

EL ARTÍCULO 205 DEL CÓDIGO PENAL
UNA LEY PENAL EN BLANCO QUE UN DIA COMPLETARON
*Una valoración histórica y constitucional sobre un tema de actualidad que
es necesario esclarecer*

Por Martín Domínguez y Jorge Benavídez

Como una amenaza latente durante muchos años anidó en el Código Penal un artículo de la parte especial del que nadie sabía a ciencia cierta para que estaba allí.

Su cuerpo reza lo siguiente: *“Artículo 205: 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”*

Despreciado por la mayoría de los profesores de *Elementos de Derecho Penal* o *Derecho Penal I*, solo aprendimos que esta construcción típica de menos de treinta palabras constituía una ley penal en blanco y, que para hacer efectiva su amenaza, imperiosamente necesitaba ser completado por otra norma.

Solo sabíamos que este extraño ingenio legislativo nació con el Código Penal, en el año 1921, aunque reconocía antecedentes en los proyectos y anteproyectos de Código Penal anteriores al de Moreno, manteniéndose incólume hasta nuestros días, aunque cierto es que ocupó un lugar en el menú represivo de las dieciocho reformas integrales de Código que se propusieron hasta nuestros días.

Por otro lado, preocupados por la promulgación a fines de los años ochenta del Régimen Penal de Estupefacientes, contenido en la ley 23.737, albergue de varias normas penales en blanco y modificatoria del capítulo de la parte especial del Código Penal referido a la protección de la Salud Pública, juristas, doctrinarios y legisladores, obviaron dedicarle una mirada al humilde numeral 205.

Lo mismo ocurrió veinte años después, a fines del año 2009, cuando se promulgó la ley 26.524, modificatoria del artículo 200 y otros varios

del capítulo *Delitos contra la Salud Pública*, que a muchos animó la proliferación de los casos de medicamentos falsificados y, a algunos pocos la ilusión frustrada de tipificar los delitos contra el medio ambiente.

Como sea, el artículo 205 del Código Penal, solo nos sirvió como ejemplo para explicar lo que es una ley penal en blanco y los principios de legalidad, de lesividad y de ley previa, mayormente, hasta que en marzo de este año alguien decidió que ya era hora que audicionara por un papel protagónico.

Y más allá de las tardes de reunión en el obelisco para lanzar loas al cielo por las libertades individuales, mucho más allá, los operadores del sistema penal tuvieron que escrudiñar las hojas de sus códigos comentados para refrescarse con este artículo 205.

Varios son los interrogantes que por entonces surgieron en la inteligencia de fiscales, jueces, defensores y abogados particulares.

El primero de ellos, sin dudas, sobre la constitucionalidad de las normas que vinieron a completarlo; segundo, cuál debe ser el alcance que el ominoso poder punitivo le confiera a esta amenaza que ha despertado; y, el tercero y más preocupante, cuál será la percepción que la sociedad hará de esta prohibición que se asemeja mucho a una sanción administrativa (¿lo es?), en términos del fin preventivo de la pena.

Más allá de lo que animó a los legisladores de la primera década del siglo XX -pestes varias sin cura efectiva-, hoy tenemos un compromiso casi unánime por evitar los tipos penales de peligro abstracto y mucho más lo que proponen una ley penal en blanco.

Así, hoy se exige sin rodeos que la norma que complete el tipo penal describa con precisión el ámbito de la prohibición, y que su existencia deba ser anterior al hecho punible, para poder prosperar en la incriminación y posterior sanción.

Por otro lado, el anhelo por un mejor estándar constitucional hace deseable que la norma que complete el tipo penal deba ser preferentemente otra ley emanada del mismo congreso que sancionó el artículo 205, que su rango sea importante y que su sea alcance nacional, en desmedro de cualquier resolución de cualquier oscuro burócrata con asiento en una dirección o secretaría ministerial, provincial o municipal.

Y, dentro del análisis de ese necesario estándar constitucional al que se debe someter a la norma que completa el tipo, también habrá que tener en cuenta el bien jurídico en juego, la salud pública.

Luego, habrá que ensayar una definición de este bien jurídico describiéndolo como *la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida.*

Entonces, siguiendo el razonamiento anterior también debemos señalar que antes de la salud pública está el *Derecho a la Salud*, que la Constitución Nacional tutela como derecho individual y colectivo: en el artículo 33, derechos implícitos; en el artículo 41, derecho a un medio ambiente sano; y, artículo 42, derecho a la salud en la relación de consumo.

