

01.

Doctrina

Competencia federal del artículo 205 del Código Penal por la pandemia de covid-19.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 26/08/2021

Aprobado: 13/10/2021

Competencia federal del artículo 205 del Código Penal por la pandemia de covid-19

Federal Jurisdiction of article 205 of the Argentine criminal code, due to the covid-19 pandemic

Por Santiago Javier Alemán¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: Con el abordaje del presente ensayo se intentará determinar el fuero penal competente para intervenir en las causas iniciadas por presuntas infracciones al tipo penal del artículo 205 del Código Penal, por violación de las medidas decretadas por la autoridad competente en virtud de la situación epidemiológica por la covid-19. Durante el desarrollo del artículo, habré de trasladarme a la organización republicana federal que instauró Argentina, el alcance que reviste el DNU presidencial, como así también las leyes y decretos provinciales promulgados en consecuencia. Seguidamente, analizaré los lineamientos que refuerzan la competencia federal, establecidos en la Constitución Nacional, el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación, la Ley 48 y las leyes especiales complementarias, cuya hermenéutica conjunta permitirá, en el contexto actual, circunscribir la incumbencia del fuero de excepción para la prosecución de esas pesquisas.

1. Prosecretario administrativo de la Secretaría N° 10 del juzgado Federal N° 3 de Morón, provincia de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires). Maestrando en Magistratura (UBA). santiagoaleman@live.com.ar.

Palabras clave: Artículo 205 del Código Penal – Competencia – Pandemia – Afectación intereses federales.

Abstract: *With the approach of this trial will try to determine the competent criminal jurisdiction to intervene in the cases initiated for alleged violations of article 205 of the C.P, for violation of the measures decreed by the competent authority due to the covid-19 epidemiological situation. During the development of the article and to unravel my position, I will have to move to the federal re-public organization that established the Argentine Republic, the scope that covers the presidential DNU, as well as the provincial laws and decrees promulgated accordingly. Next, I will analyze the guidelines that strengthen federal competence, established in the Argentine National Constitution, the Penal Code, the Code of Criminal Procedure of the Nation, Law 48 and the complementary special laws, whose joint hermeneutics will make it possible to warn, in the current context, the district of exception is responsible for intervening in the investigations of article 205 of the Criminal Code.*

Keywords: *Article 205 of the Penal Code – Jurisdiction – Pandemic – Affecting federal interests.*

Introducción

La evolución epidemiológica por el virus de la covid-19 motivó a las máximas autoridades de la nación a decretar medidas urgentes para intentar proteger a los ciudadanos frente a la creciente ola de contagios que comenzaba a manifestarse a principios de 2020. Estas medidas, para surtir un mayor efecto, requerían inmediatez, escenario que exhortó al Poder Ejecutivo Nacional a labrar un decreto de necesidad y urgencia (DNU), toda vez que prescindía del trámite parlamentario ordinario.

Con basamento en ello, el 12 de marzo de 2020 se confeccionó el Decreto N° 260/2020, que amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Pasados ocho días desde su reglamentación, se firmó un nuevo DNU, el 29/3/2020, que endureció las restricciones inherentes al traslado ambulatorio, ordenando el “aislamiento social preventivo y obligatorio” en todo el territorio nacional, estableciendo la prosecución de actuaciones judiciales en relación con el artículo 205 del Código Penal por presuntas infracciones injustificadas.

De igual modo, en su artículo 10, el decreto prescribía que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarían las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el mandato, como delegados del Gobierno federal.

Las causas se empezaron a acumular en todos los juzgados penales del país, tanto en el fuero provincial como en el federal, por traslados

sin respaldo emitido por la autoridad, y surgió la incertidumbre respecto de a quién le correspondía intervenir.

Como se verá luego de un examen integral, por la naturaleza que emerge del artículo 205 del Código Penal y el espíritu de las reglamentaciones efectuadas tanto por el Poder Ejecutivo Nacional como por las provincias, este caso reviste carácter Federal insoslayable.

