

# LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PANDEMIA <sup>1</sup>

## THE CRIMINALIZATION OF THE PANDEMIC

Por *Rodrigo López Tais* <sup>(\*)</sup>

**Resumen:** Este breve ensayo busca aportar una opinión con relación a la tensión generada en el conflicto entre políticas estatales para el abordaje de la pandemia de COVID-19, la restricción de derechos individuales y la aplicación expansiva del derecho penal.

**Palabras clave:** Pandemia - Poder de Policía - Derechos Constitucionales - Libertades Individuales - Derecho Penal

**Abstract:** This brief essay attempts to provide an opinion regarding the tension generated in the conflict between state policies addressing the COVID-19 pandemic, the restriction of individual rights and the expansive application of criminal law.

**Keywords:** Pandemic – Police Power – Constitutional Rights – Individual Freedoms – Criminal Law



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(5\)05](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(5)05)

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 16/11/2021 y aprobado para su publicación el 20/11/2021.

<sup>(\*)</sup> Abogado (UNC) y doctorando en Ciencias Políticas (CEA, UNC). Docente de la asignatura Políticas, Normas y Organismos de Control del Sector Público (Licenciatura en Administración Pública Universidad, Siglo 21) y de la materia optativa Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Facultad de Derecho, UNC).

## I. Introducción

Si el 1° de enero de 2020 alguien nos hubiese advertido que por delante el destino nos deparaba atravesar por una pandemia, seguramente hubiésemos tomado esa advertencia con un alto grado de escepticismo, y, quizás, hasta con sorna. Pero aun si alguien hubiese tomando esa advertencia con seriedad, seguramente no habría podido dimensionar la magnitud y proyectar las consecuencias que una pandemia podría alcanzar en nuestro tiempo. Simplemente por el hecho que, nunca antes, nuestra generación había atravesado por una pandemia.

El COVID-19 nos empujó a navegar sin luces en una situación de excepcional incertidumbre. La emergencia dejó al descubierto que no había plan de emergencia. Hubo que improvisar, con urgencia y sobre la marcha, una serie de acciones tendientes a la prevención y control de daños. El desafío fue inédito. No había formulaciones epistémicas ni evidencias empíricas que ofrecieran referencia orientativa alguna. Esa situación excepcional confería una sola certeza: La pandemia no discriminaba ni reparaba en clases sociales, capacidad económica, edad, género, nacionalidad, orientación sexual, preferencias religiosas, políticas o culturales. De repente, la pandemia, nos puso a todos en pie de igualdad frente a la tragedia.

El escenario excepcional le exigía a la autoridad estatal producir respuestas que permitiesen instrumentar y articular rápidamente políticas de sanidad pública, tendientes a garantizar “*el bienestar general*” y amortiguar el impacto de la pandemia.

## II. Poder de policía

Ese marco de excepcionalidad habilitó a la autoridad estatal a un ejercicio intensivo del poder de policía, con el objetivo de afrontar la crisis socio - sanitaria fronteras adentro del país. Se planteó entonces, en el seno de la sociedad, cuáles

eran los límites a la limitación de derechos individuales, bajo el objetivo de preservar derechos colectivos y el “*bienestar general*” en juego.

Ello llevó el debate al ámbito de la doctrina constitucional. Allí, desde antaño, hay un acuerdo más o menos generalizado en torno a que nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN) reconoce dos (2) clases de limitaciones de derechos: las generales, que se consigan expresamente en la Carta Magna y las particulares, que son instituidas por el poder soberano de la ley. Respecto de estas últimas, ya en el siglo XIX, Joaquín V. González sostenía que *“tienen su origen en el artículo 14, que empieza diciendo que el goce de los derechos debe ser ‘conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio’, investido así al Congreso con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de justicia y de moral, y del conjunto de medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia, consolidar la paz, proveer a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad. Ese poder de la ley viene de la naturaleza misma, pero no tendría efectividad si la Constitución no lo declarase, porque sólo la Nación puede, por su soberanía, limitar los derechos, y porque el gobierno es un conjunto de poderes expresos y limitativamente enumerados; y **si no hubiese dado al Congreso aquella facultad, cada individuo, pudiendo gozar sin ninguna restricción de sus derechos absolutos, habría destruido el orden social.** Luego, pues, todos los derechos, además de las limitaciones que la misma Constitución consiga, pueden ser restringidos por las leyes que provean a su realización práctica”*<sup>2</sup> (el resaltado nos pertenece).

