



D I C T A M E N

§1. Preliminar

Consultados sobre los instrumentos de política criminal utilizados en el manejo de la crisis sanitaria provocada por la enfermedad Covid-19, se ha reunido esta Sección de Derecho Penal del Instituto de Estudios Legislativos de la FACA y al respecto dictamina:

§2. Normativa aplicable

Tanto el Estado nacional argentino como los Estados provinciales han debido recurrir a diversos instrumentos jurídicos para combatir la irrupción de la pandemia Covid-19 y evitar, de este modo, su propagación a lo largo del territorio. Para esto, se dispusieron una serie de medidas sanitarias de carácter general y, para hacer efectivo su cumplimiento, se las respaldó con la amenaza de aplicar algunos preexistentes artículos del Código penal.

En particular, una de las medidas de mayor impacto fue la dispuesta mediante decreto 297/2020, en el que se ordenó el *“aislamiento social, preventivo y obligatorio”*, que ampliaba la restricción originalmente establecida por decreto 260/2020. Conforme la letra de aquel, todas las personas deben permanecer en sus viviendas, salvo que estuvieren comprendidas en alguna de las excepciones enumeradas. Dicho mandato fue prorrogado sucesivamente por decretos 325/2020, 355/2020 y 408/2020. A la fecha, este último permanece vigente y fija como fecha de finalización del aislamiento el día 10 de mayo.

En cuanto a las normas estrictamente penales, deben mencionarse primeramente los artículos 205 y 239 del Código Penal. Ambos tipos, como se verá más adelante, permitirían castigar a quien incumpliere estas normas administrativas y son, además, los dos que se mencionan expresamente en el artículo 4 del primer decreto referido. Por el otro lado, consideramos que también corresponde analizar los artículos 202 y 203 del Código Penal, que reprimen la propagación de una enfermedad contagiosa, ya sea a título doloso o por imprudencia.

En las próximas páginas nos ocuparemos de las estructuras de estos artículos, los cuestionamientos constitucionales que se les pudieran hacer y los posibles abusos en su aplicación.

§3. Análisis de los tipos penales

3.1. Breve descripción

a. Artículo 202 del Código Penal de la Nación

El tipo penal del art. 202 CPN establece que *“Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”*.

El bien jurídico protegido por la norma es la salud pública puesto que se procura evitar la propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa que de manera indeterminada afecte a las personas. Está discutido en qué consiste la acción de propagar: para algunos autores se trata de un delito de lesión en la medida en que se requiere que alguien se vea afectado por la enfermedad.¹ Otros, en cambio, sostienen que no es indispensable que alguien se vea efectivamente afectado, de modo que propaga el que realiza actos útiles para transmitir la enfermedad “creando el peligro de que la enfermedad se disemine”.² De dicha decisión depende la caracterización del tipo penal como delito de lesión o de peligro (concreto).

A nuestro entender, no basta con el mero peligro de que la enfermedad se propague, sino que se requiere la materialización del resultado *propagación*, el cual tiene lugar con el evento que da inicio al proceso de contagio o bien, como es el caso del tema de este dictamen, el evento que intensifica el proceso de contagio.³ Interpretar lo contrario, implicaría pasar por alto que el tipo penal correspondiente no describe meramente una acción capaz de generar contagio, sino más bien una que efectivamente lo produce.

En cambio, en nuestra opinión, no se exige una propagación que afecte a una multiplicidad de personas. Un solo contagio es suficiente para consumar el crimen. Si bien es cierto que este delito se encuentra incluido dentro del capítulo del Código Penal destinado a

¹ Cf. MOLINARIO, FONTÁN BALESTRA.

² NUÑEZ.

³ En igual sentido, D’ALESSIO.

proteger la salud pública, al tratarse de una enfermedad peligrosa y, además, contagiosa, basta con la afectación de una persona para que se cumpla el tipo, por el alto riesgo que ello entraña de que se propague también a otras personas.

No cabe perder de vista que se trata de un tipo doloso que requiere el conocimiento, por parte del autor, de que propaga una enfermedad peligrosa, al menos bajo la modalidad de dolo eventual. De acuerdo con esta interpretación, entonces, se requiere que el sujeto conozca, o al menos prevea, la posibilidad de encontrarse infectado. A modo ilustrativo, no bastaría para la imputación que el sujeto sepa que regresa de un viaje en un país de riesgo por el alto índice de casos de “coronavirus” registrados, sino que para la verificación del dolo se requiere que el sujeto tenga conocimiento de que está infectado sobre la base de información procedente de fuentes fiables. No obstante ello, podría tenerse por verificado el dolo eventual cuando, pese a no estar diagnosticado, la persona en cuestión presente síntomas compatibles con la enfermedad y, pese a ello, interactúa socialmente con normalidad sin adoptar medidas evitadoras de contagio.

b. Artículo 203 del Código Penal de la Nación

El tipo penal del art. 203 CPN se remite al artículo anterior y determina que *“Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años”*.

Este delito prevé la comisión imprudente de la familia de delitos que afectan la salud pública y, entre ellos, el recién analizado, de propagación de una enfermedad contagiosa (art. 202 CPN). La norma agrava la pena si resultare la muerte o enfermedad de alguna persona.

La configuración de este delito podría estar determinada en la práctica, por la violación –activa u omisiva– de los deberes de cuidado que imponen las reglas en materia sanitaria de prevención del virus (p. ej., omisión de usar el barbijo o tapabocas en los locales comerciales; violación a la obligación de permanecer “en cuarentena” habiendo regresado de un país de riesgo, etc.). Pero, de acuerdo con lo sostenido anteriormente, el tipo penal requiere que la enfermedad efectivamente se propague.