Bien jurídico protegido de la Justicia federal y del artículo 205 del Código Penal

A fin de agilizar la cronológica interpretativa del tema, habré de remarcar muy brevemente el bien jurídico protegido de la Justicia federal, como así también del tipo penal en estudio.

Sobre el primero, puntualizaré que es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el bien jurídico que suscita la competencia federal en lo penal es el daño o perjuicio ocasionado a los intereses de la nación.

Específicamente, el máximo tribunal indicó que resulta competente el fuero federal en aquellos hechos que atenten “contra la seguridad de las instituciones nacionales mediante la conmoción, intimidación y alarma que los hechos causen en el espíritu público, cualesquiera sean las personas individuales o jurídicas que resulten afectadas”².

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación (1997), fallo: 320:2482, Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O'connor - Augusto César Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Adolfo Roberto Vázquez.

Por su parte, la salud pública es el bien jurídico protegido del artículo 205 del Código Penal, cuya tutela no le corresponde de manera exclusiva a la nación, sino que es “concurrente”, es decir, resulta ser de interés compartido con la provincia y los municipios.

Constitución Nacional, Ley 48, Código Penal y Código Procesal Penal nacional

El abordaje de este debate no puede realizarse sin remitirnos a la ley fundamental del Estado, deteniéndonos puntualmente en su artículo 116, que específicamente enumera distintos supuestos a los que corresponde su juzgamiento federal, entre los que se destacan los dos primeros: “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” y “causas regidas por las leyes de la Nación” (Gelli, 2018). En relación con el primero de ellos, debemos remarcar que en los fundamentos normativos del DNU 297/2020, para ordenar la cuarentena obligatoria en todo el país se trajeron a colación instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que respaldaban las medidas restrictivas a la libertad ambulatoria, garantía de igual rango consagrada en el artículo 14 de la Constitución. Puntualmente, se detalló que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) recoge en el inciso 1 de su artículo 12 el derecho a circular libremente, y el inciso 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.³

En idéntica dirección, prescribe que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) determina en su artículo 22 inciso 1 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado

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 públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.⁴

Respecto del segundo punto, los decretos nacionales y provinciales reglamentaron la cuarentena obligatoria, pero con motivo de la emergencia sanitaria sancionada por el Congreso Nacional mediante la Ley 27.541 en diciembre de 2019, consecuentemente prorrogada y ampliada con el devenir epidemiológico. Justamente en una de esas ampliaciones y prorrogas, para hacer frente al virus, se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, siendo una reglamentación nacional accesoria de la emergencia, cuya ley primigenia es de raigambre nacional, con estado parlamentario.

En cuanto a la Ley 48 (de 1863), sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, debemos remarcar el inciso 3 del artículo 3, que metódicamente prescribe:

3. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

4. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Los crímenes cometidos en el territorio de las Provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden la *soberanía y seguridad de la Nación*, o tiendan a la defraudación de sus rentas, u obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional, o de billetes de Banco autorizados por el Congreso; serán juzgados en la Sección Judicial en que se cometieren.⁵ (Subrayado propio)

Adentrándonos en el tipo penal del artículo 205 del Código Penal, cuya imputación resulta ser la columna vertebral de este trabajo, es necesario mencionar primeramente que el Código Penal de la Nación constituye un claro ejemplo de legislación mixta, toda vez que en esencia es una norma de derecho común dictada por el Congreso de la Nación en uso de las atribuciones delegadas por las provincias, que prevé conductas delictivas y penas aplicables para el ámbito ordinario, pero también contempla delitos de índole federal, y esto hay que remarcarlo.

En consonancia, entre los delitos de índole federal que recoge el Código Penal, pueden enunciarse los siguientes: malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 260 a 268), que serán federales si se encuentran involucrados bienes de propiedad del Estado nacional, vulneren o perjudiquen intereses públicos nacionales; falsificación

5. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>

de moneda (art. 282 y ss.); falsificación de documentos (arts. 292 a 299), si perjudican las rentas de la nación mediante la utilización de ellos, obstruyéndose el normal funcionamiento de sus instituciones.