Podemos decir entonces que esas limitaciones (particulares) que impone nuestra CN al ejercicio regular de los derechos que ella misma reconoce, tiene una triple finalidad: Por un lado una finalidad precautoria, mediante la cual se garantiza que el ejercicio de los derechos en unos no puede implicar la anulación de derechos en otros. Por lado una finalidad armonizadora, que se traduce en proporcionar respuestas equitativas a potenciales conflictos particulares

<sup>2</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina (1853 – 1960)*, 26<sup>a</sup> ed., Estrada Editores, Buenos Aires, 1959, p. 110.

derivados del ejercicio de derechos contrapuestos. Y, finalmente, una función de carácter ordenatorio, lo cual impone ejercer los derechos en el marco de una sociedad democrática “*que impulse una ética de la equidad y la solidaridad*”<sup>3</sup>, estableciendo un orden jurídico axiológico.

Estos objetivos se erigen en una limitación que impide la reivindicación de los derechos de unos por encima los derechos de otros. Situación que, de permitirse, dejaría librada a la sociedad al señorío de anarquía. Y, allí sí, en ese escenario ningún derecho se encontraría a salvo. Por cuánto donde gobierna la anarquía prevalece siempre el “*derecho*” del más fuerte. Derrumbándose el imperio de la ley, que es la única garantía de igualdad y el único reaseguro de la libertad.

De allí, de la necesidad de preservar una sociedad democrática y un Estado legítimo que garantice a los ciudadanos - mediante la ley - sus libertades civiles y la igualdad de derechos, es que nuestra CN le otorga a la autoridad estatal la facultad de regular el ejercicio de los derechos, para afirmar su vigencia y realización efectiva.

No obstante lo dicho esa limitación constitucional de derechos reconoce, a su vez, un límite infranqueable que impone la misma CN. Es decir, ese “*poder regulador*” conferido por la Constitución al Parlamento para que - mediante la ley - reglamente el ejercicio regular de los derechos reconocidos constitucionalmente, tampoco es absoluto. El Parlamento podrá limitar o restringir el ejercicio de derechos individuales, pero sin desconocer ni afectar en su esencia. Así, el Art. 28 de la CN impone que los principios, garantías y derechos reconocidos por el orden constitucional “*no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Es decir, los límites también tienen límites.

Esta facultad de limitación limitada respecto del ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente - la cual recibe el *nomen iuris* en la doctrina de “*poder de policía*” - tuvo temprana recepción en la doctrina judicial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN). Ya en el año 1869 el

<sup>3</sup> ALFONSÍN, Raúl R., *Fundamentos de la república democrática: Curso de teoría del Estado*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 71.

Máximo Tribunal indicó que el Art. 14 de la CN no otorga a los habitantes de la República derechos absolutos “*sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio*”<sup>4</sup>. Posteriormente la evolución jurisprudencial amplió este criterio, proyectándolo en dirección del mandato preambular que impulsa la promoción del bienestar general. Así 1897 la CSJN señaló que “*ninguno puede tener un derecho adquirido a comprometer la salud pública*”<sup>5</sup>, profundizándose esa orientación pretoriana, años más tarde, en 1922, al indicar que en situaciones de emergencia es “*para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible [...] la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional*”<sup>6</sup>. Doctrina judicial que CSJN – variaciones - ha mantenido desde hace más de un siglo.

Por lo tanto no podría afirmarse que el ejercicio del poder de policía sea una facultad constitucionalmente ajena a la autoridad estatal. El debate, en todo caso, radica en torno a su alcance y condiciones de ejercicio dentro de los márgenes que impone la ley.

### III. El deber de promover el bienestar general

El 11 de marzo de 2020 Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la Organización Mundial de la Salud, anunciaba al mundo que “*el COVID-19 puede ser caracterizado como una pandemia*”<sup>7</sup>. Se abrió allí, a los ojos de todos, un escenario universal absolutamente imprevisto. Lo cual desencadenó una tensión creciente entre el deber estatal de proveer protección y seguridad sanitaria de la ciudadanía y el derecho de los ciudadanos de poder ejercer regularmente sus libertades civiles y sus derechos individuales.

