

# Derecho penal: ¿única solución a la pandemia?

Por Gabriel Bolzón y Malena Castro

**Sumario: I. Introducción.- II. El poder de policía sanitario en el Reino Unido.- III. La administrativización del derecho penal argentino a la luz de la razonabilidad constitucional.- IV. A modo de conclusión.**

## I.- INTRODUCCIÓN

El día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del nuevo coronavirus como una pandemia. Un día después, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el D.N.U. 260/2020, declarando la emergencia sanitaria, y adoptando diversas medidas que fueron reforzadas por el D.N.U. 297/2020, siete días más tarde. Este segundo decreto impuso el denominado “aislamiento social, preventivo y obligatorio”<sup>1</sup>, que restringe la posibilidad de desplazamiento de los ciudadanos por rutas, vías y espacios públicos. Pero lo llamativo –aunque no sorpresivo- de esta disposición del P.E.N. es que, en su artículo 4º, prescribe la intervención del sistema penal, en caso de violación del A.S.P.O., en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

La forma en que se ha conformado el escenario normativo nos invita a formularnos algunos interrogantes como los siguientes, ¿es razonable intentar contrarrestar una pandemia mediante la persecución penal de quienes violen las medidas sanitarias adoptadas? ¿Acaso no existe alguna otra aproximación al problema que resulte más eficaz y respetuosa de los derechos de los ciudadanos?

A fin de mostrar que el derecho penal no es el ámbito desde el cual debe enfrentarse al nuevo COVID-19<sup>2</sup>, resulta interesante observar el procedimiento del sistema sancionatorio británico en caso de incumplimiento del *social distancing* (aislamiento social) decretado en ese Estado<sup>3</sup> el día 23 de marzo del corriente año. No se nos escapan las inmensas diferencias que existen entre el derecho británico y nuestro derecho, diferencias que reconocen sus bases en las fuentes de cada uno de ellos. En efecto, mientras que el derecho británico enraíza en el *common law*<sup>4</sup>, nuestro derecho reconoce sus orígenes en el formato continental europeo. Sin embargo aun así el abordaje que se hace allí puede ser aplicado en nuestro país como forma alternativa de resolución del conflicto.

---

<sup>1</sup> En adelante, “A.S.P.O.”.

<sup>2</sup> Más específicamente, el incumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas contra la pandemia.

<sup>3</sup> Véase el sitio web oficial del gobierno del Reino Unido: <https://www.gov.uk/government/publications/full-guidance-on-staying-at-home-and-away-from-others/full-guidance-on-staying-at-home-and-away-from-others>.

<sup>4</sup> Derecho común inglés, fundado en las costumbres consolidadas como normas en la jurisprudencia.

## II.- EL PODER DE POLICÍA SANITARIO EN EL REINO UNIDO

En el Reino Unido, adelantamos, la pena privativa de la libertad para estos supuestos es utilizada verdaderamente como una medida de *ultima ratio*. Es decir que, existiendo otros medios menos severos para juzgar una conducta humana contraria a derecho, no se incurre en las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, como son las de orden penal.

Al igual que en nuestro país, en el Reino Unido se dispuso el aislamiento social obligatorio con el fin de prevenir la propagación de la pandemia que se halla en curso. A fin de asegurar el cumplimiento del aislamiento, el gobierno británico le otorgó a la *UK police* los poderes necesarios para controlar a las personas que circulen por las calles de manera injustificada.

Puntualmente, en caso de que una persona se encuentre fuera de su casa o reunida en público fuera de las excepciones previstas *-committing an offence-*, la policía británica tiene la potestad de instruir a la persona para que vuelva a su hogar u ordenar que un grupo de personas se disperse *-sin dar curso a ninguna actuación judicial-*; acompañar al infractor hasta su hogar; y, eventualmente, proceder a un arresto en caso de que haya una resistencia hacia el cumplimiento de las instrucciones policiales.

En este último caso *-resistencia por parte del ciudadano frente a la instrucción del personal policial-* la policía británica puede imponerle al infractor una multa de sesenta libras esterlinas, la que podrá reducirse hasta el monto de treinta libras esterlinas si es abonada por el sancionado dentro de los catorce días de impuesta. Si esa persona ya había sido sancionada por la misma circunstancia, el monto de la multa alcanzará la suma de ciento veinte libras esterlinas.

Siguiendo la misma línea sancionatoria, si un establecimiento está operando en contravención a las medidas sanitarias adoptadas contra la pandemia, las autoridades que ejercen el poder de policía pueden emitir contra el establecimiento infractor avisos de prohibición y avisos de sanciones fijas. Es decir, meras advertencias. En caso de que continúe el incumplimiento, el Estado británico puede proceder a la clausura del establecimiento comercial.