La circunstancia agravante que prevé la norma en caso de que resultare una enfermedad en la persona afectada podría constituir un argumento en contra de la interpretación sostenida arriba, según la cual, para la configuración del art. 202 CPN se requiere necesariamente el contagio o enfermedad de alguna persona, porque de ser así –y suponiendo la coherencia del legislador–, la enfermedad prevista en el art. 203 debería ser un elemento que integra el tipo básico y no una circunstancia calificante.

Aun así, entendemos que la interpretación que aquí se propone se ajusta de mejor modo al espíritu del legislador que de hecho ya prevé en el art. 205 CPN, un delito de peligro. Por lo tanto, en el caso del art. 202, si se considera que se trata de un delito de lesión, la aparición de la enfermedad en alguna persona es un requisito básico tanto para el tipo doloso como para el tipo imprudente; por ende, en el supuesto de comisión culposa (art. 203), la pena sólo debería agravarse si se produce la muerte de una persona y no cuando se provoca una enfermedad.

Otra alternativa también plausible es entender que la escala penal correspondiente a los hechos descritos en el artículo 202, siempre que fueren cometidos por imprudencia, será la establecida en la segunda parte del artículo 203. Es decir, puesto que la agravante genérica que allí se establece refiere a todos los casos en los que hubiere enfermedad o muerte, podría suponerse que el legislador pretendía otorgar esta escala mayor al delito de resultado tipificado en el artículo anterior.

Pero, independientemente de si la escala correspondiente a quien imprudentemente propaga una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas es la descrita en la primera o en la segunda parte del artículo 203, sostenemos que debe mantenerse la calificación de estos delitos como de resultado, y el previsto en el artículo 205 como de peligro.

Por último, si bien es posible imaginar distintos supuestos que podrían recaer bajo las previsiones de los arts. 202 y 203 CPN, es de prever que, en la práctica, una gran parte de los casos ocurridos durante la situación de emergencia epidemiológica serán procesados bajo la calificación del art. 205 CPN de violación de medidas sanitarias. Ello, en atención a las mayores dificultades probatorias que podrían presentar aquellos delitos, particularmente en lo que se refiere a la relación de causalidad entre la acción y el daño producido (contagio o enfermedad). Por el contrario, el tipo penal del art. 205 CPN que se analiza a continuación tan sólo exige para su configuración la violación a las medidas adoptadas por las autoridades tendientes a impedir la

propagación de una epidemia, sin que sea necesario acreditar que en el caso haya existido un daño o una lesión al bien jurídico protegido.

A nuestro entender, también quedan comprendidos por el art. 203 aquellos supuestos en los que la persona en cuestión desconoce tener la enfermedad y tampoco tiene sospechas de estar infectado, pese a lo cual debería obtener más información con motivo de haber estado expuesto a factores de contagio. Estaríamos aquí ante situaciones caracterizadas por la doctrina como de “ignorancia deliberada”⁴. Por ejemplo, ello puede darse en el caso de una persona infectada que es asintomática, pero que ha retornado recientemente de un país con altas tasas de contagio desbordadas o ha estado conviviendo con personas infectadas.

c. Artículo 205 del Código Penal de la Nación

El art. 205 CPN dispone que *“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”*.

Aquí también el bien jurídico protegido es la salud pública. La ley se refiere expresamente a las medidas adoptadas por las autoridades competentes, entendida esta última expresión en el sentido amplio de autoridad nacional, provincial o municipal, facultada para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia.⁵

La acción típica consiste en violar las medidas impuestas para impedir la introducción o la propagación de una epidemia. Violar implica un acto de desobediencia, que puede ser cometido por acción (realizando un acto prohibido, p. ej., la persona se aleja de su domicilio sin la debida justificación, o realiza deportes en una plaza) o por omisión (omitiendo un acto que la ley ordena, p. ej., la persona no utiliza elementos de protección obligatorios para evitar el contagio).

Se trata de un delito doloso, razón por la cual el sujeto debe conocer las medidas dictadas por las autoridades competentes, siendo suficiente para ello el dolo eventual. Si el sujeto

⁴ Sobre este concepto, paradigmático RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, passim, aunque proponiendo para estos supuestos el mismo tratamiento que para los delitos dolosos. Rechazando la posibilidad de una imputación dolosa, MANRIQUE, *Discusiones* (13) 2013, pp. 97 y s. A favor del tratamiento como delito culposo, MONTIEL, *Revista en Letra Derecho penal* (3) 2016, pp. 3 y ss.

⁵ FONTÁN BALESTRA, CARLOS/LEDESMA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, La Ley, 2013, p. 512.

desconoce la normativa que ha sido dictada para prevenir la propagación del virus, entonces estaremos ante un caso de error. Sin embargo, dada la magnitud y enorme difusión mediática de la problemática, difícilmente alguien pueda escudarse en el desconocimiento absoluto de la norma. Sí podría verificarse el caso de quien, conociendo la normativa de emergencia dictada, cree erróneamente que por la actividad que realiza se halla dentro de las excepciones que contempla el DNU 297/20 y concurre a su trabajo. El caso es complejo, pero podría tratarse de un supuesto de “error de subsunción”: se llama así al supuesto en que el autor reconoce correctamente la situación de hecho que tiene delante de sí, pero no asocia correctamente a ella el concepto jurídico que la haría típica. Se entiende que esta clase de errores, como mero error de subsunción, no excluyen el dolo, es decir que a lo sumo conducen también a un error de prohibición.