A su turno, corresponde remitirnos a las materias y delitos que han sido asignados de manera exclusiva al fuero de excepción, que se encuentran plasmados en el código de procedimientos nacional, para advertir sin demasiado esfuerzo que el articulado en cuestión no ha sido incluido taxativamente dentro de aquellos.

En efecto, el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, aún vigente en casi todo el país, establece:

El juez federal conocerá: 1) En la instrucción de los siguientes delitos: a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros; b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos; c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben o falseen la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso; d) Los de toda especie que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, con excepción de aquellos que por esta ley quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria de los jueces de instrucción de la Capital; e) Los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter,

145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis, 258 bis y 306 del Código Penal.

Esta normativa es completada por leyes específicas que asignan naturaleza federal a diferentes materias, como, por ejemplo, la ley de estupefacientes y residuos peligrosos. La sanción de leyes tiene numerosos resultados, pero en algunos casos sobresale la asignación de competencia, que de forma expresa agota las interpretaciones disímiles en cuanto a la naturaleza de la materia que existía previo a la sanción de la ley.

Ahora bien, luego del breve repaso del artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación podemos advertir que es cierto que no se encuentra agregado exactamente el artículo 205 del Código Penal, y es pertinente que así sea, pero las circunstancias que acarrea esta pandemia exigen realizar una interpretación que nunca se había realizado sobre este artículo en particular, incluyéndolo dentro de la “seguridad nacional” contemplada en el inciso c.

Al referirnos a la seguridad nacional, rápidamente la vinculamos a todo aquello relativo a la defensa del país, de su soberanía, sus fronteras, su territorio, lo cual se encuentra abarcado por ella de manera irrefutable, pero debemos expandir esa mirada e incorporar problemáticas que atacan la seguridad nacional desde otros espacios, incluso con mayor impacto y menores herramientas para combatirlas, dentro de las cuales se encuentran las pandemias, cuyas consecuencias pueden provocar una clara inestabilidad.

Jorge Clariá Olmedo (1943) fundamentó la competencia federal de la siguiente forma: “cuando el hecho criminoso, no importa cuál sea

su contenido, cuál el lugar de su comisión, ni quién la persona de su autor u ofendido, atente contra los intereses de la soberanía o la seguridad del Estado” (pp. 167-168).

Aunado a ello, habré de reforzar los fundamentos que entiendo suficientes para revestirle calidad federal al artículo 205 del Código Penal mientras atravesamos la situación pandémica, toda vez que ya hemos aclarado que existen conductas penales que se encuentran incluidas en el digesto penal y de todos modos poseen origen federal, pero además es preciso recordar que los tipos penales pueden alcanzar tal naturaleza por las circunstancias, que es precisamente lo que sucede en este caso.

Es oportuno resaltar que nos abocamos al tipo penal referenciado debido a que no existe alguno concerniente a una pandemia, y ello conlleva un especial significado, ya que existen epidemias que los expertos logran contener al detectarlas, dominar en una zona concreta, por lo que la peligrosidad no amerita la intervención de mayores autoridades estatales. Tal suerte no resulta análoga a la de la pandemia de covid-19, que al día de la fecha no se ha podido repeler por completo; por el contrario, aun frente al proceso de vacunación que atraviesa el mundo, lo cierto y concreto es que todavía se advierte el contagio de personas que recibieron la vacuna correspondiente, aunado a las nuevas variantes del virus –delta, alfa, gamma, beta, etcétera–. La OMS manifestó que la variante delta es más contagiosa, puede causar efectos más graves y es más resistente a las vacunas, circunstancia más que suficiente para determinar que los efectos no podrán quedar circunscriptos a una provincia, más allá de que exista un dictamen sanitario local.