Así diremos que, como derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, el contenido inicial en el *derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumpliría su única obligación omitiendo ese daño.*

Posteriormente, con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, aquel enfoque ha sido superado, exigiendo además de la abstención de daño, muchísimas más prestaciones favorables como el derecho al ambiente y, por otro lado, su mención marginal en el artículo 42 apunta a proteger al individuo del sistema de salud privado.

Aclarado esto y yendo al caso en concreto que nos ocupa, la norma que completa el artículo 205 del Código Penal, empezaremos por reconocer que no es otra ley, sino una que se conoce vulgarmente como DNU, es decir un decreto de necesidad de urgencia emanado del Poder Ejecutivo, quien está habilitado para promulgar este tipo normas por imperio del inciso 3. del artículo 99 de la Constitución.

Concretamente dice que podrá emitir estos decretos, *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*, y a la vez prevé un procedimiento, el cual indica que *el jefe de gabinete de ministros dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la comisión bicameral permanente, cuya composición deberá*

respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las cámaras. una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del congreso.

Desde su promulgación el 27 de julio de 2006, la ley 26.122, sobre régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes, regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos que dicta el Poder Ejecutivo.

Lo hace mediante una comisión parlamentaria, de carácter permanente y bicameral, constituida con ocho senadores e igual número de diputados con respeto a la proporción de las mayorías y minorías de cada cuerpo, la que debe expedirse dentro de los diez días, acerca de la validez o invalidez del decreto recibido del Ejecutivo, y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, debiendo pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

Luego, cada Cámara seguirá con el trámite normal que la Constitución indica para cada proyecto de ley, solo que, el procedimiento indica una celeridad especial, pudiendo las cámaras refrendar o rechazar el decreto pero no modificarlo.

Ahora bien, a esta altura ya podemos decir que no se trata de un solo decreto sino de dos, el 260 y 297 del año en curso -sin perjuicio de los que ampliaron su alcance temporal- y, que ambos cumplieron con el trámite legislativo que describíamos anteriormente.

Empezando por el DNU 260/20, que fue promulgado el 12 de marzo de 2020, amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada el día anterior por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19 por el plazo de un año, y designa al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación, otorgándole diversas facultades a fin de mitigar los efectos de la pandemia declarada.

En sus partes más salientes, insta a *las personas sintomáticas procedentes de zonas afectadas a abstenerse de viajar hacia la República Argentina, hasta tanto cuenten con un diagnóstico médico de la autoridad sanitaria del país en el que se encuentren, con la debida certificación que descarte la posibilidad de contagio, a la vez que impone una declaración jurada de estado de salud como medida de control sanitario obligatorio para viajeros y otras que se estimen necesarias, incluso al momento de la partida, antes o durante su arribo al país.*

Mas severamente, en su artículo 7°, establece un aislamiento obligatorio durante 14 días a las personas que guarden las siguientes características:

- a) Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”, es decir, toda persona que *presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica;*
- b) Quienes posean *confirmación médica de haber contraído el COVID-19;*
- c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b);
- d) Quienes hayan *arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”.*

Y aclara que, *en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.*

Pero, la punición de las infracciones se desprende con más claridad del artículo 22 de este decreto, el cual reza que *la infracción a las medidas previstas en este decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de*

acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Entendemos entonces, que dentro de la norma existen distintas disposiciones cuya violación importan infracciones, pero que solamente completan el 205 aquellas conductas que violen el aislamiento dispuesto en el artículo 7° de este decreto, sin que ello obste la aplicación de los principios generales del derecho penal, como ser el de lesividad y la afectación al bien Salud Pública.

Posteriormente, el 19 de marzo del mismo año, el Ejecutivo promulga otro decreto, el 297/20 que dispone el ASPO, “aislamiento social preventivo y obligatorio”, entre los días 20 y 31 de marzo de 2020, aclarando la posibilidad de prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica y, que tiene más relevancia en tanto su función de completar la norma que estamos examinando.

Así, nótese que el artículo 1° del decreto deja en claro que su finalidad es la protección de la Salud Pública, en coincidencia con la ubicación sistemática del artículo 205 y, para su mayor legitimidad, explica que se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la emergencia sanitaria ampliada por el decreto 260/20 y sus modificatorios, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus, COVID-19.

En su artículo 2°, dispone que *durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.*

Luego, en el artículo 4°, determina la sanción que completa el artículo 205 cuando refiere que, *cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, facultando al Ministerio de Seguridad de la Nación a disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.*

Sobre esto último, queda claro que se trata de una medida cautelar y no un decomiso y que según la jurisdicción donde se ejecute la conducta prohibida, la facultad se transfiere al Ministerio de Seguridad provincial o de la Ciudad de Buenos Aires.