Por último, como se adelantó, junto a la doctrina mayoritaria entendemos que se trata de un delito de peligro abstracto, que no requiere un resultado ni que efectivamente se haya producido el peligro de introducción o propagación de la epidemia, ni afectado a ninguna persona.⁶ Esto significa que basta con la violación de esas medidas para que el delito quede consumado, sin que exista peligro de contagio. Así, cualquier persona que infrinja el régimen de aislamiento obligatorio previsto por el DNU 297/20 puede ser reprochable en los términos del art. 205 CPN, aun cuando luego se pruebe que no era portadora de virus, ni presente síntomas de ningún tipo, ni tenga razones para pensar que podría estar infectada.

d. Artículo 239 del Código Penal de la Nación

La norma del artículo 239 CPN indica que *“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”*.

La referencia hecha en los decretos 325/2020, 355/2020 y el 297/20 a la aplicabilidad de este tipo penal, debe entenderse como una manera de asegurar el efectivo control sobre el cumplimiento de las medidas sanitarias en el marco de la pandemia. Mientras que los delitos contemplados en los artículos 202 y 203 CPN amenazan con pena la propagación dolosa e

⁶ CREUS, FONTÁN BALESTRA, NUÑEZ, SOLER. Por el contrario, DONNA entiende que se trata de un delito de peligro concreto: señala que la idea del peligro abstracto convierte la desobediencia en una cuestión vacía cuando se prueba la falta de peligro para el bien jurídico. En igual sentido, otros autores indican que se exige que dicho peligro sea concreto, puesto que, de lo contrario, no sería posible diferenciar el delito de una mera infracción administrativa.

imprudente de una enfermedad y el art. 205 CPN refuerza penalmente el cumplimiento de las medidas sanitarias, la norma aquí analizada pretende garantizar el acatamiento de las órdenes emanadas de las autoridades que ejecutan medidas sanitarias. Esto conlleva que el ámbito de aplicación del art. 239 difiere del correspondiente al art. 205: mientras éste se configura cuando una persona directamente incumple algunas de las medidas sanitarias (v. gr. no usar barbijos, circular con automóvil sin la preceptiva autorización), el art. 239 se verifica ante el incumplimiento de la orden impartida por quien hace cumplir las medidas sanitarias.

Este tipo penal puede realizarse bajo dos modalidades, la de resistir y la de desobedecer. En el primero de los casos, se trata de impedir o trabar el ejercicio legítimo del mandato cuando el funcionario actúa. El delito se configura con la oposición directa por parte del sujeto activo. Por su parte, en el caso de la desobediencia se trata de un delito de omisión, consistente en negarse a cumplir una orden legítima de un funcionario público.

Bajo cualquiera de las modalidades, la orden incumplida debe ser lícita y emanar de autoridad legítima. Esto implica que el acto pertenezca a su competencia, que las formalidades exigidas por leyes y reglamentos hayan sido atendidas, y que no implique un abuso, reconociéndose una causa legítima en el obrar del funcionario.

Asimismo, según doctrina mayoritaria esta orden debe importar la actualización concreta de una imposición de la norma general al destinatario particular por parte de la autoridad. De lo contrario, cualquier transgresión a una norma de contenido obligatorio implicaría la realización del tipo del art. 239. En esta línea, ante la violación de las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria para evitar la introducción o propagación del virus, no se realizaría este tipo penal sino el contenido en el art. 205. No obstante, sí nos encontraríamos ante casos de resistencia o desobediencia a la autoridad cuando aquel que inobservare las medidas sanitarias y fuera interpelado por la autoridad competente, resistiere o hiciera caso omiso a la orden directa. En este caso, los arts. 205 y 239 concurrirían materialmente. Ello sucede, por ejemplo, cuando una persona que viola la medida de no circular sin autorización, al ser detenido y obligado a retornar a su hogar, desobedece la orden.

Aun si se considerara, conforme la tesis minoritaria, que el incumplimiento de la orden genérica contenida en la norma es configurativo del tipo de desobediencia a la autoridad, creemos que en los casos analizados no sería de aplicación. Por tratarse de la inobservancia de medidas

sanitarias dispuestas con el fin de evitar la introducción o propagación del virus Covid-19, este tipo penal sería desplazado por el contenido en el ya desarrollado art. 205, por aplicación del principio de especialidad.

3.2. Relación entre las figuras y concurso

a. Relación entre el art. 202 CPN y el 205 CPN

Si se entiende que el art. 202 CPN es un delito de lesión, es decir, que exige el contagio de una enfermedad peligrosa, entonces el art. 205 CPN debe ser entendido como un delito de peligro (ya sea concreto o abstracto, según las dos posiciones indicadas). Interpretar ambos tipos penales como delitos que exigen un daño podría implicar cierta superposición entre los tipos penales.

Por el contrario, si se entiende que el tipo penal del art. 202 CPN es un delito de peligro, entonces cabe interpretar que se exige un peligro concreto, para diferenciarlo del caso del art. 205 CPN como delito de peligro abstracto.

En nuestra opinión, el tipo penal del art. 202 CPN es un delito de lesión, que exige el contagio o la enfermedad de alguna persona, mientras que el art. 205 CPN es un delito de peligro abstracto, que no requiere acreditar siquiera que efectivamente haya existido un peligro de introducción o propagación de la epidemia. En efecto, la exigencia de un sujeto activo efectivamente portador del virus que a su vez incumple las medidas dispuestas para evitar su contagio, constituye una acción perfectamente subsumible en la figura del art. 202 CPN o en la del art. 203, según haya obrado con dolo o de manera imprudente. A su vez, el delito puede consumarse o quedar en grado de tentativa dependiendo de si de ello resulta o no el contagio, la propagación de la enfermedad o la muerte de la persona. La interpretación contraria que exige un peligro concreto en la figura del art. 205 CPN, a nuestro entender vaciaría de contenido los artículos precitados.