En resumen, nos encontramos ante disposiciones locales que revisten claros efectos nacionales, y es precisamente por ello que el ineludible interés federal emerge por sí solo; no por ser inadecuado el carácter local, sino porque de momento todavía lo excede en el aspecto sanitario y, con igual o mayor fuerza, en aspectos socioeconómicos con impacto en el tesoro nacional, sobre el cual me expediré más adelante.

Al no contar con un tipo penal que lógicamente estaría incluido dentro de los denominados federales, nos vemos en la situación de realizar un nuevo examen frente a esta emergencia epidemiológica. Este singular análisis ya lo hemos realizado en materia de estupefacientes. Nótese que el primigenio artículo 204 del Código Penal, que punía estas actividades, no impuso taxativamente competencia federal de las conductas, sino que fue la ley penal especial N° 20.771 de 1974 la que fehacientemente determinó la intervención del fuero de excepción, enmarcada dentro de la doctrina de la “seguridad nacional”, sobre la cual se fundamentó y aprobó, y se mantuvo en la ley que la derogó, actualmente vigente como Ley 23.737.

Mientras la Ley 23.737 se encontraba en pleno debate parlamentario, se criticó el artículo 34 que prevé competencia federal para su juzgamiento. Precisamente, los argumentos apuntaban a su constitucionalidad, ya que el bien jurídico tutelado afectado por la ley (salud pública) no había sido delegado por las provincias al Gobierno central y, por tal motivo, debería intervenir la Justicia ordinaria.

Al respecto, Valeria Anselmino (2011) indicó que en ese debate se concluyó que la competencia federal era necesaria, ya que la afectación a la salud pública tenía trascendencia interprovincial y

requería la acción del Estado nacional, porque el poder sanitario de las provincias en tales escenarios era superado. Anselmino puntualizó que diferentes autores se refirieron en tal sentido, entre los que sobresale lo expuesto por Justo Laje Anaya, quien justificó la procedencia del fuero de excepción dentro de una materia que es de derecho común indicando “razones de seguridad nacional, defensa de las instituciones, y defensa de la actividad sanitaria del Estado para trascender los límites interprovinciales” (p. 2).

A partir del análisis de la seguridad nacional en virtud de la afectación por la propagación de la adicción y sus consecuencias socioeconómicas en el país, el caso del artículo 205 del Código Penal ¿no nos exhorta a realizar el mismo examen cuando la covid-19 afecta a toda la población, provocando más de cien mil muertes en el país (más que las guerras)?

Podemos decir que la competencia federal tiene sus cimientos en la Carta Magna, sobre la cual posteriormente se detallaron reglas generales para que intervenga la justicia de excepción, como la Ley 48. También, en casos particulares, se puntualizaron artículos concretos del Código Penal. Finalmente, con mayor precisión, se sancionaron leyes especiales que ciñeron distintas materias al fuero de excepción.

Esta interpretación armónica atraviesa todos los escalones normativos de nuestra legislación (Constitución Nacional, leyes, Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación), con lo cual recortar los argumentos para dar fuerza a un planteo de competencia resultaría insuficiente. Pero, además, de la correcta conjunción de todos ellos podemos comprobar que, cuando se

menciona que la Justicia federal debe justificarse con lo expresado en una ley, no se refiere a que debe ser únicamente respaldada con una ley material especial (Ley 25.871 de migraciones, Ley 346 de ciudadanía y naturalización, entre otras), sino que puede fundarse dentro de los parámetros que señalábamos anteriormente, para lo cual expresamente habrá que invocar los motivos que estimulan la competencia del fuero de excepción, por ejemplo, que el delito cometido consiste en una ofensa a la soberanía nacional (plasmada en la Ley 48), cualquiera sea su naturaleza original.

