

Covid-19: Ley penal en blanco y principio de legalidad

por JUAN IGNACIO PASCUAL, JUAN IGNACIO GASPARINI
27 de Mayo de 2020
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF200106

Luego de más de sesenta días del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia -en adelante **DNU- Nro. 260/2020**, que vino a dar una respuesta al conflicto sanitario actual en razón del coronavirus -COVID 19- y sus implicancias, no menores, en la vida del común de la población mundial, habremos de referirnos a las consecuencias que el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones, conlleva.

En lo particular, el artículo 22 del DNU dictado primigeniamente, estableció lo siguiente: "INFRACCIONES A LAS NORMAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA: 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"; como dijimos, esta consecuencia ante el incumplimiento del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio fue repetido en los decretos que prorrogaron la medida en cuestión.

Por su parte, el **DNU 297/2020** amplió la respuesta del poder punitivo, al establecer, en el segundo párrafo del artículo 4to que: "El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá 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".

Por su parte, en el ámbito del ordenamiento sustantivo que regula las sanciones consecuentes ante el quebrantamiento de la prohibición, el artículo 205 del Código Penal -en adelante CP- al que alude el DNU establece la pena de prisión al que "violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia"; y a su vez, el artículo 239 prevé como conducta prohibida la acción de quien "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".

Ahora bien, el primero de los artículos referenciados, en lo que aquí interesa, se trata de los denominados 'tipos penales en blanco' proveniente, justamente, de una ley penal en blanco. Sumariamente, se trata de delitos en los cuales la ley penal sustantiva contiene el núcleo del injusto, y se complementa de alguna otra normativa -que puede tener o no naturaleza legislativa y/o competencia penal para ello- en este caso mediante un DNU.

Y es aquí donde se podrían plantear, entre otros, las siguientes interrogantes: ¿es posible que por medio de un DNU se complete una norma penal en blanco?, ¿implicaría ello, de acuerdo con sus alcances, legislar en materia penal?, ¿existe afectación al principio Legalidad?, ¿qué características debe tener una ley penal 'en blanco'? Y a fin de poder dar respuesta a tales interrogantes, resulta preciso comenzar a repasar que dice nuestra Constitución Nacional -en adelante CN-. Así, adquiere vital importancia su **artículo 18** que consagra el principio de legalidad. Allí se establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

Y a su vez, en términos Convencionales, el artículo 15 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** -suscripto por la CN- establece que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...". Ahora bien, ¿cuál es el contenido del principio de legalidad?.

Se suele atribuir su creación al jurista y filósofo alemán FEUERBACH (1775-1833), quien con su aforismo "nullum crimen, nulla poena sine lege" (no hay crimen, no hay pena sin ley) ha reflejado una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa -plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 8 ya mencionaba "...tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente"-.

Actualmente, podríamos decir que el principio deviene de la teoría del contrato social donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Así, el ciudadano establece un pacto -el contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política en la comunidad, la cual tiene lugar por medio del Poder Legislativo -que representa al pueblo-, y sólo de él puede emanar la ley (que es la voluntad popular).

El maestro español, Santiago MIR PUIG, refería que "el principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo"(3).

Como características del principio, podríamos enumerar las siguientes:

a) Exigencia de Ley Escrita.

Prohíbe la aplicación de la costumbre como fuente de los delitos. La cuestión problemática suele suscitarse en los casos de tipos penales abiertos a su integración extrapenal, como puede suceder con la *lex artis* en el caso de los médicos, o los 'usos de mercado' en cuanto a delitos económicos.

"Se trata de situaciones donde la relevancia típica del comportamiento, en especial frente a la determinación de impericia o negligencia, reclama un análisis de lo que debe hacerse pero que no presupone la existencia de obligaciones o reglas escritas"(4).

b) Exigencia de Ley Estricta.