Además, es frecuente que el art. 202 presente una relación consuntiva con relación al art. 205, toda vez que como condición para la imputación objetiva en el primero debe crearse un riesgo jurídicamente desvalorado, lo que en muchos casos acarreará la violación de las medidas impuestas en el marco del ejercicio del poder de policía sanitaria.

En este caso, la violación de estas medidas constituye un delito autónomo. Pero, de producirse el contagio o propagación de la epidemia, éste quedaría absorbido por el tipo penal previsto en el art. 202, ya sea que llegemos a esta conclusión empleando el criterio de consunción por la estructura del tipo o bien el de gravedad progresiva.

b. Relación entre el art. 205 CPN y el art. 239 CPN

Ya hemos adelantado nuestra posición en relación con la necesidad de actualización de la orden por parte de la autoridad para la configuración del tipo de desobediencia previsto en el art. 239, por lo que siendo ese el rasgo objetivo distintivo de dicho tipo penal, no debería existir confusión o superposición de espacios típicos con el art. 205 aunque la orden impartida sea en virtud de una norma de policía sanitaria. En estos casos, nos encontraríamos ante un concurso real entre ambas figuras.

No obstante, tomando en cuenta la tesis que considera configurativa del tipo de desobediencia a la inobservancia de la norma genérica, sostenemos que entre ambas figuras existiría una apariencia de concurso. En el art. 205 se incorpora una característica especial en la norma complementaria, siendo que debe tratarse de una medida tendente a evitar la introducción o propagación de una epidemia. Esta *circunstancia adicional* hace que, por aplicación del principio de especialidad, en estas constelaciones de casos el tipo penal aplicable sea este.

Si bien las “*circunstancias adicionales*” no justifican por sí solas la distinción entre un tipo penal básico y uno especial, en este caso se pone de manifiesto que el tipo se construye con el disvalor de la inobservancia del mandato y la puesta en peligro de otro bien jurídico, como lo es la salud pública. Es por ello que el art. 205 contendría un tipo penal especial con relación al del art. 239, justificándose así la mayor severidad de su escala penal.

§4. Posibles objeciones constitucionales

a. Leyes penales en blanco

La primera de las objeciones constitucionales está relacionada con la estructura de uno de los tipos penales analizados. El art. 205 del Código Penal de la Nación constituye lo que usualmente se conoce como “ley penal en blanco”. Como se sabe, las leyes penales en blanco

configuran supuestos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentran en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal. De este modo, se conoce como leyes penales en blanco “propias” a aquellas en las que la concreción de una parte de los elementos del tipo queda deparada a otras disposiciones normativas, generalmente dictadas por el Poder Ejecutivo, incluso por meras reparticiones de la Administración Pública.

En el caso, el art. 205 CPN es la ley penal marco que impone una sanción para quien violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia. Sin embargo, dicha norma debe ser integrada con las disposiciones administrativas que se dicten a tal efecto. Principalmente nos referimos al DNU 260/20 que, con el fin de combatir la difusión del virus COVID-19, dispuso el régimen de aislamiento social, preventivo y obligatorio para aquellas personas que revistieran la condición de “casos sospechosos”, y al posterior DNU 297/20 que amplió dicha obligación a toda la población nacional;⁷ pero también a cualquier otra disposición que dictare el Poder Ejecutivo nacional o provincial en el ejercicio de su poder de policía. De allí que quien incumpla con la obligación prevista en los referidos DNU porque, sin encontrarse dentro de los supuestos de excepción, se ha alejado de su domicilio o se ha trasladado sin la debida justificación, estará sujeto a las penas previstas por el art 205 CPN.

Tradicionalmente se ha señalado que esta clase de leyes podría vulnerar uno de los principios constitucionales básicos en materia penal: el principio de legalidad, conocido bajo el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y consagrado en los arts. 18 CN, art. 15 PIDCP, y art. 9 CADH. El principio de legalidad indica que tanto el delito como la sanción deben estar establecidos por ley con carácter previo al hecho. Específicamente este principio expresa también lo que se conoce como principio de reserva de ley o *lex propria*, según el cual la criminalización de una conducta, como así también la determinación de una pena, debe tener lugar mediante una ley en sentido formal, es decir, emanada del Congreso de acuerdo con los procedimientos constitucionales correspondientes. El problema que se presenta en los supuestos de ley penal en blanco (propia) es precisamente que la conducta punible no está determinada –o no de modo acabado– por una ley en sentido formal, sino por disposiciones generalmente emanadas del Poder Ejecutivo u otras instancias que carecen de competencia

⁷ Como también a todos los DNU ya reseñados que prorrogaron el tiempo de vigencia del DNU 297/20.

penal. Si se analiza esto a la luz de los fundamentos del principio de legalidad, rápidamente se advierten diversas dificultades.

En primer lugar, la indeterminación de la norma y la técnica de la remisión propia de esta clase de leyes podrían configurar un obstáculo para el conocimiento del derecho vigente del ciudadano común. Cabe recordar en este punto que el principio de legalidad se halla indisolublemente unido al principio de culpabilidad, puesto que si el sujeto no conoció la norma de modo satisfactorio, no habrá tenido la posibilidad de motivarse en ella y actuar en consecuencia.

En segundo lugar, el principio de legalidad persigue la auto-sujeción del poder punitivo. De lo que se trata, es de evitar incurrir en el riesgo de que el legislador formule las leyes penales de tal modo que abarquen formas de conducta a las que aquellas no deban ser aplicadas en absoluto. El caso de las leyes penales en blanco presenta, por tanto, un gran desafío en la tarea de impedir abusos en el ejercicio del poder punitivo por parte de los distintos operadores, puesto que exige evitar otorgar un alto grado de discrecionalidad a los demás poderes en la tarea de precisar el contenido de lo punible (Poder Ejecutivo) y al aplicar el derecho represivo (Poder Judicial).