En el caso de nuestro país ese deber estatal de protección de la salud - en su doble carácter de derecho individual y derecho colectivo -, deriva de la correcta

<sup>4</sup> CSJN. Fallos: 7:152.

<sup>5</sup> CSJN. Fallos: 51:274.

<sup>6</sup> CSJN. Fallos: 136:170.

<sup>7</sup> Recuperado el día 30 de septiembre de 2021 de: <https://publish.twitter.com/?query=https%3A%2F%2Ftwitter.com%2FWHO%2Fstatus%2F1237774421307228160&widget=Tweet>

intelección entre lo estipulado en el mandato preambular de la CN que ordena “*promover el bienestar general*” y las disposiciones convencionales encordeladas a nuestro orden constitucional por vía del Art. 75 inc. 22 de la CN “*en las condiciones de su vigencia*”<sup>8</sup>. Nos referimos específicamente a lo dispuesto en el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup>, en el Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>10</sup> y en el Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>11</sup>. A lo cual hay que añadir las obligaciones internacionales emergentes del “*Protocolo de San Salvador*”<sup>12</sup>, que en su Art. 10 establece: “*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: [...] b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole ...*”

Fue entonces en ese contexto de crisis sanitaria a escala global y bajo el deber convencional y constitucional de proteger la salud como derecho individual y colectivo de los ciudadanos, en el cual la autoridad estatal - en sus distintos niveles (local, provincial y federal) y en sus diversos ámbitos competencia - fue adoptado medidas que impusieron fuertes restricciones a las libertades civiles y

<sup>8</sup> CSJN. Fallos: 318:514.

<sup>9</sup> “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...*”.

<sup>10</sup> “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...*”.

<sup>11</sup> “*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

*2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...*”.

<sup>12</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado en San Salvador, el Salvador, el 17 de Noviembre de 1988. Aprobado por la República Argentina mediante Ley 24.658 el 19 de Junio de 1996.

derechos individuales de los ciudadanos. Ejerciendo con una intensidad inusitada el poder de policía que la CN le brinda como instrumento legal para abordar situaciones de emergencia.

#### IV. Excepcionalidad y legalidad

Esas medidas excepcionales adoptadas por la autoridad estatal, en los albores de la pandemia contaron con un grado más o menos sostenido de consenso por parte de la ciudadanía, como consecuencia del temor que provoca lo inesperado. La ausencia de seguridades suele llevarnos a ceder libertades.

Pero ese consenso inicial fue presentando alteraciones en su delicado punto de equilibrio, puesto que *“como pauta general [...] los institutos de emergencia acrecen las competencias de poder y, paralelamente, aparejan una constricción y debilitamiento de los derechos y de sus garantías tuitivas, pero siempre de conformidad con la norma judicial de que la emergencia no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí proporciona ocasión para que los concedidos se empleen con un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario [...] las limitaciones que hallan sustento en emergencias y en institutos de emergencia, en cuanto derivan del ejercicio de competencias de los órganos del poder, han de estar sujetas a control judicial suficiente para revisar su razonabilidad y constitucionalidad, desde que la supremacía de la Constitución no declina ni siquiera en tales ocasiones”*<sup>13</sup>.

De tal forma, si bien por un lado se mantenía cierta base consensual en torno a que la excepcionalidad y gravedad de la situación ameritaba la adopción de medidas de emergencia - que implicaban restricciones al ejercicio regular de derechos individuales y libertades civiles -, por otra parte se comenzaba a poner en el plano del debate público los alcances del deber del Estado de administrar razonablemente las derivaciones de esa restricción temporal de derechos individuales y libertades civiles. Evitando que, *so pretexto* de la crisis pandémica,

<sup>13</sup> BIDART CAMPOS, German J. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 2ª ed. Buenos Aires, EDIAR, 1981, p.453.

se habilitaran prácticas arbitrarias, abusivas o fuera de la ley que tornasen ilegítimas e ilegales esas medidas excepcionales.

