

EL ROL DEL DERECHO PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ART. 205 DEL CODIGO PENAL EN TIEMPOS DE COVID-19

Autor: Dr. Raúl Alejandro Roust

INTRODUCCIÓN: a) ¿Qué es el COVID-19?, b) Medidas Preventivas II) EL ROL DEL DERECHO PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ART. 205, III) LIMITACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD A FIN DE VELAR POR LA SEGURIDAD PÚBLICA y IV) CONCLUSIÓN

I) INTRODUCCIÓN

A los fines de abordar el tema que ocupa, es necesario mencionar en primer lugar, que con fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), declaró el brote de coronavirus “COVID-19” como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas a nivel global llegara a 118.554, y el número de personas muertas a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países. Ahora bien, previo a todo análisis, cabe preguntarnos:

a) ¿Qué es el COVID-19?

Pues resultaría imposible hacer un correcto análisis jurídico en relación a las implicancias, consecuencias y efectos legales -desde el punto de vista penal- que aparejan las medidas que se tomaron en el país para frenar el avance del virus sobre la población, sin primero, detenernos a explicar -brevemente-, de qué trata este nuevo coronavirus según los estudios que especialistas en la materia, han realizado a la fecha.

Este virus, que en poco tiempo devino en pandemia, se ha convertido en el enemigo invisible frente al cual el mundo entero se encuentra luchando de forma conjunta, en una suerte de guerra.

Ello, toda vez que, con respecto a su evolución, el COVID-19 no discrimina a sus víctimas, por raza, edad, religión, sexualidad, clase social y/o régimen político - económico, o país de origen: va más allá de cualquier frontera.

En primer lugar, es dable destacar que aún, seguimos sin encontrarnos en condiciones de decir a ciencia cierta qué es el COVID-19, ni mucho menos cuáles son sus reales consecuencias en la salud de la población mundial y, por ende, cuáles serán los efectos del desarrollo de este frente a los distintos tipos de prevención que se están aplicando en el mundo.

Dicho eso, mediante los estudios que abordó el Ministerio de Salud de la República Argentina, y que se encuentran en constante actualización, plasmaremos a través de los siguientes gráficos las principales características de este virus¹:

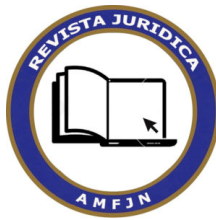


Los coronavirus, son una familia de virus que pueden causar enfermedades en animales y en humanos. En los seres humanos pueden causar infecciones respiratorias que van desde un resfriado común hasta las enfermedades más graves, como el síndrome respiratorio de Medio Oriente (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-SARS). Actualmente nos encontramos ante una pandemia (epidemia que se propaga a escala mundial) por un nuevo coronavirus, SARS-CoV-2, que fue descubierto recientemente y causa la enfermedad por coronavirus Covid-19.



Los síntomas son similares a los de una gripe, como fiebre, cansancio y tos seca. Algunas personas pueden presentar dolores musculares, congestión nasal, dolor de garganta o diarrea.

¹ Información oficial que ha suministrado el gobierno Argentino: <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19>.



La mayoría de las personas (alrededor del 80%) se recupera de la enfermedad en unos 7 días sin necesidad de realizar ningún tratamiento especial. Alrededor de 1 cada 6 personas que desarrollan Covid-19 puede evolucionar a una enfermedad grave y tener dificultad para respirar, que puede requerir internación. Las personas mayores y las que padecen afecciones médicas subyacentes, como enfermedades cardiovasculares o enfermedades respiratorias o tienen las defensas debilitadas, presentan más riesgo de desarrollar una enfermedad grave.

SU RECUPERACIÓN

FORMAS DE TRANSMISIÓN

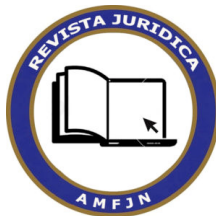
La duración de la enfermedad varía de persona a persona. Los síntomas leves en un individuo sano pueden desaparecer solos en unos pocos días, generalmente alrededor de una semana. Similar a la gripe, la recuperación de una persona con otros problemas de salud en curso, como una afección respiratoria, puede llevar semanas y, en casos graves, complicarse o ser potencialmente fatal.

Se transmite de una persona a otra a través de las gotas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando la persona infectada tose, estornuda o habla, por contacto con manos, superficies u objetos contaminados.

El lavado de manos, cubrirse con un pañuelo descartable o con el pliegue del codo al toser o estornudar, una buena limpieza del hogar, ventilación del ambiente son acciones importantes para prevenir la infección.