Por último, el principio de legalidad tiene también un componente democrático. Así pues, la garantía de la legalidad implica en un régimen republicano de división de los poderes de gobierno, que el Poder Legislativo no puede delegar el ejercicio de su poder de sancionar la ley penal, ni al Poder Ejecutivo ni al Poder Judicial. De este modo se busca que la decisión sobre el merecimiento de pena sea tomada por el legislador legitimado democráticamente. Como se vio, esto no ocurre –o no de modo pleno– en el caso de las leyes penales en blanco.

Sin embargo, tampoco es posible negar que la existencia de este tipo de leyes responde a la necesidad concreta y razonable de dotar a la Administración de herramientas ágiles para regular materias que por su naturaleza son eminentemente dinámicas y cambiantes. Esto es lo que sucede precisamente en materia económica, y, en lo que aquí interesa, en materia de política sanitaria. En efecto, la situación de emergencia sanitaria que atraviesa el país requiere de respuestas inmediatas y exige la elaboración de protocolos urgentes que los procedimientos de sanción de leyes evidentemente no pueden brindar.

Así se ha dicho que los elementos que fundamentan en general el merecimiento de pena de la conducta, especialmente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, tienen que estar definidos por completo en la ley.⁸ Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán establece que en los casos de leyes penales en blanco los rasgos esenciales de la materia de la prohibición tienen que estar suficientemente descritos en una ley formal. Así pues, el Tribunal exige que los presupuestos de la punibilidad, como también la clase y la medida máxima de la pena, tienen que ser derivables ya a partir de la facultad de reglamentación sancionada por el Parlamento⁹, es decir que pueden quedar libradas a la autoridad que dicta el decreto o reglamento “solamente ciertas especificaciones del tipo penal”.¹⁰

En igual sentido, el Tribunal Constitucional español tiene dicho que es compatible con la Constitución la utilización y aplicación de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite.¹¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en numerosos precedentes se ha declarado expresamente a favor –bajo ciertos requisitos– de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco.¹² Así, ha sostenido que *“La garantía de ‘ley anterior’, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas”*.¹³ En particular para el caso que nos ocupa, nuestro Máximo Tribunal ha dicho: *“La existencia de las leyes penales en blanco halla justificación en la peculiar naturaleza de las materias que regulan; como es el caso de las infracciones a las leyes reglamentarias de la policía económica y de salubridad, las cuales al vincularse*

⁸ Cf. FRISTER HELMUT, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4ª ed. alemana de MARCELO A. SANCINETTI, 1ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2011, p. 93.

⁹ BVerfGE, t. 14, pp. 186,261 s.; t. 32, pp. 345, 362 s.; t. 75, pp. 329, 342.

¹⁰ Así, la formulación habida en BverfGE, t. 75, pp. 329, 342.

¹¹ Superior Tribunal Constitucional español 127/90.

¹² Fallos: 237:636; 304:892; 312:1920, entre otros.

¹³ Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema (Fallos 328:940). Ver también Fallos 312:1920 de donde surge que las normas que integran las leyes penales en blanco deben respetar la relación que el legislador ha establecido entre la conducta prohibida y la pena amenazada.

*a situaciones sociales asaz fluctuantes, exigen una legislación de oportunidad, requisito que sólo está en condiciones de satisfacer una norma extrapenal”.*¹⁴

Finalmente, la doctrina argentina¹⁵ entiende que las leyes penales en blanco no constituyen una excepción a la indelegabilidad de la tarea de legislar, siempre y cuando la esencia de la ley penal, es decir, la definición de la infracción y la determinación de la pertinente pena, quede en manos del Poder Legislativo, y su complemento no exceda el marco de lo definido y alcanzado por la ley principal.¹⁶ Esto sucede cuando las leyes se limitan a reprimir conductas genéricamente determinadas, quedando a cargo de la reglamentación administrativa sólo la individualización de las especies comprendidas en dicho género. Distinto sería el caso, por ejemplo, de las disposiciones legales que, sin determinar genéricamente la conducta punible, se limitan a declarar punibles los actos u omisiones contrarios a los reglamentos dictados en su consecuencia. Esta remisión de la determinación de lo punible a la instancia reglamentaria implica una delegación prohibida.

Efectuada la reseña anterior, consideramos que el art. 205 del Código Penal se ajusta a las exigencias señaladas por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, los elementos que fundamentan el merecimiento de pena de la conducta se encuentran definidos en la ley. La norma indica que será sancionado el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia. Es decir que los rasgos esenciales de la materia de prohibición están suficientemente descriptos (la violación de medidas sanitarias tendientes a evitar la propagación de una epidemia). Asimismo, se encuentran determinadas en la ley penal la clase y la medida de la pena para el caso de su infracción (seis meses a dos años de prisión). También lo está el bien protegido (la salud pública).

De este modo, los presupuestos de la punibilidad se hallan suficientemente definidos en el art. 205 CPN y quedan únicamente a cargo de la Administración la reglamentación de las

¹⁴ Voto del Dr. Luis René Herrero (Fallos 323:3426).

¹⁵ NÚÑEZ RICARDO C., *Manual de derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1999, pp. 65-66. En particular, en favor de la constitucionalidad de la figura del art.205 CPN, FONTÁN BALESTRA, SOLER, NÚÑEZ, MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO.