Y en ayuda de esto último, citamos el artículo 10 del decreto, el cual establece que *las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional – “Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.”-, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los municipios, en ejercicio de sus competencias propias.*

Sin embargo, dentro de la legitimidad, legalidad y razonabilidad de la norma que completa en última instancia el artículo 205 del Código Penal, habrá que advertir que, con respecto a las últimas tres líneas del artículo precitado *-sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los municipios, en ejercicio de sus competencias propias-*, y por la manda de los artículos 31 y 75, inciso 12, de la Constitución, está más que claro que nunca una disposición provincial o municipal puede ser más gravosa, en cuanto a las sanción, que la que imponen el artículo 205 y los decretos que lo completan.

Finalmente, faltaría confrontar la prohibición ordenada por los decretos y sancionada por el artículo 205 del Código Penal, con la de otros derechos constitucionales, como el que señala el 14 de la carta magna, nos referimos a *entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino*, conocido como la libertad ambulatoria de la que todo ciudadano goza.

En su fundamentación, el decreto 297/20, especialmente lo manifiesta cuando refiere a que la obligatoriedad de la medida para toda la sociedad se cimenta en la necesidad del total acatamiento de los habitantes de la Nación, ya que la pandemia posee un alcance inusitado y por ello es indispensable aletargar la expansión del virus.

Pero, por otro lado, la constitucionalidad de las normas que completan el artículo 205, se ampara en dictados supranacionales explícitamente reconocidos en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Así, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, son fuentes de derecho que avalan la restricción a la libre circulación en circunstancias en las que sea necesario proteger la salud pública.

El primero recoge en su artículo 12.1, el derecho a *“...circular libremente...”*, y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados *“no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente pacto”*.

En igual sentido, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece en su artículo 22.3, que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1. *“...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás”*.

Además, en razón de que la norma que completa ha sido dictada por el Ejecutivo Nacional, hace que la persecución, investigación y juzgamiento

de las conductas prohibidas, esté en mano de la Justicia Federal, lo que asegura uniformidad de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en todas las provincias por igual, ya que la interpretación final, sin perjuicio de lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiese de entender, la tiene la alzada del fuero penal federal, que es la Cámara Federal de Casación Penal.

Está claro entonces, que la o las normas que completan el artículo 205 cumplen con el estándar constitucional mínimo requerido por nuestro ordenamiento jurídico, por todas las razones que hemos explicado anteriormente.

Ahora bien, ¿la amenaza del artículo 205 del Código Penal cumple con los fines preventivos de la pena?

Sin pretender agotar en este artículo una discusión en torno a los fines de la pena, si los hubiese claro, diremos que la respuesta a la luz de los hechos presentes, parece deslizar subrepticamente un resultado negativo.

Abonan este aserto, las miles de causas penales abiertas desde que el artículo 205 “se volvió operativo” y, el cada vez más notorio desafío colectivo al humilde tipo penal de marras, lo cual merece un análisis sociológico complejo por cierto. ¿Será que la gente lo relaciona con una infracción administrativa mas que con un delito?; tema para otro artículo.

Finalmente, al cierre de este artículo nos sorprende la promulgación del DNU 641/2020, el último 2 de agosto, por el cual tomando como base la estrategia epidemiológica adoptada, el Estado Argentino decide prorrogar el aislamiento social preventivo y obligatorio, adicionándole como indica el artículo 9°, prohibiciones al derecho a la libre circulación y de asociación especialmente la realización de eventos culturales, recreativos y religiosos en espacios públicos o privados con concurrencia mayor a diez personas.

Por otro lado, también prohíbe en determinados distritos del país, los eventos sociales o familiares en espacios cerrados y en los domicilios de las personas, en todos los casos y cualquiera sea el número de concurrentes, salvo el grupo conviviente.

Como los casos anteriores, determina que la violación a esas prohibiciones establecidas en el nuevo decreto es una infracción penal que debe ser reprimida por el artículo 205 del Código Penal.

Esta nueva norma de emergencia también deberá ser sometida al tratamiento de la comisión bicameral y el consecuente control legislativo que venimos comentando y, por estas horas, se espera su ingreso a la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo.

Como se ve, finalmente, el humilde numeral 205 del Código represivo, aquél que usábamos como ejemplo negativo para una ingeniería legislativa merecedora de un Estado de Derecho, aquel que se emparenta más con una infracción administrativa, aquel que nunca iba a animar una audiencia de indagatoria, finalmente ha alcanzado un papel protagónico.

Esta historia, continuará.