Postura de la Procuración General de la Nación y de Casación Penal Federal

En la Resolución 25/20 del 22 de marzo de 2020, el procurador general de la nación, Eduardo Casal, proclamó la naturaleza federal de los delitos por violación del “aislamiento social preventivo y obligatorio” (ASPO). El comunicando puntualmente prescribió que

desde la Procuración General de la Nación se reafirma el compromiso de preservar la salud pública y, en ese orden, teniendo en especial consideración los fines que el artículo 120 de la Constitución Nacional le asigna al Ministerio Público Fiscal, es oportuno recordar la naturaleza federal en la materia y la intervención que corresponde a los fiscales de este organismo en relación con las infracciones al artículo 205 del Código Penal de la Nación, a partir del DNU 260/2020 y el interés nacional que lo motivó. Ello, sin perjuicio de evitar los planteos de competencia en los casos en que ya se encuentre interviniendo la justicia provincial, los que solo harían prevalecer los medios

–las formas– sobre los fines –la sustancia– en contraposición al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que estos se enderezan, que es el de contribuir a la más efectiva realización del derecho (Fallos: 324:911 y sus citas).⁶ (Subrayado propio)

Con idéntico Norte, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió en una causa por violación de las medidas impuestas para prevenir la propagación del virus:

En este contexto de excepción, las medidas dictadas por la autoridad provincial, contrariamente a lo sostenido en las instancias anteriores (ver reseña del punto II del presente voto), comprometen intereses de carácter federal, en tanto responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria dispuesta durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, inc. 3° y 128 de la C.N.). En consecuencia, la declaración de incompetencia del fuero federal traída a estudio de esta Cámara no resulta suficientemente fundada. Finalmente, debe también tenerse en consideración *la naturaleza federal del delito previsto y reprimido en el art. 205 del Código Penal de la Nación* que fuera invocado por el presentante (cfr. comunicado de la Procuración General de la Nación de fecha 19 de marzo de 2020 en portal

6. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/comunicado-de-la-procuracion-general-de-la-nacion-a-partir-de-la-intervencion-que-le-competee-al-ministerio-publico-fiscal-por-las-infracciones-al-articulo-205-del-codigo-penal-en-funcion-del-dnu-2602/>

web “www.fiscales.gob.ar” y Resolución PGN N° 25/20 del 22 de marzo de 2020)⁷. (Subrayado propio)

Posteriormente, el procurador general de la nación se expidió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, oportunidad en la que señaló:

Al momento de dictarse el decreto 297/20, esta Procuración General de la Nación entendió que los agentes fiscales pertenecientes a este Ministerio Público debían intervenir en los casos que llegaran a su conocimiento por infracción al artículo 205 del Código Penal relacionados con las normas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, en un contexto de emergencia sanitaria declarada por el brote del nuevo coronavirus, regida entonces únicamente por esa misma norma de estricto carácter nacional y con ese mismo alcance. Sin embargo y tal como entonces expresamente se consignó [...] la observancia de tal criterio no importaba cuestionar la continuación en el fuero local de las causas ya iniciadas ante los jueces de provincia, a los efectos de evitar dilaciones innecesarias, de acuerdo con la doctrina de V. E según la cual, la determinación del juez competente debe hacerse atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia (Fallos: 311:2055, 317:915, 323:174, 327:93 y 329:1921, entre muchos otros).⁸

7. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa N° 12911/2020/1/CFC1, reg. 232/2021, Dr. Mariano Hernán Borinsky de forma unipersonal.

8. Procuración General de la Nación, causa CSJ 1237/2020/CS1 caratulada “Paoli, Gastón Alejandro s/ violación medidas propagación epidemia (art. 205)”, del 30 de noviembre de 2020, Eduardo Casal.