El sistema sancionatorio británico dispone que, ante la mora en el pago de la multa, el sancionado podrá ser llevado ante la *Magistrates Court*, Tribunal que tiene la competencia para imponer multas cuantitativamente ilimitadas, y donde el sancionado podrá adquirir un antecedente criminal.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿qué ocurre en caso de que una persona no tenga la solvencia necesaria como para soportar una multa que le ha sido impuesta por violar el aislamiento social obligatorio?

Aquí puede haber dos posibilidades: en caso de que el sancionado esté de acuerdo con el monto a pagar en concepto de multa, pero no cuente con el patrimonio suficiente, se le ofrecerá a dicho sujeto una forma de pago accesible que le permita cumplir con la sanción. En caso de que el multado no acepte el monto de la multa que le fue impuesta, se deberá resolver la situación en un proceso judicial.

Es menester poner de resalto que en los casos más serios de falta de pago de la multa impuesta y recién luego de agotarse todas las vías existentes, el sistema británico habilita la imposición de una pena de prisión a quien infringe una medida sanitaria, que en este caso tiene como fin combatir al COVID-19. Es más, previo a llegar a la adopción de esta medida de *ultima ratio*, el sistema británico prevé la celebración de una audiencia adicional en la que se le dará al sancionado la oportunidad de explicar las razones por las que incurrió en mora. Es decir, la prisión será utilizada siempre como último recurso -según se mencionó con anterioridad-, luego de la producción de toda una serie de intimaciones y audiencias por medio de las cuales se intentará ejecutar la sanción impuesta al infractor del A.S.P.O. mediante medidas alternativas menos lesivas de derechos que la prisión –como puede ser el ordenamiento de un embargo ejecutivo-.

Habiendo visto la forma en la que el sistema anglosajón da respuesta a la pandemia mundial en curso, resta analizar de qué manera se sanciona el incumplimiento de las medidas sanitarias en el sistema argentino.

### **III.- LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO A LA LUZ DE LA RAZONABILIDAD CONSTITUCIONAL**

El derecho penal argentino se ha convertido en un derecho simbólico que pretende canalizar, a través de sus normas, un mensaje dirigido a la población con el fin de hacerle creer que el Estado está actuando para solucionar problemas que no ha podido –o ni siquiera intentado- resolver por medio de otras vías. Ese mensaje que se envía, a su vez, refuerza la falsa convicción de que un mundo que se desordena puede ordenarse con disciplina impuesta por medio del ejercicio de poder punitivo.

En consonancia con ello, en las últimas décadas tuvo lugar una acelerada producción legislativa en materia penal, que desdibujó los principios básicos de ese derecho. El derecho penal ha dejado de ser aplicado como *ultima ratio*, principio político criminal que tradicionalmente lo caracterizó, para intervenir ahora como *prima ratio*. Es decir, aun cuando existen vías alternativas de protección de bienes jurídicos menos restrictivas de derechos, como el ejercicio de un poder de policía sanitario por parte del personal policial, o la aplicación del derecho civil o administrativo, el legislador escoge muchas veces el camino que mejor publicidad le genera: el del derecho penal.

El fenómeno de la administrativización del derecho penal, tal como se lo ha explicitado *supra*, se advierte con claridad cuando se pretende habilitar poder punitivo a través de normas que ya se encontraban previstas por el legislador sin agotar otro tipo de instancias menos lesivas. Vale aclarar que el delito tipificado en el artículo 205 del código sustantivo no es una consecuencia del moderno proceso de administrativización del derecho penal, sino que posee antecedentes legislativos desde hace muchos años. Ya en el Proyecto del Código Penal de 1881, en su capítulo destinado a la salud pública, se establecía la pena de destierro menor para aquellas personas

que violasen la cuarentena en tiempos de epidemia<sup>5</sup>. El Código Penal de 1886 adoptó una redacción similar a la de su anteproyecto en el artículo 299. Luego, en el Proyecto de Código Penal de 1891 se amplió el alcance prohibitivo, haciendo referencia no ya a la vulneración de la cuarentena, sino a cualquier medida sanitaria adoptada por autoridad competente, destinada a impedir la introducción o propagación de una epidemia<sup>6</sup>. Esta fue la redacción que finalmente sería acogida por el texto definitivo adoptado por el Código Penal de 1921.

Esta habilitación de poder punitivo mediante leyes penales manifiestas, sin priorizar soluciones alternativas, ocurre en el contexto actual con el tipo penal contenido en el artículo 205 del código de fondo. Esta norma reprime con pena de prisión a aquel que viole las medidas adoptadas por las autoridades competentes que tengan como fin impedir la introducción o propagación de una epidemia<sup>7</sup>.