SU PREVENCIÓN

Todavía no existe una vacuna contra el coronavirus Covid-19, por eso es tan importante la prevención a través del distanciamiento social: evitar reuniones, eventos y salir de casa en general, exceto para actividades absolutamente esenciales.



b) Medidas Preventivas

Ahora bien, ahondando con mayor profundidad, analizaremos las medidas de prevención que llevó adelante el gobierno de la República Argentina de forma progresiva, a los fines de mitigar la propagación y el eventual impacto en el sistema sanitario del país, con basamento en la evidencia científica respecto del coronavirus “COVID-19” y lo que la evolución del mismo exigía: medidas rápidas, eficaces y urgentes.

En primer lugar, se ha hecho particular hincapié en que las medidas descriptas *ut supra* siguen siendo fundamentales para la prevención de la transmisión del virus. No obstante, el gobierno tuvo que tomar medidas que a nivel “macro” eviten que se propague el mismo.

Ante la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para dictar las leyes necesarias para ello, el Poder Ejecutivo en fecha 12 de marzo de 2020 dispuso mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, ampliar la emergencia sanitaria que fuera declarada por el Honorable Congreso de la Nación en el marco de la Ley 27.541, el 21 de diciembre de 2019.

De esta forma, se impuso que se cumplimente con el aislamiento obligatorio por el término de 14 días en los siguientes casos²:

- Quienes revisten condición de “casos sospechosos” por cuanto presentan fiebre o uno o más de los síntomas propios de esta enfermedad (detallados en el cuadro que precede) y que en los últimos días tengo un historial de viaje a alguna de las “zonas afectadas” (las que serán actualizadas diariamente según la evolución epidemiológica) o bien haya tomado contacto con casos confirmados o probables de COVID-19;
- Quienes tengan confirmación médica acerca de haber contraído COVID-19;
- Quienes hayan tenido “contacto estrecho” con las personas mencionadas en los dos ítems que anteceden;
- Quienes hayan arribado al país habiendo transitado por “zonas afectadas”, que deberán además brindar información acerca de su itinerario, declarar su domicilio en el

² Art. 7 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación.



país, someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el posible riesgo de contagio y las acciones preventivas propias, que deberán cumplirse sin excepción; y

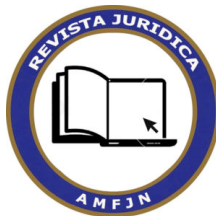
- Quienes hubieran arribado al país en los últimos 14 días habiendo transitado por “zonas afectadas”. Sobre este punto, incluso, no podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

Al respecto, vale aclarar que pese a las dudas suscitadas respecto de los convivientes de los sujetos enmarcados en los supuestos incluidos en el art. 7 del DNU N° 260/2020, estos no estaban incluidos dentro de los obligados a cumplir con la cuarentena hasta tanto el caso sospechoso no se confirme³. Lógicamente, tal obligación entraría en vigencia para estos casos, ante el supuesto de que tal contacto estrecho con el caso sospechoso se confirme, ya que automáticamente quedarían incluidos dentro del supuesto establecido en inciso c) del art. 7 del DNU de mención.

Pues plasmemos ese supuesto de forma clara y más detallada, de modo de lograr arrojar luz respecto del tratamiento legal para los convivientes de las personas toda vez que estos casos han sido protagonistas de diversas dudas y confusiones:

Una persona que encuadra en el inciso a) del art. 7 del Decreto 260/2020 dictado por el PEN, recientemente regresada de un país que haya sido consignado como “zona afectada” por el Ministerio de Salud (que a la fecha cabe mencionar que son China, Corea de Sur, Japón, Irán, Europa, Estados Unidos, Chile y Brasil), al arribar a Argentina, debe cumplir con la suscripción de una Declaración Jurada que brinda el gobierno a través de la Dirección Nacional de Migraciones, en la que manifiesta en qué domicilio hará cumplimiento de la medida de aislamiento obligatorio que prevé el Decreto recién mentado. Para mayor abundamiento, en fecha 24 de marzo de 2020, se publicó en el Boletín Oficial la Decisión Administrativa 432/2020, en la que el gobierno estableció en su primer art. lo siguiente: *“Implementase, para toda persona que hubiera ingresado al país en los últimos CATORCE (14) días, y para quienes lo hagan en el*

³ Anexo I de la Resolución N° 627/2020 del Ministerio de Salud de la Nación publicada en fecha 20 de marzo de 2020.