¹⁶ Distinta es la opinión de ZAFFARONI para quien las únicas leyes penales en blanco constitucionales son las impropias, es decir, aquellas que remiten a leyes emergentes del mismo órgano, cf. ZAFFARONI EUGENIO RAÚL/ALAGIA ALEJANDRO/SLOKAR ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2007, pp. 102-103.

circunstancias concretas de las acciones reprimidas. Ello no puede ser de diferente, pues, como se dijo, la peculiar naturaleza de la materia que este tipo penal regula, exige una normativa ágil.

En este caso, las constantes mutaciones y descubrimientos científicos vinculados a la manifestación del COVID-19, requieren de instrumentos rápidos de regulación; la urgencia en la adopción de medidas necesarias para neutralizar cualquier posible afectación a la salud, transforman esta técnica legislativa en la más adecuada para la protección de la salud pública. Obsérvese que hasta ahora el Poder Ejecutivo Nacional sólo ha dictado DNU por períodos de vigencia de 15 días, que han sido prorrogados en cada ocasión, puesto que en todo momento se hace necesario reevaluar el estado de la situación de emergencia.

Por otra parte, no se advierte que los DNU 260/20 y 297/20 excedan el marco de lo definido y alcanzado por la ley principal, pues, el art. 205 del CPN se limita a reprimir una conducta genéricamente determinada (la violación de medidas sanitarias), y los DNU referidos individualizan los comportamientos comprendidos dentro de esa conducta prohibida (la violación del régimen de aislamiento obligatorio).

Por último, tampoco se advierte un obstáculo vinculado al conocimiento por parte de los ciudadanos de las conductas prohibidas, que pudiera derivarse de la técnica de remisión que es propia de las leyes penales en blanco. Por el contrario, la masiva y permanente difusión de las noticias vinculadas al virus y a las reglas sanitarias dictadas para impedir su propagación facilitan enormemente el acceso a la información, y, por tanto, permiten el conocimiento de aquello que está prohibido. Más aún: es probable que la sociedad conozca tanto más lo regulado por el DNU 297/20 que lo que establece el propio Código Penal.

En síntesis, es posible concluir que el régimen previsto por el art. 205 CPN como ley penal en blanco –y sus complementos establecidos en los DNU 260/20, 297/20 y ulteriores prórrogas– se ajusta a las exigencias constitucionales de legalidad. Como se dijo, existen muchos supuestos en nuestro ordenamiento que prevén esta clase de leyes (en materia cambiaria, en materia aduanera, etc.) puesto que son propias de aquellas materias como las sanitarias que, debido a su contenido fluctuante, requieren una regulación flexible. Se trata, por tanto, de normas válidas y necesarias, que son aceptadas mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país y de muchos otros países.

En particular, como se vio, la ley penal del art. 205 CP contiene el núcleo de la conducta prohibida y determina claramente la conminación penal para el caso de su infracción. Los DNU citados, a su vez, precisan el contenido de la ley marco con reglas que son afines al espíritu del tipo penal de violación de medidas antiepidémicas. Sin perjuicio de ello, en atención a las particularidades que presentan esta clase de normas, entendemos que delitos como el previsto en el art. 205 CPN exigen, como se verá más adelante, una delegación no demasiado amplia y un control de constitucionalidad más estricto.

b. Ley transitoria

El caso del art. 205 CPN complementado por los DNU 260/20, 297/20 y restantes disposiciones aplicables, configura un supuesto de ley penal en blanco en el que, además, el complemento está dado por una norma de carácter transitorio. Se plantea, en consecuencia, el interrogante acerca de la posible aplicación del principio de ley penal más benigna, una vez que, superada la pandemia, las normas dictadas para evitar su propagación sean derogadas.

Como se sabe, el principio de ley penal más benigna de raigambre legal y constitucional (art. 2 CPN, art. 9 CADH y art. 15 PIDCP, art. 75 inc.22 CN) determina que si antes o después de la condena, la ley penal existente en el momento de la comisión del hecho es abolida, el imputado deberá beneficiarse de ello, por lo que corresponde la absolución del acusado o la terminación de la pena. De ello debería desprenderse entonces, que aquellas personas que, habiendo infringido el régimen de aislamiento obligatorio, no lleguen a ser juzgadas durante el período de vigencia de los DNU dictados, deban ser sobreseídas o absueltas, según el caso.

Sin embargo, las particulares características del tipo penal del art. 205 CPN exigen una solución distinta.

En primer lugar, mucho se ha discutido respecto de la posibilidad de aplicar el principio de ley penal más benigna cuando lo que se modifica en favor del imputado no es la ley penal material, sino la disposición que la complementa. En el caso que nos ocupa, es de prever que tarde o temprano, los DNU y toda otra normativa dictada en el contexto de la actual pandemia, queden abolidos, sin que el art. 205 CPN se vea alterado.

En principio, se entiende que las leyes penales en blanco no están exceptuadas de la aplicación del principio de ley más benigna.¹⁷ Pero ello no puede regir cuando la normativa que complementa la ley penal en blanco es, además, de carácter transitorio.

Las leyes transitorias son aquellas que *ex ante* están destinadas a regir durante un breve período de tiempo, según surja del período de vigencia que establece la propia norma (leyes temporales), o hasta tanto dure la situación de emergencia que se quiere regular (leyes excepcionales). Los DNU dictados para prevenir la difusión del virus COVID-19 son disposiciones de indudable carácter transitorio pues, es sabido que en algún momento, cuando la epidemia sea superada, perderán vigencia.

Si bien parte de la doctrina considera que desde la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, el principio de ley penal más benigna no admite excepciones,¹⁸ entendemos que las prohibiciones contenidas en la normativa de emergencia sanitaria deben ser ultraactivas, es decir que los hechos de violación al régimen de aislamiento obligatorio pueden (y deben) ser perseguidos y juzgados después del lapso de vigencia de los DNU.