Este precepto busca evitar la analogía. Se pretende sujetar la actividad jurisdiccional a los mandatos del legislador. Repárese que los tipos penales se dirigen a través de su enunciado de manera especial a los jueces, ya que los ciudadanos son alcanzados primariamente por las normas que regulan los comportamientos en la vida social.

Así, la legalidad busca preservar la garantía de los ciudadanos de que los comportamientos prohibidos sean sólo aquellos que la ley determina previamente de acuerdo con un proceso formal y de conformidad con ciertos contenidos, cuyo significado jurídico no puede ser ampliado arbitrariamente en la instancia de aplicación. Es decir, que el juez está vinculado a la finalidad de la ley y no puede suplir con su voluntad aquello que está en la teleología de la norma.

Especial atención merecen los tipos penales donde la literalidad no permitirá una comprensión clara, sino que exigirá un esfuerzo argumentativo de mayor intensidad, siempre alumbrados a partir de los principios de bien común político y dignidad humana que configuran la realidad política y social de la convivencia a través de las

normas de comportamiento. Pero eso ya no es materia de este trabajo.

c) Exigencia de Ley Cierta.

Se busca impedir leyes difusas o indeterminadas en las que no se pusiera de manifiesto qué es lo efectivamente prohibido y cuál es la consecuencia penal imputada. Este mandato prohíbe la indeterminación de los tipos.

En esa inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- tiene dicho que "la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad"(5).

d) Exigencia de Ley Previa.

Con este postulado se busca evitar la aplicación retroactiva de la ley penal, con excepción de la ley penal más benigna. El mismo se dirige no solamente al juez sino también al legislador. Asimismo, busca aplicar la ley vigente al momento del hecho, entendiendo al 'hecho' como un acto de una persona, para distinguirlo así del 'casus' que vendría a ser un accidente o suceso natural. O lo que es lo mismo, entender al 'hecho' desde un aspecto normativo buscando la noción material y funcional, como normativizado y no meramente empírico.

Y a la luz de estos requisitos mencionados, es que debemos analizar la cuestión de la regulación penal como respuesta referida a aquellas normas dictadas en virtud de la pandemia, pues es allí donde se suscita el conflicto de las leyes penales en blanco.

Es decir, en última instancia, las leyes penales en blanco deberán ser analizadas -como control de constitucionalidad- a la luz del principio de legalidad.

Para abordar el tema, resulta preciso caracterizar grosso modo la estructura de la ley penal. En este orden de ideas, la mayoría de las veces la misma se compone de forma binaria con la estructura de "precepto - sanción".

Por lo general, en técnica legislativa, el supuesto de hecho se ubica en el primer momento de la norma -de acción u omisión-, mientras que en la segunda parte se encontrará la consecuencia jurídica que el Estado aplicará ante la comisión del precepto (de acuerdo con el elenco de penas previstas en el [art. 5 del CP](#), prisión, reclusión, multa, inhabilitación).

Ahora bien, puede suceder, como en los casos que aquí se analizan, que haya preceptos penales que, excepcionalmente, no expresen los elementos específicos del supuesto de hecho, sino que se remitan a otro precepto, para que se 'complete' la determinación de aquél.

En otras palabras, se trata de casos donde la prohibición o el mandato imperativo, se encuentran en alguna disposición distinta de la ley que contiene la amenaza de pena (CP). Aquí entonces nos encontramos con las leyes penales en blanco.

El Tribunal Supremo Español las ha definido como "aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima" (STS del 20/09/2020) y en dicho país se ha dicho que es compatible con la Constitución "la utilización y aplicación judicial 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, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada"(6).

En el mismo sentido, en Alemania lo había señalado MEZGER: "jurídico penalmente la forma especial de legislación mediante leyes penales en blanco carece de significación"(7)(...) "la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo. El tipo complementado, sin embargo, cumple precisamente la misma función que cualquier otro tipo" (Cfr. También Rengier, en kk OWiG, S 11, 24).

