEDERAL

mecanismo que los ciudadanos pueden oponer frente a un requerimiento judicial, no habiendo norma en contrario, pues también el presidente puede proponer su aplicación.

Por lo demás, la resolución alternativa de conflictos no es un régimen optativo para los órganos del sistema de justicia penal. Las normas que rigen las actuaciones de jueces, fiscales y defensores públicos lo establecen, a todo evento, como imperativo. Así, el nuevo art.22 del CPPF dispone que “los jueces y representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social”.

En tal sentido hay que decir que la política criminal cumple su objetivo, en tanto el sistema (de resolución alternativa) no está pensado para aumentar la respuesta punitiva estatal, sino para tratar de encontrar un mecanismo que, ante la verificación de un ilícito (conducta típica e indiciaria de antijuridicidad) reafirme la vigencia de la norma penal e implique la reparación del mal causado (jurídicamente hablando).

No podría ser otra la inteligencia de las normas involucradas en virtud del marco interpretativo que conforman los principios constitucionales de proporcionalidad, racionalidad, ultima ratio, pro homine y principio más restrictivo de penalidad.

Así, nos hallamos ante un hecho punible (art.205 CP), respecto del cual uno de sus protagonistas (art.45 CP) solicitó la aplicación de un mecanismo de resolución alternativo (reparación integral, art.59 inc.6 del CP) cuya aplicación, por imperativo legal, se prefiere a la aplicación de una pena (art.22 del CPPF).

Luego de ello, podrá acordarse sobre el quantum del monto ofrecido en concepto de reparación (al igual que sucede con la escala penal al momento de determinar la pena y teniendo en cuenta que no se trata de un ilícito de carácter puramente patrimonial) y sobre el destino que debería dársele a dicho importe (teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado por la norma es la salud pública).

A este respecto, adelanto -como ya lo hice al expedirme en otros incidentes de igual tenor- que la reparación del daño atendiendo al delito en trato y a la situación de pandemia, debería orientarse a contribuir con el sistema de salud pública.

(ii) Sentado cuanto antecede, en la presente incidencia la defensa de Alberto Ángel FERNÁNDEZ realizó un ofrecimiento de reparación integral en los términos del art.59 inc.6 del CP.

Indicó, que el ofrecimiento consiste en otorgar “la suma de 1.600.000 (un millón seiscientos mil) pesos [la cual] equivaldría a 40 días de internación en [una UCI con AMR, y que] incluso [puede] emplearse como parámetro [...] el criterio del costo de un respirador [considerando en consecuencia, que] la propuesta aquí formulada también debería aceptarse ya que excede los montos informados tanto por el sector público (ver respuesta del Ministerio de Salud de la Nación del 19/04/22 -así, el costo de 1.213.290 pesos- como por el privado -ver informe del 22/04/22 que indica el costo de doce mil

dólares que equivalen aproximadamente a 1.442.400 pesos en el momento de la redacción de este escrito”.

Precisaron, que “nuestro representado ofrece aquel monto para ser entregado a favor del establecimiento de salud público / estatal de la jurisdicción que la Fiscalía proponga o el Juzgado disponga [...] y lo integrará dentro de los diez días hábiles posteriores a la decisión que lo resuelva”.

Se indicó, a su vez, que FERNÁNDEZ “ha manifestado oportunamente su desacuerdo con la errónea afirmación judicial del carácter no manifiesto o no palmario de la atipicidad penal del suceso que le fue imputado [que su] posición [...] sobre la atipicidad no ha variado, pero considera que actualmente es oportuno solicitar que se ponga fin a este proceso”.

Por otro lado, señaló la defensa que “resultaría irrazonable cualquier otra subsunción jurídico penal [distinta a la del art.205 CP], que implique la comisión de un presunto delito en el ejercicio de su función pública, así como la consideración, a efectos de la evaluación de la propuesta de reparación, de otros hechos diferentes al de la reunión motivada por el cumpleaños de la Sra. Fabiola Yáñez”.