Los antecedentes fueron plasmados cronológicamente: los dos primeros exhortan la naturaleza federal del artículo 205 del Código Penal y el restante, en primer término, vuelve a remarcar lo puntualizado en la Resolución 25/20, aludiendo que las causas que se encontraban tramitando ante los jueces provinciales debían permanecer allí atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia, debido a la situación de excepción atravesada, y que lo resuelto oportunamente no invitaba a declinar la competencia en el fuero federal, sino a que continúe la sede que intervino. El dictamen indicaba que, además, con el devenir de la pandemia, cada provincia dictó su propia reglamentación, ya que la salud pública es un poder concurrente y puede intervenir la justicia local. Este último temperamento generó interpretaciones contrariadas en la administración de justicia, pero esta vez inclinándose hacia la competencia del fuero provincial, bajo el fundamento de la autonomía provincial.

No puede soslayarse que, en definitiva, el procurador no se explayó sobre el fondo de la competencia del artículo 205 del Código Penal en medio de una pandemia, sino que remarcó que debía continuar con la pesquisa el juzgado interviniente por razones de economía procesal y la necesidad de asegurar la buena marcha de la administración de justicia, con lo cual la fundamentación concreta sobre la materia todavía no ha sido zanjada; se priorizó el avance de la función judicial, desalentando los planteos de competencia y centrándose en la prosecución de las causas.

Es sumamente importante recordar que las reglas de competencia arrojan claridad y orden institucional, pero también es cierto que

tales distribuciones son fundamentadas sobre los cimientos que invocó el procurador y remarcamos en el párrafo anterior. Estos principios no deben interpretarse a la inversa, y ante conflictos novedosos o excepcionales siempre debe prevalecer la buena marcha de la función judicial; en segundo plano, a su debido tiempo, se debe dirimir fehacientemente el fuero pertinente, evitando así un colapso de contiendas de competencia.

Complementación del artículo 205 del Código Penal

Sabido es que el artículo 205 del Código Penal tiene la particularidad de ser un tipo penal en blanco, por lo tanto, necesita completarse o detallarse con disposiciones emanadas por autoridad competente para conocer en qué casos será atribuible el delito a una persona determinada; siendo este el punto de inflexión en numerosos planteos de competencia, toda vez que la normativa que en definitiva reglamenta cuándo existirá infracción al delito de dicho artículo, a esta altura de la epidemia, será complementada por decretos o leyes provinciales, por lo que existen quienes interpretan que por ese motivo debe intervenir la Justicia local.

De igual modo corresponde aclarar que, al dictarse el DNU 297/2020, se hizo de forma centralista por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y a partir de dicha reglamentación nacional no hubo dudas acerca de la naturaleza federal de la materia. Con el tiempo, las provincias, en función de lo encomendado por el mandato presidencial, dictaron sus decretos o leyes de emergencia donde se plasmaba la reglamentación impuesta en ese territorio –horario permitido para

circular, permiso, retenes policiales, actividades habilitadas, entre otros-. A partir de ello, comenzaron los planteos de incompetencia hacia los juzgados provinciales.

Sobre ello, conviene recordar que el DNU 297/2020 no reviste mayor origen federal que los decretos provinciales decretados en idéntica tónica; por el contrario, la participación tardía pero igualmente idónea, pertinente y razonable refuerza el estado federal argentino y maximiza las posibilidades de éxito para afrontar la situación de emergencia, ya que los poderes provinciales tienen a su cargo el manejo de distintas atribuciones públicas y conocen en profundidad sus escenarios de contagio y los puntos de mayor propagación, situación que merece ejercitar relaciones interjurisdiccionales entre los diversos gobiernos que integra el Estado federal, no como una interpretación de autonomía de poder y competencia, sino como unidad republicana federal, cuyas independencias coadyuvan íntegra y mancomunadamente a la superación de la epidemia, de claro interés federal.

Es importante destacar que, por este rol provincial de confeccionar una ley o decreto para paliar el virus, tampoco importaría asumir la competencia material; tal razonamiento sería un error institucional. En esta emergencia sanitaria dicha competencia corresponde de manera concurrente a los cuatro órdenes gubernamentales: federal, provincial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. En una primera instancia no se efectuó una participación conjunta y coordinada, sino presidencialista, pero posteriormente la federación como sistema de Estado y gobierno desplegó sus funciones integrales.