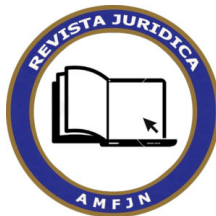
futuro, la utilización de la aplicación denominada COVID 19-Ministerio de Salud en su versión para dispositivos móviles, que podrá descargarse en forma gratuita de las tiendas de aplicaciones oficiales de Android e iOS, o en su versión web, accesible a través de <https://argentina.gob.ar/coronavirus/app>". Ello, facultando a la Dirección Nacional de Migraciones a ejecutarlo, y estableciendo que la misma debe estar activa por el término de 14 días corridos desde su activación, a fin de que la mencionada dependencia, recabe datos que surjan de la misma, y de ese modo garantizar el cumplimiento de la medida en cuestión.

Volviendo al asunto que nos compete, una vez que la persona llega a ese domicilio, debe permanecer absolutamente aislada conforme lo establecen los art.s recientemente mencionados. Ahora bien, no podemos ignorar, el hecho de que posiblemente esa persona, al regresar a su residencia, permanezca en contacto con su grupo familiar.

En ese sentido, y conforme el análisis literal del decreto en trato, esos convivientes no tienen obligación alguna de guardar aislamiento total junto a su familiar recientemente regresado del exterior (más allá de que actualmente el aislamiento es en los términos del Decreto 297/2020 dictada por fecha posterior, y demás instrumentos que lo prorrogan y reglamentan, tal como se desarrolla a continuación).

Ello, siempre y cuando, ese familiar no se convierta en un caso sospechoso, que, si bien la definición es dinámica y varía según la situación epidemiológica, al momento está definido por el Ministerio de Salud de la Nación como:

- ✓ Toda persona que presente fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, odinofagia, dificultad respiratoria), sin otra etiología que explique completamente la presentación clínica, y en los últimos 14 días haya estado en contacto con cosas confirmados de COVID-19.
- ✓ Toda persona que presente fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, odinofagia, dificultad respiratoria), sin otra etiología que explique completamente la presentación clínica, y tenga un historial de viaje fuera del país.
- ✓ Toda persona que presente fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, odinofagia, dificultad respiratoria), sin otra etiología que explique completamente la presentación clínica, y tenga un historial de viaje o residencia en zonas de transmisión local (ya sea comunitaria o por conglomerados) de COVID-19 en Argentina.



- ✓ Todo paciente con diagnóstico clínico y radiológico de neumonía sin otra etología que explique el cuadro clínico.
- ✓ Todo personal de salud que presente fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, odinofagia, dificultad respiratoria).

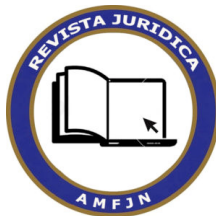
Entonces, recién en ese momento en el que el conviviente de la persona regresada de un país considerado “zona afectada” encuadre dentro de uno de las definiciones de “caso sospechoso”, deberá recibir el tratamiento de las previsiones del inciso c) del art. 7 del Decreto 260/2020 del PEN.

No obstante, ante el creciente avance de la pandemia sin que exista un tratamiento antiviral efectivo ni vacunas preventivas, y el progreso del agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, las autoridades advirtieron una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes. Frente a ello, a fin de mitigar la propagación y su impacto en el sistema sanitario de la Nación, el 20 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020.

Este nuevo decreto en su primer artículo establece: *“A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.”* Ello, en consideración de que la mentada medida hasta el momento ocupa un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19.

En ese sentido, cabe relevar algunos artículos del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 que resultan de interés al presente análisis:

- La letra del art. 2, establece que, más allá del deber de las personas de abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, sin desplazarse por rutas, vías y espacios públicos a fin de evitar la circulación y el contagio del virus, las mismas podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos. Sin perjuicio de ello, como se mencionará *ut infra*, el art. 6 y demás decisiones administrativas, admiten otras excepciones.



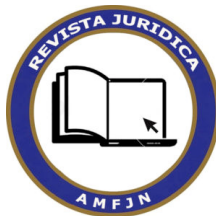
- El art. 3 dispuso la coordinación de controles a cargo del Ministerio de Seguridad a fin de fiscalizar y garantizar de forma permanente el estricto cumplimiento de la medida ordenada.
- En el art. 4 de la normativa, se dispuso que ante las infracciones que se constaten se dará actuación a la autoridad competente en el marco de los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal, tema que se profundizará en el siguiente capítulo II).
- En el texto del art. 6 se detallaron las excepciones previstas para el cumplimiento de la medida dictada que, si bien inicialmente constó de 27 incisos, la lista se actualiza constantemente en función de las necesidades y del avance de las circunstancias. En ese orden, las Decisiones Administrativas 429/2020, 450/2020 dictadas por el Jefe de Gabinete de Ministros, incorporaron al listado otras actividades y servicios considerados esenciales en la emergencia, que también quedaron exceptuados del cumplimiento del “aislamiento, social preventivo y obligatorio”, y del mismo modo, la lista continuará ampliándose conforme las necesidades esenciales que surjan de la población.