Concluyó que “solamente podría ser considerada la subsunción en el tipo penal del art.205 del CP 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 [que] en la reunión de cumpleaños [...] Alberto Fernández no participó en su condición de Presidente, ni desempeñando ninguna función pública, y por lo tanto, solo puede afirmarse que le concernía el cumplimiento de las normas sanitarias en iguales condiciones que a cualquier otro sujeto [...] por ello, jamás podría afirmarse que tengan algún sustento otras calificaciones legales [ya que] la inejecución de leyes del art.248 del CP es una omisión en el ejercicio de la actividad funcional del cargo [que] el encubrimiento por omisión de denuncia supone la omisión de un deber referido a un servicio del cargo público pertinente [que] el funcionario está exent[o] de punibilidad [cuando] su omisión de denuncia se trata del cónyuge [o si trate] de un hecho que lo involucra a él mismo”.

En cuanto a su realidad económica, manifestó que “la situación patrimonial integral de nuestro defendido (que debe presentar periódicamente a la OA) es de carácter público [y que también] es públicamente conocida la información acerca de la composición de su familia y tareas”.

(iii) Que en los términos del art.45 del CP, se le imputó a Alberto Ángel FERNÁNDEZ la comisión del delito previsto y reprimido en el art.205 CPP, en razón de haber participado -junto con otras personas- de un evento a esa fecha prohibido (conf. art.19 del DNU n°576/2020). Todo ello aconteció y/o se constató el 14/7/2020, en la localidad de Vicente López, PBA, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar



consignadas en los dictámenes de fecha 17/09/2021 y 27/10/2021 y en el decreto de fecha 26/08/2021 (cfr. art.72 y cctes. del CPP).

A propósito de lo señalado en los párrafos 2 y 3 del escrito de fecha 09/05/2022, he de reiterar que se pesquisa en autos la comisión de un hecho típico y antijurídico, como así también que la cuestión mencionada por el solicitante, se resolvió por vía incidental, del modo propiciado por el suscripto (dictamen al que me remito en un todo, ver asimismo fs.34/43 y 51).

Por otra parte, en cuanto a que su defendido “no ha actuado en modo alguno en carácter de Presidente o en ejercicio de su rol como funcionario nacional”, debe decirse que esta parte coincide con tal afirmación pues “el hecho imputado [será] cometido en el ejercicio del cargo [cuando se realice] aprovechándose de su posición de funcionario o utilizando conocimientos específicos propios del cargo ejercido”¹⁵, hito que no advierto presente en autos, pues el suceso pesquisado trasuntó un festejo ajeno a la función pública inherente al Presidente de la República.

En consonancia con lo señalado, la norma del art.30 del CPPF prescribe que no podrá “prescindir[se] ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo”, circunstancia ésta última que no se verifica en autos; de modo similar, el art.76 bis (séptimo párrafo) del CP, dispone que “No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.

Así, a criterio del suscripto, la restricción del art.30 del CPPF, 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.

Dicha conclusión, se encuentra en consonancia con lo estipulado en la Resolución de la Procuración General de la Nación n°97/09 (Res. PGN 97/09, de fecha 14/8/2009), que en materia de suspensión de juicio a prueba instruyó a los representantes del ministerio público fiscal para que se opongan a la concesión de la suspensión del juicio a prueba “siempre que se esté ante un delito de corrupción -de conformidad con lo establecido por los arts. 15 a 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y artículos VI, VIII, IX y XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción- sin que corresponda hacer al respecto distinciones entre particulares o funcionarios públicos, o que en este último caso el hecho haya sido cometido en ejercicio o no de la función pública (siempre que esté vinculado a ella)”¹⁶, ver asimismo

¹⁵ DARAY, Roberto R., Código Procesal Penal. Ley 27.063. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1ª edición., Buenos Aires, Hammurabi, 2018, página 140/141.