Sin embargo, las leyes penales en blanco pueden adquirir significación relevante cuando la norma complementadora proviene de una instancia distinta a la penal, tal cual sucede en el caso que analizamos.

En este punto, resulta preciso recordar qué dice nuestra CN al respecto. La misma atribuye al Poder Legislativo el dictado del CP ([artículo 75, inciso 12](#)) y prohíbe al Poder Ejecutivo Nacional -PEN- emitir disposiciones de carácter legislativo, aunque podrá dictar DNU -solamente- cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se tratare de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos ([artículo 99, incisos 2do y 3ro](#)).

Así es que podríamos entender que se trata de una 'delegación no permitida' ya que ni siquiera entra en los supuestos del [artículo 76 de la Constitución](#), que sólo habla de materias de administración o de emergencia pública, y con plazo fijado para el ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Sin embargo y acorde a las leyes que estamos tratando y analizando, en el presente trabajo, la normativa, se encuentra salvaguarda. Veamos por qué.

Retomando con la norma penal en blanco, suele haber acuerdo en doctrina y jurisprudencia acerca de la norma primaria. Con relación a este punto, se entiende que la misma debe ser siempre de origen legislativo y debe contener el núcleo de la ilicitud y la pena.

Pero el problema, como dijimos, está en que habitualmente el complemento se trata de leyes impropias o de origen administrativo. Así, con estas 'segundas normas' se suele buscar alcanzar ámbitos cambiables o de fácil evolución, donde los 'tiempos legislativos' serían escasos.

Los casos más visibles en nuestro país son los casos de la Ley de Armas y Explosivos (art. de la [Ley 20.429](#)) y de estupefacientes ([art. 41 de la Ley 23.737](#) que remite al artículo 10 de la [Ley 20.771](#)). Se entiende así, que esos decretos únicamente precisan esos conceptos, pero no podrían desvirtuarlos.

En nuestro país, el profesor SOLER ha definido a las leyes penales en blanco como aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda definida con exactitud invariable la sanción. El precepto debe ser ordinariamente llenado con otra disposición legal o por decretos o reglamentos a los cuales remite la ley penal.

Estas disposiciones son, en el fondo, las que fijan el alcance de ilicitud sancionada, ya que, en la ley, la conducta delictiva está determinada por una norma genérica(8).

Como indicamos anteriormente, el problema se presenta cuando el complemento de la norma penal es un acto reglamentario o administrativo de naturaleza variable.

En Argentina, la jurisprudencia más rica se construyó mayormente en cuestiones relacionadas a temas económicos y financieros. Así, un leading case lo constituye "[Argenflora](#)" (Fallos: 320:763 1997/05/16), cuyos hechos tuvieron origen en un contexto económico en donde los exportadores debían 'pasar' los dólares por el Banco Central, y lo mismo a la inversa en caso de importadores; a la empresa mencionada se le había iniciado un proceso por infracción a la [ley 19.359](#) (Régimen Cambiario) y los [Decretos 2.581/64](#) y 1.555/86. Luego, con

la [ley 23.928](#) de Convertibilidad y el [Decreto 530/91](#) que dejara sin efectos los dos anteriores, aquellos que tenían procesos abiertos por multas en virtud de haber 'evadido' al BCRA, pidieron revisión de estos, en virtud de considerar el nuevo reglamento como ley penal más benigna.

La CSJN dijo que el caso debía analizarse con relación a la valoración político criminal del comportamiento; entonces, lo que había que tener en horizonte era si había cambiado la valoración de la conducta. Se resolvió que la modificación de la ley complementaria (libertad de cambio, en el caso concreto) no habilitaba por sí sola a entender que había cambiado la ley penal. En suma, entendió la CSJN que se había tratado meramente de una modificación momentánea (entendiendo que el Estado seguía queriendo penar el control de cambio, sólo que no en ese momento).