Incluso el Ministerio del Interior de la Nación ha dispuesto la obligatoriedad de que los exceptuados previstos en este artículo y demás resoluciones circulen con un certificado único habilitante para circulación COVID-19 que debe solicitarse de forma 100% online y gratuita).⁴

Así las cosas, el 31 de marzo de 2020 el Decreto 325/2020 prorrogó la vigencia del DNU N° 297/2020 hasta el 12 de abril de 2020 inclusive, y en igual concordancia, el 11 de abril de 2020 mediante el Decreto 355/2020 se estableció una nueva prórroga hasta el 26 de abril de 2020, que por supuesto, podría volver a prorrogarse si las autoridades lo vuelven a considerar oportuno y necesario.

II) EL ROL DEL DERECHO PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 205

⁴ Información suministrada por <https://www.argentina.gob.ar/solicitar-certificado-unico-habilitante-para-circulacion-emergencia-covid-19>.



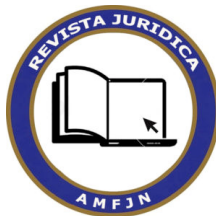
Ahora bien, en lo que nos atañe a los fines de la presente exposición, corresponde mencionar que tanto el Decreto 260/20 como el 297/20, hicieron remisión a las consecuencias penales que podría conllevar la violación del aislamiento dispuesto, ya que, según la literalidad de aquellos, tal infracción podría encontrar adecuación típica en los delitos previstos y reprimidos en los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal. Nótese, que lo que comenzó como una conducta meramente cívica o un aislamiento voluntario a fin de resguardar la salud individual como así también la de otros, luego de la publicación de los Decretos previamente mencionados, se ha convertido en una exigencia estatal, que por ende impulsan a la justicia, para que de manera coordinada se pueda hacer frente a una situación alarmante.

De lo hasta aquí expuesto, conviene previo a continuar con el desarrollo del presente, analizar y delimitar de algún modo, cuál sería la acción típica que comete aquel que incumple con las obligaciones impuestas por los Decretos de Necesidad Urgencia N° 260/2020 y 297/2020, ya que como hemos señalado previamente, los mismos han remitido a los arts. 205 y 239 del Código Penal de la Nación.

En primer lugar, puede afirmarse que todo aquél que incumpla con las obligaciones puestas en análisis, en principio, encuentra su encuadre típico en la figura prevista en el art. 205 del Código penal, que consiste en: *“...el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”*.

A su vez, sin perjuicio de la remisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia mencionados al art. 239 del Código Penal de la Nación, como posible sanción penal contra los infractores de las obligaciones allí impuestas, lo cierto es, que para este tipo de casos no resulta adecuada. Ello así, toda vez que dicha figura típica, a diferencia de los delitos enmarcados dentro del título de delitos contra “Seguridad Pública” y en consecuencia dentro del capítulo de delitos contra la “Salud Pública” establece la pena para *“...el que 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”*.

Observemos, que la letra establece que dicha acción tiene un sujeto pasivo, (titular del bien jurídico tutelado penalmente), concreto y determinado, es decir, a una persona que sea el singular destinatario de la orden emanada por una autoridad. En el caso de



estudio, se advierte fácilmente que estamos en presencia de una disposición dirigida al público en general, o sea, indeterminado.

Ello, no quita que esta infracción pueda configurarse ante la resistencia y/o desobediencia en ciertas situaciones en que se haga caso omiso a las órdenes que emanen las fuerzas de seguridad o cualquier otra dependencia en orientación a hacer cumplir los decretos.

No obstante, entendemos que, en el presente caso, esta calificación (art. 239 C.P) resulta absorbida por el delito previsto en el art. 205 del Código Penal como consecuencia del concurso aparente –por especialidad- que existe entre ambos.

En este punto, previo a seguir con el avance de la presente exposición, parece válido aclarar que, sin perjuicio de que los Decretos de referencia nada han mencionado al respecto en relación a la conducta de aquellas personas que hayan contraído el virus COVID-19 y en ese sentido hayan realizado acciones de propagación de la enfermedad, lo cierto es que esa conducta encuadra en las figuras previstas en los arts. 202⁵ y 203⁶ del Código Penal de la Nación, ya que la propagación -dolosa o culposa- de la enfermedad allí se encuentra descripta y en consecuencia, son directamente aplicables en todos los casos en los que se lleve a cabo aquello.