Según fuera anticipado, el P.E.N., en el mismo decreto en el que adoptó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” como principal medida sanitaria contra la pandemia mundial en curso, sugirió el encuadramiento de la infracción al A.S.P.O. dentro del tipo penal del mencionado artículo 205, C.P.<sup>8</sup>

Sin perjuicio de que el actual artículo 205, C.P., esté presente –con sus modificaciones- en el derecho penal argentino desde el siglo XIX, entendemos que el ejercicio de poder punitivo que se busca habilitar mediante esa norma –en la actualidad- implica dejar de lado el principio de intervención mínima, a la vez que se pretende proteger el bien jurídico “salud pública” sin cuestionarse la posibilidad de que su protección dependa del derecho administrativo.

Recordemos que, por la propia naturaleza del poder punitivo, su habilitación –en un primer nivel por el legislador, y en un momento posterior por la agencia judicial- puede darse únicamente como último e inevitable recurso. La intervención penal debe reservarse como "la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema"<sup>9</sup>. La regla es evitar que un sujeto sea introducido en el sistema penal, con todo lo que ello conlleva. Esta premisa entra en

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; ARNEDO, Miguel A., *Digesto de Codificación Penal Argentino*, Ed. AZ, Buenos Aires-Madrid, 1996, Tomo II, p. 34 y 87.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 454 y 649.

<sup>7</sup> No se nos escapa el hecho de que, en caso de habilitar poder punitivo mediante esta norma penal, como mínimo se estaría comprometiendo el principio de máxima taxatividad interpretativa en la medida en que la norma habla de *epidemia* y no de *pandemia*. Tampoco se ignoran los problemas de índole constitucional que traen aparejados los tipos que penalizan conductas que no ocasionan un daño ni un peligro concreto, sino meramente un peligro abstracto, como es el caso del art. 205, C.P. Finalmente, y más allá de que resultaría interesante preguntarnos si este tipo penal superaría un control de saneamiento genealógico, todo ello excedería los alcances de este trabajo.

<sup>8</sup> Resulta cuestionable que sea la agencia ejecutiva la encargada de aplicar a través de un D.N.U. esta solución habilitante del poder punitivo.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal -Parte General-*, Tomo I; Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 65.

crisis con la decisión del Estado argentino de perseguir penalmente a aquellos que violen una medida sanitaria tendiente a frenar una pandemia.

Con la emergencia sanitaria como excusa, tanto en el pasado como en la actualidad se tipificaron como delito conductas carentes de toda lesividad. En concreto, al encuadrar el incumplimiento del A.S.P.O. en el artículo 205 del código de fondo, el P.E.N. a través del D.N.U. 297/2020, pretende que se le imponga al accionar de una persona que infringe la cuarentena una pena de prisión de seis meses a dos años en virtud del artículo 205 del Código Penal, aun cuando esa persona no sea portadora del virus en cuestión, ni se tope con ningún otro individuo durante el camino. Esta decisión estatal parece poco respetuosa de las garantías individuales, así como del Estado de derecho, por lo que se impone efectuar un control de razonabilidad constitucional que aquí únicamente se introducirá como posible tema a problematizar.

La razonabilidad se compone de tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto<sup>10</sup>. El primero de estos subprincipios establece que la norma que reglamenta un derecho fundamental –como en este caso es la libertad de circulación- debe ser adecuada o idónea para lograr el fin que se busca alcanzar mediante su dictado (superación de la pandemia mundial). Suponiendo que la decisión de habilitar poder punitivo mediante el artículo 205 del Código Penal supera esa primera barrera, hay que realizar un juicio comparativo entre el medio elegido y otras alternativas posibles, para verificar si la norma adoptada es o no necesaria, es decir, si resulta la vía menos restrictiva de los derechos fundamentales en disputa. Allí es donde aparece una primera tensión con la razonabilidad, en términos constitucionales. Finalmente, al ingresar al examen del tercer subprincipio –el de razonabilidad en sentido estricto- hay que evaluar si la medida mantiene una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Es decir, debe realizarse una especie de “balanceo” entre las ventajas y desventajas de la norma. En esta instancia podría encontrarse un nuevo conflicto en materia de razonabilidad de la decisión de instalar el poder punitivo como dispositivo contra la pandemia. No obstante, reiteramos, nos limitamos a dejar plasmada la problemática, sin adentrarnos en su completo análisis.

