

El proyecto de reforma del Código Contravencional de la Provincia de Mendoza, convertido en ley en el día de la fecha, encierra múltiples deficiencias que van desde la posibilidad de ser declarado inconstitucional hasta la extrema dificultad en su aplicación práctica, pasando en las zonas intermedias por evidentes defectos en la técnica legislativa.

De una correcta lectura e interpretación de los artículos 31, 75 inciso 12, 126 de la Constitución Nacional, resulta a las claras que existe un evidente orden de prelación de normas y repartos de competencias para su dictado que no son respetados por la reforma del Código Contravencional de la Provincia mediante el proyecto autoría del poder ejecutivo provincial.

En términos claros, la legislación en materia penal de fondo (el determinar que conductas son consideradas delictivas) es facultad exclusiva del Congreso de la Nación, que la provincia no puede de modo alguno atribuirse so pretexto de ser una falta meramente contravencional o de tratarse de violaciones a las instrucciones sanitarias provinciales y no nacionales

El Congreso de la Nación ya ha hecho uso de esa facultad introduciendo en el Código Penal la figura del artículo 205 (*"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por la autoridad competente, para impedir la introducción o propagación de una epidemia"*) mediante lo que en derecho penal se conoce como norma o tipo penal en blanco por remitir la precisa determinación de las conductas que han de considerarse delictivas a lo que establezca la autoridad competente (v.gr. la administración pública, el Poder Ejecutivo Nacional).

El del artículo 205 C.P. es un mecanismo que permite flexibilidad y alta velocidad de adaptación a las necesidades preventivas en un contexto como el presente de pandemia, pero que para ser respetuoso del principio de legalidad en un Estado de Derecho debe reunir ciertos requisitos: contener el núcleo de la prohibición y que la remisión a otra autoridad sea expresa, requisitos que de la simple lectura puede advertirse que cumple sobradamente.

Ahora bien *¿Cómo compatibiliza entonces el nuevo artículo 119 bis del Código Contravencional con una norma de carácter superior y de correcta técnica legislativa?* Simplemente no lo hace. La norma nacional es tan amplia que cualquier conducta que pueda considerarse transgresora del Código Contravencional difícilmente no lo sea también del Código Penal, de modo que el conflicto de normas debe solucionarse necesariamente en favor de la aplicación de la norma superior. Y es que incluso el mismo Código Contravencional tiene previsto que en caso de plantearse dicho conflicto *“el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional. No hay concurso ideal entre delito y contravención”*(Art. 146).

Reconocer lo contrario admitiendo llanamente la aplicación del Código Contravencional en los términos en que ha sido publicado implica también admitir que el Poder Ejecutivo Provincial está avanzando, con más fuerza que razón y técnica legislativa, sobre facultades que no le competen.

Podría argumentarse en contrario diciendo que el Código Contravencional por ser Derecho Administrativo Sancionador prevé la sanción de conductas de menor gravedad que el Derecho Penal, lo cual en la técnica jurídica es cierto. No obstante el argumento peca por defecto en tanto al encontrarse comprometida la salud pública cualquier conducta que viole las disposiciones de la autoridad sanitaria reviste gravedad suficiente como para que su determinación quede reservada al Congreso Nacional y la Administración Pública Nacional.

Sentados brevemente los fundamentos en que se basa la crítica a la norma es dable pasar a analizar el texto y los aspectos prácticos de la norma que expresa: *“Art. 119 bis.- Incumplimiento de normativa de emergencia en materia sanitaria. El que organizare y/o alojare REUNIONES que impliquen incumplimiento de las normas que regulan estas actividades y las instrucciones de las autoridades sanitarias provinciales, dictadas durante la Emergencia Pública ratificada por Ley N° 9220, será sancionado con arresto desde QUINCE (15) DIAS hasta TREINTA (30) DÍAS o trabajo comunitario*

desde SESENTA (60) DÍAS hasta OCHENTA (80) DÍAS. En caso de reincidencia la sanción se elevará al DOBLE DE SU MÍNIMO Y MÁXIMO”

El primero de los verbos previstos – “*organizare*”- implica adelantar las barreras de la sanción a una actividad que se encuentra alejada por mucho de la efectiva infracción o puesta en peligro de la norma, de modo que no sólo se hace inaplicable por la extrema dificultad probatoria sino que conllevaría un desmesurado e injustificado avance sobre la intimidad (para lo cual el proceso contravencional no tiene mecanismos). Sirva a modo de ejemplo: la tipificación de la norma alcanzaría el intercambio de mensajes por cualquier plataforma virtual con la ulterior finalidad de realizar una reunión independientemente de que la misma posteriormente se haga o no. Las posibilidades de acreditar dicha conducta son limitadas *máxime* cuando el proceso contravencional no permite al juez de faltas ordenar allanamientos de domicilios o aperturas y registros de celulares o computadoras. La mera actividad de organización no satisface el mínimo de lesividad que justifique la norma.

La segunda de las conductas típicas – “*alojare*”- además de la crítica ya formulada de ser una conducta alcanzada por el Código Penal, tropieza también con la ineludible dificultad probatoria. Demostrar la actividad pasará, o bien por la voluntad de los moradores de admitir el ingreso de la autoridad, o por un allanamiento del domicilio para lo cual se requerirá autorización de un Juez de Garantías en el marco de un proceso penal desplazando nuevamente el sistema contravencional.

Acto seguido pasa la norma a lo que constituye el presupuesto de aplicación el “*incumplimiento de las normas que regulan las actividades y las instrucciones de las autoridades sanitarias provinciales, dictadas durante la Emergencia Pública ratificada por Ley N° 9220*”. Además de todas las críticas hasta aquí formuladas, radica en este presupuesto un grave obstáculo en relación al efectivo conocimiento de las prohibiciones que comprende la

norma por parte de los destinatarios. Ello en tanto la ley 9220 remite a su vez a la declaración de emergencia formulada por los decretos N° 359 y N°401.

Estos instrumentos extienden la emergencia por el plazo de un año a partir del día 12 de marzo del 2020, sin determinar de forma precisa el núcleo de la prohibición en tanto sólo hace referencia de modo genérico a *reuniones* dejando a una posterior determinación del ejecutivo provincial no sólo que se entiende por reunión sino también que actividades comprenden y sus reglamentaciones. En otros términos ni siquiera la legislatura provincial se ha **abocado** a determinar la esencia de la prohibición que no se encuentra tampoco delimitada –como hace la norma del 205 del Código Penal- por una finalidad determinada como es evitar la propagación de la pandemia.

Entendemos que la norma promulgada no contiene una correcta valoración de política criminal si lo que se pretende con la misma es motivar a la ciudadanía para que no realice reuniones en condiciones sanitarias propicias para la propagación del virus o que impidan determinar nexos en caso de contagios. Quien se vea involucrado en un proceso de este tipo podrá válidamente argüir cuestiones de orden constitucional que paralizarían el proceso e incluso hacer uso de su derecho a guardar silencio con el claro efecto contraproducente que ello tendría para la determinación de nexos epidemiológicos.

Puede afirmarse que la amplitud e imprecisión de la norma permite márgenes de discrecionalidad rayanos a la arbitrariedad por medio de la cual queda en manos exclusivas del ejecutivo sin mayores controles, la determinación de qué tipo de reuniones están permitidas y sus condiciones.

XUMEK – Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos | Av. España 399 – Esq. Santa Cruz – Ciudad de Mendoza | contacto@xumek.org.ar | Tel: (261) 4582192