Así, la CSJN dijo que "las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ley penal en blanco. no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido por ella misma como de naturaleza eminentemente variable, pues tales variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste. Por tanto, la aplicación indiscriminada del principio de retroactividad de la ley más benigna importaría despojar - 'a priori' - de toda eficacia a estas leyes especiales, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo".

En forma posterior aparece "[Ayerza](#)" (Fallos 321:824, 1998/04/16), donde "las cuestiones debatidas en el sub lite son sustancialmente análogas a las tratadas por este Tribunal en la causa A.270.XXVII "Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. Ley 19.359", sentencia del 6 de mayo de 1997, a cuyas consideraciones y fundamentos cabe remitirse por razones de brevedad." y "por ello, se declara procedente el recurso extraordinario deducido y se revoca la sentencia apelada".

En síntesis, se adoptó igual criterio por mayoría, pero se vislumbró un posible cambio de rumbo a partir de las disidencias de Fayt, Boggiano y Bossert. Sostuvo Fayt que "la modificación legal examinada en estas actuaciones tuvo como consecuencia una considerable ampliación de la esfera de libertad de comportamiento en el campo del tráfico exterior de divisas y la consiguiente revocación del concreto fin de protección al que responde el sistema de clausura fundado".

Podríamos decir que esta minoría entendió que la regla sería lo inverso a lo resuelto en 'Argenflora', considerando que debe entenderse que cuando cambia la norma complementaria, por principio debo interpretar que cambió la ley penal.

También expresaron que la única razón para admitir la ultraactividad de la ley penal debe hallarse en los supuestos de leyes temporales o de emergencia es decir cuando la introducción de una nueva ley corresponde a un cambio de circunstancias y no de valoración.

Por último, nos encontramos con "Cristalux S.A." (2006) donde el voto mayoritario fue el de la minoría en [Ayerza](#), donde se había dicho también que "la retroactividad de la ley más benigna no resulta aplicable de modo indiscriminado en el campo de las leyes penales en blanco. A su vez, por lo expuesto, se impone un estricto margen de razonabilidad en la determinación del grupo de excepciones posibles", precisando que "la aplicación retroactiva del nuevo reglamento resulta inadecuada cuando la derogación no se propone permitir un espacio mayor de libertad de comportamiento sino sólo otro en que se conforma de modo distinto lo que hasta entonces estaba permitido, por ejemplo suprimiendo una limitación de velocidad, pero prescribiendo una medida de seguridad hasta entonces no requerida".

A modo de síntesis, podríamos coincidir en los requisitos de toda ley penal en blanco: a) que haya un reenvío normativo expreso; b) justificación en virtud del bien jurídico al que se refiere y la movilidad normativa para su atención; c) que la ley contenga la sanción penal; d) Que la ley contenga el núcleo esencial de la prohibición; e) Que se encuentre satisfecho el principio de certeza que posibilita el conocimiento y la motivación normativa.

Ahora bien, adentrándonos ahora en el tipo penal que pretende punir el Estado al violar el A.S.P.O., podemos hacer algunas aclaraciones.

Como dijimos, el tipo en cuestión (artículo 205 -CP-) es un claro ejemplo de ley penal en blanco, que contiene un elemento normativo el cual es la violación de las medidas adoptadas por la autoridad competente. Vale decir, el tipo sólo es el requisito de punibilidad (conteniendo la especie y medida de la pena), faltando la concretización del mandato o de prohibición (en este caso, los DNU recientemente dictados).

Ya la CSJN había planteado en su momento que "tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo" y puso como requisito -verificado en el caso- el de que "la política legislativa haya sido claramente establecida" (Fallos 246:345).

Para mayor y en base al DNU -y sus ampliaciones-, podríamos afirmar que nos encontramos -en términos de la CSJN- ante una situación que no se pudo prever anticipadamente, como es la pandemia del COVID-19. Ello sumado a que pareciera, a simple vista, que los decretos cuentan con claros lineamientos en cuanto a conductas prohibidas y permitidas.