¹⁶ Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Tomo I. D’ALESSIO, Andrés José, DIVITO, Miguel Ángel, La Ley <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laey/2009/40908524/v1/document/AD5A2196-38C5-78AC-588C-2B3C0E03D4BF/anchor/AD5A2196-38C5-78AC-588C-2B3C0E03D4BF>

Resolución de la Procuración General de la Nación n°13/2019 (RES PGN n°13/2019, de fecha 22/11/2019).

Comentando el séptimo párrafo del art. 76 bis del CP, se ha dicho que “sólo resulta razonable tal exclusión en relación con los delitos especiales que exigen la calidad de funcionario en el autor, pues es precisamente la función pública el centro de atención de la exclusión legal, lo que debe complementarse con la necesidad de que al funcionario se le impute la participación en aquellos delitos que tomen en cuenta el ejercicio de la función pública como núcleo de la prohibición o de la agravación de la pena” y que “si sólo se pretendiera ser más riguroso con los funcionarios por el mero hecho de ser tales, debería excluirse la posibilidad de suspensión sólo por revestir tal calidad, aunque se encuentren ejerciendo una actividad privada (y ello no admitiría, tampoco, una explicación razonable ni compatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley, además de no corresponderse con la decisión adoptada por nuestra legislación penal positiva)”¹⁷.

IV. Sobre la razonabilidad del ofrecimiento.

Sentado lo anterior, he de señalar que la defensa del incuso realizó un ofrecimiento de reparación en los términos del art. 59 inc. 6 del CP, consistente en otorgar “la suma de \$1.600.00 (un millón seiscientos mil pesos) [en] favor del establecimiento de salud público / estatal que la Fiscalía proponga o el Juzgado disponga”, el cual cubriría el costo de la adquisición de un respirador y cinco días de internación para paciente en UCI con ARM.

Así las cosas, entiendo 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 FERNANDEZ en el umbral máximo de responsabilidad penal ponderable a los fines de la reparación, siendo desde ese lugar que correspondería considerar la razonabilidad del ofrecimiento efectuado.

Difícil es mensurar (monetariamente) el daño causado en este tipo de casos a los fines de su reparación; sin embargo, sí puede intentar fijarse algún criterio que permita tornar operativo el instituto conciliando los intereses en juego.

En tal sentido, un criterio que “prima facie” consideré adecuado fue el de atar el monto de la reparación al valor de recursos hospitalarios necesarios para afrontar los problemas que trajo consigo la pandemia por Covid-19.

De ese modo, entendí que anclar la reparación al costo de insumos hospitalarios permitiría -de algún modo- objetivar la propuesta reparadora analizada, buscar alguna equivalencia entre el reproche penal inherente al hecho imputado, el

¹⁷ BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 2B” Coordinado por Marco Antonio Terragni, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, página 464/465.



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

“perjuicio” causado y la capacidad económica del justiciable y establecer un nivel de proporcionalidad plausible y/o razonable.

En función de tales extremos, el monto ofrecido en concepto de reparación (según los parámetros informados por el Ministerio de Salud de la Nación, la firma “Tecnoimagen”, el nomenclador del Plan de Servicios de Salud del Programa Sumar del Ministerio de Salud de PBA y del Hospital Central de San Isidro) cubriría el precio de un respirador para ser utilizado en módulos de atención UCI de pacientes con 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.

Por todo lo dicho, considero razonable la propuesta efectuada en tanto habrá de destinársela a la adquisición de recursos para la investigación científica en materia de salud.

V. Petitorio

En virtud de lo expuesto, propicio que se tenga presente la conformidad prestada y se dé al presente intercambio incidental carácter de acuerdo para su homologación, previa determinación del establecimiento médico asistencial público / estatal, en el que habrá de materializarse el ofrecimiento efectuado, para lo cual propongo que se lo haga con destino a la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán” (A.N.L.I.S.).

Proveer de conformidad, será justicia.



R. FERNANDO DOMÍNGUEZ
FISCAL FEDERAL