En vista de ello - ya que este debate se reproducía a escala global y, particularmente, regional - la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) emitió la recomendación 1/2020, indicándole a los Estados que debían “*asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud*”<sup>14</sup>.

Es decir que las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía en el marco de la emergencia sanitaria no podían eludir el test de constitucionalidad. Debiendo la autoridad estatal acreditar en el caso concreto la razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, legalidad y legitimidad de las medidas que restringiesen derechos y libertades, más allá de la mera invocación de la situación pandémica.

### V. El derecho penal como política sanitaria

En ese contexto el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN), fundándose en las facultades de poder de policía conferidas por la CN y las obligaciones derivadas del deber de *promover el bienestar general*, dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante, DNU) 297/2020<sup>15</sup>. Mediante dicho DNU (y sus respectivas prórrogas) se dispuso el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” (en adelante, ASPO) en todo el territorio nacional. Se estableció un confinamiento doméstico de los ciudadanos, imponiéndoseles “*abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y [...] desplazarse por rutas, vías y espacios*

<sup>14</sup> CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, Adoptada el 10 de abril de 2020, §20.

<sup>15</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 20/03/2020, N°: 34334, p. 3.



públicos”<sup>16</sup>. Quedando estrictamente vedada la realización de “*eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas*”, como asimismo “*la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas*”<sup>17</sup>.

Para lograr el cumplimiento de esas medidas limitativas de derechos individuales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), el PEN<sup>18</sup> adoptó dos líneas de acción buscando garantizar la efectividad del ASPO. La primera fue procurar persuadir políticamente a la población (en clave de discurso sanitarista) acerca de la necesidad de cumplir las pautas de aislamiento social. Ya que en ese momento era la única fórmula preventiva<sup>19</sup> para contener los índices de reproducción viral, aplanar la curva epidemiológica de contagios, reducir al máximo posible el impacto sobre el sistema sanitario y limitar el número de muertes. El discurso de la autoridad sanitaria estatal se basaba en el siguiente silogismo: a menor cantidad de personas circulando, menor circulación del virus. A menor circulación del virus, menor tasa de contagios. A menor tasa de contagios, menor cantidad de muertes. Lo cual conllevaba una apelación a la responsabilidad individual para garantizar el bienestar general.

La segunda fue acudir a la amenaza penal como dispositivo coercitivo de disciplinamiento social. Así el Art. 4 del DNU 297/2020 estableció para el caso que se constatare la existencia de infracción al cumplimiento del ASPO “*o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria*”, se habilitaba a las fuerzas de seguridad a proceder “*de inmediato a hacer cesar la conducta infractora*” y a la “*retención preventiva*” de vehículos “*por el tiempo que resulte necesario*”. A su vez el mencionado artículo

<sup>16</sup> Art. 2 DNU 297/2020.

<sup>17</sup> Art. 5 DNU 297/2020.

<sup>18</sup> Hacemos referencia al PEN, puesto que los otros poderes del Estado (Legislativo y Judicial, especialmente), socolor de la situación excepcional, se replegaron y declinaron - durante meses - el ejercicio de funciones propias que nuestro orden constitucional les impone ante situaciones de emergencia, cediendo el control total de crisis al PEN.

<sup>19</sup> Cabe recordar que, en los momentos iniciales de la pandemia, no se avizoraba en el horizonte próximo un plan vacunatorio universal para enfrentar una situación que amenazaba con desbordar toda previsión sanitaria.

abría la competencia judicial del conflicto “*en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal*”.

El correr del tiempo no traía certezas, sino que todo parecía oscurecerse bajo las sombras de la incertidumbre. La curva de contagios escalaba en progresión geométrica. El reporte diario de muertos ascendía verticalmente. A la crisis sanitaria se añadía una agudización de la crisis económica. Lo que era habitual pasó a ser excepcional. Lo que era excepcional pasó a formar parte de la “*nueva normalidad*”. El aislamiento comenzó a hacer mella en los núcleos familiares. Hastío, angustia y ansiedad formaban una combinación letal que lesionaba a todos por igual. La sociedad parecía inmersa en el paisaje de una novela distópica: “*impacientados por el presente, enemigos del pasado y privados del porvenir, éramos semejantes a aquellos que la justicia o el odio de los hombres tienen entre rejas*”<sup>20</sup>.