Así pues, es correcto entender que las leyes transitorias constituyen una excepción al principio de aplicación retroactiva de la ley más benigna, porque la norma transitoria no encuentra su motivo, como sucede cuando una ley permanente es sustituida por otra, en la modificación de la concepción represiva que sustentaba la ley anterior, sino únicamente en el cambio de circunstancias fácticas, es decir, en la finalización de la situación de emergencia que se ha querido regular. En otras palabras, una vez superada la pandemia, seguiremos considerando disvaliosa la conducta de quien, durante el período de vigencia del régimen de aislamiento obligatorio, infringió alguna de sus disposiciones.

Por tanto, junto a la doctrina mayoritaria,¹⁹ entendemos que los casos de violación a las normas dictadas para evitar la propagación de la epidemia deben quedar sometidos a la ley

¹⁷ CSJN, “Cristalux” (Fallos 329:1053) con remisión a la disidencia del Dr. Petracchi en el precedente “Ayerza” (Fallos 321:824).

¹⁸ Cf. ZAFFARONI EUGENIO RAÚL/ALAGIA ALEJANDRO/SLOKAR ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2007, pp. 104.

¹⁹ Ver, por ejemplo, NÚÑEZ RICARDO C., *Manual de derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1999, pp. 91-94; FONTÁN BALESTRA CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y parte general*, Bs.as., Abeledo Perrot, 1998, pp. 146-147, entre muchos otros.

transitoria, incluso después de haber perdido su vigor²⁰. Es también de esperar que esto sea lo que vaya a ocurrir en la práctica.

c. Decreto de necesidad y urgencia en materia penal

La situación normativa comentada plantea, de cara a la interpretación del art. 205, un cuestionamiento adicional desde el punto de vista constitucional como consecuencia de la prohibición de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia penal (art. 99 inc. 3, párr. 3ero). Dado que el complemento de esta ley penal en blanco es establecido por esta clase de decreto, surge la cuestión de si este caso se ve alcanzado por la prohibición.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista no es éste un supuesto alcanzado prohibición del art. 99 de la Constitución Nacional. En concreto, consideramos que la norma en cuestión prohíbe al Poder Ejecutivo asumir funciones legislativas, lo que en el ámbito de las leyes penales en blanco implica establecer el tipo penal en blanco, no así su complemento. Vale recordar que las razones que llevaron al constituyente de 1994 a incluir esta cláusula en la constitución eran esencialmente dos: validar constitucionalmente una práctica que desde la vuelta a la democracia los diferentes gobiernos habían usado asidua y crecientemente y, al mismo tiempo, limitarla para evitar abusos por parte del Ejecutivo y una manipulación de la división de poderes.

Sin dudas el paradigma alcanzado por la prohibición es el establecimiento de un delito a partir de un DNU y en el caso particular de las leyes penales en blanco esta prohibición debería alcanzar el establecimiento del tipo penal de remisión (i.e. la norma que establece el núcleo esencial de la prohibición), no así el complemento. Ello es así porque el Ejecutivo únicamente ejercería funciones legislativas ante aquella situación y no ante esta última. Es más, entendemos que en el caso puntual que analizamos el Ejecutivo no precisaba de un DNU para fijar el complemento y podría haberlo hecho igualmente mediante un decreto ordinario. Por tal motivo, no debería verse aquí un entrometimiento contrario a la constitución del Ejecutivo en las competencias primarias del Legislativo.

²⁰ Sostener una postura contraria sería anticipar desde un principio que la norma carece de efectividad y, por lo tanto, mal podría esperarse que la prohibición cumpla algún fin preventivo. Ver en tal sentido el dictamen del procurador general en CSJN “Frigorífico Yaguané, S.A.C.I.F.A.” (Fallos 293:522).

§5. Problemas de aplicación

A lo largo de este dictamen hemos sostenidos que las normas utilizadas para combatir la propagación de la actual pandemia pueden estar sujetas a cuestionamientos pero que, sin perjuicio de ello, poseen validez bajo nuestra Constitución Nacional. Sin embargo, este delicado equilibrio puede verse alterado si no existe un cuidadoso escrutinio sobre la forma en cómo el poder es ejercido.

Por un lado y como ya se ha dicho, todas las disposiciones sanitarias que servirán de base para los delitos estudiados deben ser siempre dictadas por autoridades con la competencia suficiente para adoptar la medida pretendida. Este control, no estrictamente penal, deberá ser realizado, primero, por el Ejecutivo, de quien se espera una autolimitación; y luego, por los tribunales

Pero, además, también deberá formularse un análisis de razonabilidad entre las medidas adoptadas y los objetivos presuntamente perseguidos. Como derivación de haber adoptado una forma de gobierno republicana, no es posible que nudos actos de poder sirvan como base para la imputación de un delito penal. De este modo, si no se pudiera establecer una conexión entre la conducta ordenada o prohibida y la evitación del contagio de la epidemia, no será posible configurar el delito previsto en el artículo 205.

Finalmente, también alertamos sobre los posibles abusos policiales y excesos al hacer efectiva la normativa estudiada. Por un lado, debe siempre tenerse presente que la policía es autoridad de aplicación y que, por eso, no pueden nacer medidas autónomas de estos agentes. Es decir, no puede permitirse que la policía disponga modalidades especiales de ejecución o dicte órdenes que no sean estrictamente necesarias para hacer cumplir las leyes y decretos señalados.

Por el otro lado, advertimos que varios derechos y garantías constitucionales han sido mermados para atender a la crisis sanitaria. Solo por mencionar algunos, es posible enumerar el derecho al trabajo, al libre desplazamiento y a la libre asociación. Asimismo, el poder judicial se encuentra operando de forma limitada y con personal reducido. En este delicado contexto, advertimos de la especial cautela con la que deberán hacerse efectivas las disposiciones criminales examinadas.