Estaría en juego, también, la protección de la salud pública como bien jurídico general: se mira lo social y a la obligación que tienen los ciudadanos hacia el bien común (Código Penal, Parte Especial, Edgardo A. Donna, Tomo II-C ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 248).

Respecto al bien jurídico mencionado, se lo entiende como un valor comunitario, con sentido de dimensión social, que apunta a las condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente. Se trata en definitiva de un interés supraindividual de titularidad colectiva, y de naturaleza difusa. Así, se busca la protección del estado sanitario de la población.

"...Debe tenerse en cuenta que la protección que se brinda en este capítulo es a la salud pública, en el sentido de dimensión social del bien jurídico protegido, que significa que se va más allá de la mera suma de salud individual, como dice Muñoz Conde, pues se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas."(9).

En suma, y teniendo como baremo nuestra CN, podríamos afirmar, sin lugar a duda en base a lo expuesto, que no se trata en las circunstancias actuales de legislación penal propiamente dicha por parte del PE, sino de lo que anticipamos, de un tipo penal en blanco que es completado por otra norma de carácter no penal emanada de la autoridad competente. Así, lo que harían los DNU recientemente emanados de la Presidencia, serían completar el tipo penal, que en su artículo 205 contiene el núcleo de ilicitud de la conducta.

Además, podríamos decir que parecería totalmente proporcional y legítimo que el Estado, en virtud de una pandemia como es la del COVID-19 (que en la actualidad lleva casi 350.000 muertes y más de 5.000.000 de contagiados a nivel mundial) y decretada por la OMS (11/03/2020), y atento la emergencia sanitaria dispuesta por la **Ley 27.541** (publicada en B.O: 23/12/2019 con vigencia hasta el 31/12/2020), busque prescindir de los 'tiempos legislativos' para impedir la introducción o propagación de una pandemia con un carácter dinámico y

progresivo sustancial.

Pues bien, se encuentra cumplido el requisito del reenvío, desde el CP hacia la normativa de autoridad competente y viceversa; la justificación del dictado parecería más que razonable atendiendo a la emergencia sanitaria; sin lugar a duda, el CP contiene el núcleo de ilicitud, que castiga modificaciones en circunstancias de hecho; por último, se trata de una cuestión de público y notorio por lo que el principio de certeza para facilitar el conocimiento y motivación normativa se encontraría cumplido.

Por ello, se encuentra salvaguardado el principio de legalidad ya que no se contraría la CN, brindando los DNU contenido a la ley penal en blanco, que atento al apremio del tiempo que vivimos, justifican su dictado, en confrontación con el tiempo legislativo que en general conlleva el dictado de una Ley en el Congreso de la Nación.

Notas al pie:

- 1) Juan Ignacio Pascual, Abogado UBA, Secretario de Cámara en Cámara Federal de Casación Penal, Asesor de la Comisión de Reforma del Código Penal, Profesor Universitario UBA y Maestrando en la Universidad Austral.
- 2) Juan Ignacio Gasparini, Abogado UCA, Auxiliar en Fiscalía de Homicidios en el Ministerio Público Fiscal de la Acusación Rosario, Santa Fe, Maestrando en la Universidad Austral.
- 3) Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 10ma edición, Editorial BdeF, pág 115.
- 4) Guillermo YACOBUCCI, El Sentido de los Principios Penales. Euro Editores, 2019, pág 425.
- 5) Ricardo BAENA y otros -parágrafos 108 y 115- CANTORAL BENAVIDES -parágrafo 157- y CASTILLO PETRUZZI y otros -parágrafo 121-.
- 6) Tribunal Constitucional español, STC 127/90.
- 7) MEZGER, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3ra edición, 1949, p. 196 y siguientes.
- 8) SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. I, 5ta ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1987, pág. 121, 122 y ss.
- 9) DONNA, Edgardo A., Código Penal Comentado, Parte Especial, t. II-C, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, 1ra edición, pág. 204.