Este punto es importante desentrañarlo, ya que la salud es una materia concurrente, como también lo es el poder de policía, con lo cual, para optimizar las restricciones, era indispensable contar con la plena voluntad de las provincias. En caso contrario, distintos órdenes provinciales y municipales, como pueden ser las fuerzas preventoras, habrían permanecido inactivos, porque responden de forma directa a esos poderes.

Este actuar coordinado, sistematizado y recíproco despliega lo que se denomina “federalismo de coordinación”, que no sería necesario en caso de no exceder la capacidad provincial.

Así lo entendió Hernández (2020), al señalar:

Deteniéndome en la importancia de un federalismo de coordinación, indicamos que en algunos decretos de necesidad y urgencia como el 355/2020, en el artículo 3° se hace adecuada referencia a la coordinación con variados órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas. (p. 162)

El Gobierno federal impulsa su integración nacional a través de los senadores provinciales, pero la actual situación impuso que el Congreso en un primer momento se mantuviera cerrado y, luego, en funciones pero de forma remota. Con lo cual el camino para coordinar y participar a las provincias representaba fundamentalmente mantener la federación nacional, con base en que los debates pendientes en el parlamento son necesarios e importantes pero sin lugar a dudas cada provincia se encuentra en mejores condiciones de reglamentar las disposiciones pertinentes para salvaguardar la salud de sus habitantes, que es su interés

primero; sobre tal cimentación, el debate deviene secundario en el Congreso nacional, ya que los gobernadores como agentes del Gobierno federal actuaron en consecuencia. Esto último, es importante subrayarlo, se traduce en que las disposiciones locales no tienen efecto únicamente local y cada medida sanitaria incide en toda la nación (los resultados están a la vista), por lo que estas medidas deben interpretarse como actos delegados para combatir el virus de forma mancomunada en todo el país, que además es como se expresa en los DNU.

Para un mejor entendimiento, el artículo 10 del DNU 297/2020 señala:

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, 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.

En caso de interpretarse la competencia provincial por regirse un reglamento provincial, la misma imputación (artículo 205 del Código Penal) tendrá procedimientos diferentes, toda vez que cada provincia tiene su Código Procesal local. Siendo así, y advirtiendo un contexto de emergencia nacional, entiendo que la federalización de la conducta tendrá este plus valorativo, unificando el código en toda la República Argentina bajo la implementación del Código Procesal Penal de la Nación, con excepción de las provincias de Salta y Jujuy, donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063).

Tratados internacionales

Los tratados internacionales forman parte del derecho del Estado de la República Argentina, en virtud de constituir materia delegada en forma expresa por las provincias a la nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Carta Magna, con posterioridad a la reforma de 1994, que constituye materia federal emergiendo la responsabilidad internacional y, a su vez, la naturaleza misma de un tratado internacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que es materia federal el contexto íntegro de los convenios internacionales cualquiera sea su carácter, al decir que la naturaleza federal también alcanza a su contenido, siendo irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquellas poseen en virtud de su fuente internacional.⁹

En idéntica dirección, Silvia Palacio de Caeiro (2012) sostiene que:

la Cámara de Casación explicó que seguía la doctrina de la CSJN in re “Méndez Valles, Fernando c.A. M Pescio SCA”, en la que sostuvo que el tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto complejo, pues el Poder Ejecutivo nacional lo concluye y firma (art. 99, inc. 11 CN), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, CN) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica el tratado aprobado por la ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. (p. 930)

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 150:84, causa “Méndez Valles”, consid. 10.

Sumado a ello, en la Asamblea Mundial de la Salud del 31 de mayo de 2021, los 194 miembros de la OMS adoptaron la decisión de debatir un nuevo tratado internacional relativo a pandemias en una sesión extraordinaria que se celebrará en noviembre de 2021. Para fundamentar la concreción del nuevo tratado, se argumentó que ni los Gobiernos individuales ni la comunidad mundial pueden evitar por completo las pandemias, y que es necesario que la comunidad internacional esté mejor preparada para reaccionar ante posibles futuras pandemias y coordinar las fases de detección, alarma y respuesta.