Esto dio lugar a un progresivo e indetenible resquebrajamiento del consenso inicial que habían tenido las medidas de confinamiento. Frente al malestar social y al agravamiento de la crisis sanitaria y económica, la autoridad estatal declinó profundizar la línea de persuasión política para sostener la legitimidad del ASPO, a la par que intensificó la línea de amenaza coercitiva para asegurar el disciplinamiento social. Ello, consecuentemente, habilitó la radicalización de la acción policíaca “*preventiva*” y la percusión penal a potenciales infractores, multiplicando por miles - en un breve lapso - la cantidad de ciudadanos sometidos a proceso penal por infringir el ASPO.

La solución adoptada por el PEN había traído nuevos problemas. Algunos de carácter instrumental. Otros de orden constitucional.

Entre los problemas instrumentales podían verificarse aquellos derivados del endurecimiento punitivo como respuesta estatal al desborde de la pandemia. Como ya lo señalaba el maestro Carrara “*la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la*

<sup>20</sup> CAMUS, Albert, *La Peste*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1983, p. 62.

*idolatría y al terror*”<sup>21</sup>. En línea con ello, la criminalización de la pandemia vino a demostrar - una vez más - lo inconducente de intentar afrontar una crisis social desde la pretensión punitiva de persecución penal. Revelándose como más atinado, en tiempos de dificultad, persistir en la persuasión “política” antes de recurrir a la amenaza de coerción estatal como respuesta invariable frente al conflicto social. Quedó demostrado empíricamente que criminalización de la pandemia no fue la medida más efectiva para evitar el colapso del sistema sanitario, pero sí fue muy eficaz para poner al borde del colapso al sistema penal.

Huelga aclarar que la adjetivación “política” no es traída aquí desde la acepción ligada a la “política de facción<sup>22</sup>”, “política de divisa<sup>23</sup>” o “política partidaria”. Es decir enfocada desde su faz agonal y cuyo objetivo es la lucha, disputa, conquista y/o conservación del poder<sup>24</sup>.

Aquí el concepto de “política” se vincula a su etimología helénica, en referencia a las bases de legitimación del gobierno de la “polis”. O, en términos modernos, a los fundamentos que sostienen ese sistema articulado de instituciones que denominamos “Estado” y que “se expresa por intermedio de los individuos o grupos que tienen el poder de decir en su nombre”<sup>25</sup>. De allí que los fundamentos de legitimación del Estado tienen raíces en ese concepto de lo “político”, como generador de “decisiones políticas que pueden definirse como decisiones colectivizadas soberanas”, abarcado “materias muy diferentes; pueden ser de política económica, de política del derecho, de política social, de política religiosa, de política de instrucción, etc. Si todas estas decisiones son inicial y básicamente ‘políticas’, es por el hecho que son adoptadas por un personal situado en el dominio político. Es esta su ‘naturaleza’ política”<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, citado en: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2001, p. 562.

<sup>22</sup> RAE. 2. f. Grupo de personas unidas por ideas o intereses comunes dentro de una agrupación o colectividad.

<sup>23</sup> RAE. 3. f. Expresión verbal que formula un pensamiento, un ideal, una forma de conducta, etc., que una persona o un grupo de personas asumen como norma.

<sup>24</sup> RAE. 1. tr. Tener expedida la facultad o potencia de hacer algo.

<sup>25</sup> PRÉLOT, Marcel, *La ciencia política*, 19<sup>a</sup> ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1996, p. 80.

<sup>26</sup> SARTORI, Giovanni. *La política. Lógica y método de las ciencias sociales*. FCE, México DF, 1992, p. 221-222.

Por lo tanto la criminalización de la pandemia, como problema instrumental derivado del dictado del DNU 297/2020, puede decirse que es un problema de carácter eminente “*político*”. Puesto que toda decisión que permita una expansión del poder punitivo, es siempre una decisión “*política*” y a ella inescindiblemente ligada.

En tanto que entre los problemas de orden constitucional, resalta el hecho que el DNU 297/2020 traía ínsito un vicio de inconstitucionalidad que no podía ser purgado invocando la situación de emergencia reinante. Ese vicio de inconstitucionalidad se proyectaba en dos manifestaciones: una inconstitucionalidad dogmática y una inconstitucionalidad dinámica.