Castigar como delito la simple infracción a una medida sanitaria adoptada contra una pandemia encuadra en lo que algunos han llamado la “tercera velocidad” del derecho penal. En un principio la doctrina habló únicamente de un derecho penal de “dos velocidades”, una primera referida a los delitos “tradicionales” (homicidios, delitos patrimoniales clásicos, violaciones, entre otros) que son reprimidos con pena privativa de la libertad, donde se mantienen con fuerzas las típicas garantías del imputado; y una segunda velocidad que abarca a los delitos reprimidos con penas pecuniarias o privativas de derechos –distintos de la libertad ambulatoria- donde se admitió una flexibilización de las garantías proporcional a la menor afectación de los derechos del imputado

---

<sup>10</sup> CIANCIARDO, Juan, *Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación*, 2003, SAIJ, DACF030017.

por parte de la sanción jurídica prevista<sup>11</sup>. Finalmente, la llamada tercera velocidad del derecho penal es aquella compuesta por normas que reprimen con pena de prisión un delito, pero que a la vez suponen la misma flexibilización de garantías que mencionábamos al describir la segunda velocidad.

Es en estos contextos de emergencia en los que se debe prestar especial atención a la aplicación irrazonable y desproporcional de poder punitivo. Máxime cuando el problema puede ser abordado a partir del uso de otras herramientas menos invasivas de los derechos de los ciudadanos. Obsérvese, como ejemplo, el sistema de sanciones adoptado por el Reino Unido que fue descrito anteriormente. El derecho penal no es la única –ni la mejor- vía para enfrentar una pandemia. La amenaza de pena puede resultar útil –en la minoría de los casos- para lograr que los habitantes no infrinjan las normas que imponen el A.S.P.O. Pero bajo ningún punto de vista puede ser la solución. El derecho penal, por definición, es un derecho *ex post facto* que de aplicarse al caso no podrá ni prevenir o curar los contagios, ni mucho menos resucitar a los muertos.

Lo que sí puede realizar el Estado para prevenir la propagación de la pandemia que el mundo entero está sufriendo es elaborar políticas públicas integrales y adoptar medidas sanitarias, como el A.S.P.O. dispuesto por el P.E.N., pero sancionando su incumplimiento mediante el ejercicio de un poder de policía sanitario, como lo hace el Reino Unido. De esta manera, no sería necesario recurrir al poder punitivo que, por su ya conocida selectividad, únicamente va a afectar a los más vulnerables, principalmente, a aquellos que sufren precarias condiciones habitacionales o a quienes se desempeñan bajo condiciones laborales irregulares o no registradas y que, por esta situación, no pueden justificar su supuesta infracción al A.S.P.O.

Asimismo, habilitar una criminalización secundaria a través de la puesta en marcha del aparato judicial penal de conductas que si bien serían desvalorados podrían obtener una respuesta estatal diferente (no punitiva), tendría como resultado un notable incremento de la litigiosidad en materia penal que sólo redundaría en el innecesario incremento del cúmulo de expedientes que se sumaría al ya existente en el fuero federal y que habría de ser resuelto con los mismos recursos con los que actualmente se cuenta. Su consecuencia más directa es el aumento de la discrecionalidad en el ejercicio del criterio de oportunidad<sup>12</sup>, lo cual generará que se persigan únicamente los delitos más simples –como el de violación de medidas sanitarias contra epidemias-, dejándose impunes los delitos de mayor complejidad.

#### **IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>12</sup> El *criterio de oportunidad* es la posibilidad que tiene el organismo encargado de la persecución penal de dispensar al imputado de esa persecución. Puede suspender la acción iniciada o limitarla en su extensión aun cuando exista mérito suficiente para continuar con ella.

En el título de nuestro trabajo nos preguntábamos si el derecho penal es la única solución posible a la pandemia en curso. Nos encontramos en condiciones de dar una respuesta negativa.

Vimos que en el mundo, preocupado por el COVID-19, existen sistemas sancionatorios distintos al nuestro. Sistemas a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas para combatir a la pandemia sin recurrir al derecho penal como herramienta, respetando su utilidad como *ultima ratio*, debido a las conocidas y negativas consecuencias de someter a un individuo a un proceso penal.

Comenzar con el análisis del sistema británico nos permitió cuestionar el fenómeno de administrativización de nuestro derecho penal, concluyendo que esta tendencia resulta irrazonable y peligrosa para la supervivencia del Estado de derecho.

La promoción del poder punitivo –efectuado por el P.E.N. en su D.N.U. 297/2020- como dispositivo de control de cumplimiento del A.S.P.O., así como la posible imposición de penas por parte de la agencia judicial, en virtud del art. 205 del código de fondo, forman parte de la mencionada “tercera velocidad del derecho penal”, donde las garantías de los ciudadanos son flexibilizadas, y se penalizan conductas sin siquiera tomar en consideración vías alternativas menos severas que el derecho penal. En consecuencia, se torna evidente que debemos estar alertas –particularmente en la actual emergencia pandémica- frente a los embates autoritarios estatales que, según nos lo indican experiencias anteriores, perjudican a aquellos ciudadanos que se encuentran en situaciones de altísima vulnerabilidad.

Pues si bien es cierto que existen diferentes caminos que conducen a superar la actual crisis epidémica mundial, el del derecho penal no sería uno de ellos.