En consonancia con ello, el artículo 75 de la Constitución Nacional indica que los tratados internacionales que no se encuentran forjados en ese articulado requerirán la intervención del Congreso para gozar de jerarquía constitucional. Con lo cual, siendo la República Argentina miembro de la OMS, podrá aprobar el instrumento internacional en cuestión y otorgarle esa raigambre.

Tesoro nacional

La Ley 23.548 de Coparticipación federal de impuestos crea por el inciso d del artículo 3 el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, conocido tradicionalmente como ATN. Conforme lo establece el artículo 5, el fondo se destinará a atender situaciones de emergencia, y a lo largo de esta pandemia se han efectuado aportes importantes desde el Tesoro nacional hacia las provincias, impulsando como nunca antes el federalismo de Estado en una emergencia que amerita protección y manutención.

Con basamento en lo expuesto, entiendo desacertado realizar el examen de competencia de una causa diferenciando si proviene de un decreto presidencial o provincial, toda vez que no se imputan las reglamentaciones complementarias; por el contrario, se endilga el artículo 205 del Código Penal, que en este contexto incita el interés federal que he intentado resaltar a lo largo de todo el artículo y que resulta ser los cimientos estructurales de la discusión, cuya magnitud todavía no puede cuantificarse.

Sobre el interés federal, con acierto la Dra. Palacio de Caeiro (2012) afirma:

La regla atributiva de la competencia federal es siempre la afectación de los intereses del Estado nacional y es en esta idea donde radica toda la síntesis del fuero de excepción en lo penal *ratione materiae*. De allí que la normativa del CPPN debe relacionarse necesariamente con las cláusulas del Código Penal y la legislación federal sustantiva. (p. 1020)

En síntesis, la situación es federal y mundial, pero el tipo penal que contamos en nuestro ordenamiento taxativamente no tiene naturaleza federal directa, y por ello hay quienes sostienen que les corresponde intervenir a las jurisdicciones locales, temperamento que no comparto.

Conclusiones

He tratado de plasmar mi convicción, incluso conociendo los numerosos planteos de competencia que existen contrariando mi

postura que sin dudas hallan fundamentos más ágilmente para su respaldo. Sin perjuicio de ello, mi reflexión me llevó a encuadrar el tipo penal atendiendo la situación concreta que se atraviesa. De todos modos, tanto la doctrina como los máximos intérpretes del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal drenarán los caminos para corroborar más eficazmente la competencia de este articulado mientras atravesamos la pandemia, pero generar el debate y la discusión con diferentes puntos de vista sin lugar a dudas siempre enriquece la aplicación del derecho, siendo subsidiario a quién le asiste razón.

Bibliografía

- ANSELMINO, V. (2011).** “La Ley 26.052 y la competencia en materia de estupefacientes”. Disponible en: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios14/pdfs/aportes_producciones/Valeria_Anselmino_Estupefacientes.pdf
- BERRUZZO, R. (2020).** *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lerner.
- CLARÍA OLMEDO, J. A. (1943).** *Competencia Penal en la República Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- **(2014).** *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- DARAY, R. (2020).** *Código Procesal Penal Federal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- GELLI, M. A. (2018).** *Constitución de la Nación Argentina*, 5ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- HERBEL, G. A. (2017).** *Investigación Penal Preparatoria*. Buenos Aires: Hammurabi.
- HERNÁNDEZ, A. M. (2020).** *Emergencias, Orden Constitucional y Covid-19*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PALACIO DE CAEIRO, S. B. (2012).** *Competencia Federal*. Buenos Aires: La Ley.
- QUIROGA LAVIÉ, H. (2009).** *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- RIGHI, E. (2018).** *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. Buenos Aires: Alberto Perrot.
- ZAFFARONI, E. R. (2020).** *Lineamientos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.