La primera - inconstitucionalidad dogmática - deriva del Art. 4 del DNU 297/2020 que remite al Art. 205 del Código Penal (en adelante, CP), el cual sanciona con la pena de “*prisión de seis meses a dos años*” al que “*violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”. Esta disposición es lo que en la dogmática penal se denomina “*norma penal en blanco*”, ya que su aplicabilidad está supeditada a una reglamentación posterior por parte la autoridad competente. En el caso de análisis, el DNU 297/2020 remite al Art. 205 del CP, pero también completa e integra el Art. 205 del CP (que consiga sólo la sanción), tipificando la conducta punible (Arts. 2 y 5 del DNU 297/2020). Por lo tanto el citado DNU (por reenvió externo e interno) contiene disposiciones de carácter legislativo en materia penal, lo cual se encuentra taxativamente vedado por el Art. 99, inc. 3) de la CN. Ya que dicha disposición constitucional prohíbe expresamente al PEN “*bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia*” (el subrayado nos pertenece).

La segunda - inconstitucionalidad dinámica - se verifica en la utilización de una ley penal en blanco (Art. 205 del CP) para criminalizar las infracciones al ASPO. Es decir utilizando una norma “*que no requiere para configurarse, que se produzca un peligro concreto respecto del bien jurídico protegido, siendo suficiente que se presenten los hechos que la ley presume abstractamente como creando un peligro respecto de ese bien jurídico*”<sup>27</sup>. Esto es abiertamente contrario a nuestro derecho penal liberal, ya que violenta el principio de legalidad consagrado en el Art. 18 CN, el cual prescribe que nadie puede ser penado sin ley anterior al hecho del proceso.

En este sentido entendemos que, cuando la CN dice “*ley*”, debe entenderse por tal la norma sancionada por el Congreso de la Nación (ya que por el principio republicano de división de funciones, hace a su competencia exclusiva y excluyente legislar en materia penal, en virtud de una interpretación coherente de lo dispuesto en los Arts. 75 inc. 12 y 99 inc. 3 de la CN ), previa al hecho del proceso (no posterior o concomitante), cierta y completa (es decir que contenga una descripción precisa de la conducta típica punible y la sanción prevista, sin reenvío a normas de rango inferior). Todo lo cual permite coludir que pretender integrar una norma penal en blanco con un DNU implica violar el requisito de *lex stricta, certa, praevia et scripta* consagrado por nuestro orden convencional - constitucional (Art. 18 y 75 inc. 22 CN). Puesto que sólo el Parlamento tiene la facultad constitucional de sancionar tipos penales o bien integrar normas penales en blanco, con otras disposiciones legislativas de igual rango.

Lo expuesto hasta aquí nos permite vislumbrar que los problemas de orden constitucional derivados del dictado del DNU 297/2020, no se pueden emendar sino a riesgo sentar un precedente de preocupante gravedad institucional. En tanto que implicaría consentir la expansión del derecho penal mediante procedimientos no autorizados por nuestro sistema constitucional.

### VI. Colofón

<sup>27</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 27º ed., Heliasta, Buenos Aires, 2000, p.295.

Si bien es indudable que la pandemia nos ha expuesto a circunstancias históricas excepcionales, no es menos cierto que hace a una obligación cívica de los ciudadanos impedir cualquier intento de afianzamiento de un “*estado de excepción*”, que saltándose procedimientos constitucionales, propenda estimular un poder punitivo en expansión.

La historia enseña el riesgo que implica abordar problemas de carácter “*político*” con el código penal. Razón por la cual podríamos entender que la máxima de Cicerón, establecida como primer principio del derecho público romano - “*Ollis salus populi suprema lex esto*”<sup>28</sup> - comprende no sólo obligación de garantizar el bienestar general, sino también la “*buena salud*” de los derechos y garantías individuales de los ciudadanos. Motivo suficiente para desalentar cualquier iniciativa que pretenda solucionar con el derecho penal un problema que involucra a la salud “*política*” de toda la comunidad.

---

<sup>28</sup> CICERÓN, M.T., *De Legibus*, III, 3, 8. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p. 73.