La tensión entre estado de derecho y estado de policía cobra mayor virtualidad en momentos de emergencia. Admitir excepcionalmente un aumento de las facultades estatales, en desmedro de las libertades individuales, no puede suponer una claudicación de nuestro sistema de organización liberal. Todo lo contrario. Las concesiones hechas en momentos de excepción demandan un control que, por ser también de excepción, deberá ser incluso mayor y más severo.

§6. El posible escenario tras la crisis sanitaria

Finalmente, haremos en este apartado un breve análisis de la situación que creemos que dejará la presente crisis sanitaria. En particular, nos referiremos al equilibrio entre restricciones y excepciones con el que los gobiernos federal y provinciales pretenden restablecer plenamente la vida social y económica del país.

El decreto 297/2020, como ya se ha dicho, dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio y, en el mismo cuerpo normativo, se establecieron una serie de actividades exceptuadas. Seguidamente, con cada una de las prórrogas a esta medida, se fueron indicando nuevos grupos que podrían reiniciar sus funciones. Todo indica, incluso las palabras expresas del presidente de la nación, que este será el método con el que se instrumentará la reapertura.

De corroborarse esta hipótesis, lo primero que debemos señalar es la consecuente inversión del principio de reserva que se producirá (artículo 19 de la CN). Así, pasaremos de un modelo en el que las personas son libres de conducirse como prefieran, siempre que no realicen una acción prohibida, a uno en el que se indicará qué es lo permitido. Semejante compromiso a nuestra forma de gobierno debe ser tomando con suma cautela, limitado a lo estrictamente necesario a los efectos de lidiar con la emergencia y ceñido únicamente al tiempo mínimo e indispensable.

Por el otro lado, esta nueva forma de ordenar las relaciones entre particulares demandará el surgimiento de protocolos de actuación en organizaciones y empresas. Mientras el modelo liberal clásico permitía e incentivaba la experimentación del sector privado; el modelo de transición hasta la completa reapertura exigirá el cumplimiento de estrictas reglas operativas, por lo que cobrarán relevancia los programas de *compliance* y control interno.

§7. Conclusiones

A lo largo de nuestro dictamen nos hemos propuesto analizar la constitucionalidad de las figuras penales utilizadas, así como su estructura típica y la forma en que concurren entre sí. Asimismo, hemos discutido brevemente los riesgos de abusos que normas como las estudiadas acarrearán consigo. De resultados de ello, concluimos que:

- I. El artículo 202 del Código Penal es un delito que exige la materialización de un resultado, como lo es el contagio de, al menos, una persona. En cuanto a su faz subjetiva, entendemos que es un delito doloso, que admite la posibilidad de dolo eventual.
- II. El artículo 203 del Código Penal regula la forma imprudente del delito antes descripto. Sostenemos que, independientemente de la interpretación que se formule de la agravante contenida en la segunda parte del artículo, tanto este tipo como el que lo antecede requieren del acaecimiento de un resultado, sin que sea suficiente con la mera creación de un peligro.
- III. En la práctica, estimamos que ambas figuras serán utilizadas de forma subsidiaria. Ello, en atención a las dificultades probatorias que existen para demostrar el vínculo de causalidad requerido entre la acción disvaliosa y el resultado exigido. Por lo tanto, creemos que la mayor parte de los casos serán subsumidos bajo el artículo 205 del Código Penal.
- IV. El artículo 205 del Código Penal es de peligro y, por lo tanto, se consuma con la violación de las medidas impuestas por la autoridad competente. Hemos señalado también algunos potenciales cuestionamientos que podrían surgir con relación a este delito. Así, indicamos los problemas relativos al hecho de que sea una ley penal en blanco y a que las normas extrapenales que lo completan son de carácter transitorio. Hemos admitido, en principio, la constitucionalidad de la norma y su vigencia ultraactiva cuando la pandemia haya finalizado.
- V. Con relación al artículo 239 del Código Penal, presentamos las dos posiciones dominantes. O bien se castiga únicamente la individualización de órdenes de carácter general, caso en el cual una violación al artículo 239 CP podría concurrir de forma real con una al artículo 205 CP; o bien admitimos que la desobediencia pueda ser también a normas de alcance general, caso en el cual la infracción será desplazada por principio de especialidad cuando una misma conducta viole también el artículo 205.

- VI.** Señalamos que los artículos 202 y 205 del Código Penal son independientes entre sí y que pueden presentarse de forma separada. Sin embargo, cuando mediare entre ellos una relación consuntiva, el artículo 205 CP quedará absorbido por el 202 CP.
- VII.** Asimismo, advertimos sobre los peligros que existen en momentos de emergencia y exhortamos a un mayor control en la aplicación de los instrumentos penales de referencia. Concluimos que, en momentos de excepción, encontrándose comprometidos derechos y garantías fundamentales, y frente a normas que, de por sí, revisten complicaciones, deberá haber un control más profundo que asegure la plena vigencia del estado de derecho.
- VIII.** Finalmente, comentamos la transición de un modelo que tiene a la libertad individual como regla, únicamente restringida por prohibiciones expresas, hacia uno en el que la libertad es concedida y reglamentada de forma taxativa. Si esta predicción se cristaliza, cobrarán centralidad los profesionales encargados del diseño de programas de *compliance*, así como los juristas y magistrados que tutelen que el modelo de transición sea tan acotado y breve como las circunstancias lo permitan.

FIRMANTES:

DONNES, ANTONELLA

HAISSINER, MARTÍN D.

MONTIEL, JUAN PABLO

QUINCOSE VILALTA, ANDREA