Puesto a analizar sobre la cuestión principal que ocupa el presente, la aplicación de art. 205 del Código Penal de la Nación como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones de los Decretos de Necesidad y Urgencia (en materia sanitaria) 260/2020 y 297/2020, corresponde afirmar en primer lugar, que entendemos a la salud pública como la salud de todos, la de la población en general, de manera indeterminada y que va más allá de la suma de la salud individual de los habitantes.

⁵ Art. 202 C.P. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

⁶ Art. 203 C.P. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.



En este sentido, Donna, citando a Carmona Salgado, afirma: *“La salud Pública es un interés supraindividual, de titularidad colectiva, y de naturaleza colectiva”*.

Ahora bien, basándonos en esa afirmación, es preciso señalar que así lo ha entendido el poder constituyente originario, toda vez que al asentar nuestras bases legislativas se ha tuteado el derecho a la salud como un derecho de todos los seres humanos que pisen suelo argentino. En efecto, el Preámbulo de nuestra constitución, refiere: *“con el objeto de (...) promover el bienestar nacional”*. De allí, puede afirmarse que el derecho a la salud se encuentra dentro de los “derechos implícitos” que prevé el art. 33 de la Constitución Nacional Argentina.

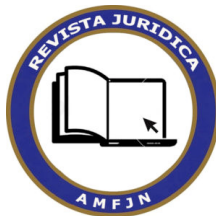
Por otra parte, este derecho se encuentra amparado en varios instrumentos internacionales que han ganado jerarquía constitucional en el art. 75 inc.12 de nuestra Constitución Nacional. En este sentido, es importante destacar, que Argentina es uno de los países signatarios de la Carta de Ottawa, un instrumento en donde específicamente se obligó a *“intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores”*.

Entonces, podemos arribar a una primera conclusión, de que la propagación de una enfermedad altamente contagiosa que podría resultar peligrosa para la comunidad en su conjunto, es una cuestión que evidentemente podría perturbar al bienestar de la nación afectando la salud pública. Ello, reviste un interés social que como se ha visto, ha promovido la rápida reacción del Estado en su conjunto, con el fin de mitigar las consecuencias obvias que este proceso de pandemia podría acarrear.

A su vez, es preciso mencionar tal y como señala Creus, *“que el bien jurídico protegido por el artículo 205 del Código Penal no ofrece aquí duda alguna: directamente se protege la salud pública, que es a la que ataca la epidemia”*⁷, pues el mismo, sanciona aquellas acciones u omisiones dolosas mediante las cuales se puedan producir la introducción o propagación de una epidemia exclusivamente, a través de la violación de las normas impuestas por la autoridad competente.

De allí, puede advertirse que estamos en presencia de una de las denominadas leyes penales en blanco, las cuales, para verificar el quebrantamiento de las normas

⁷ CREUS Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, Tomo 2, pág. 84.



impuestas, deben ser completadas con una disposición que establezca la prohibición o mandato, conforme lo demanda el principio constitucional de legalidad.

Dicho esto, corresponde aclarar que las leyes penales en blanco, son aquellas que necesitan ser complementadas por cualquier otro tipo de disposiciones normativas, generalmente emanadas del Poder Ejecutivo, que pueden revestir o no el carácter de excepcionales o transitorias, permanentes o de emergencia y que, al servir de complemento, su infracción es la que constituye delito.

En este punto, vale aclarar que la Corte Suprema de Justicia, confirió validez a este tipo de técnica legislativa y afirmó que la Constitución permite -bajo ciertos requisitos- las leyes penales en blanco; luego, el P.E.N. reglamenta la ley y llena el contenido de la infracción⁸.

Nótese, que la ley se refiere expresamente a las medidas adoptadas por las autoridades competentes facultadas para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia.

Esas disposiciones generales, pueden originarse en cualquier acto emanado por la autoridad que corresponda (ya sea por el Poder Legislativo o Ejecutivo), por lo cual se estaría configurando el tipo cuando estas sean exigibles, jurídicamente hablando, es decir cuando las mismas sean válidas encontrándose vigentes (ya sea al sancionarse o publicarse, según corresponda).

Entonces es claro que, para no resultar inoperante, el tipo penal reclama la existencia de una normativa de complemento que la integre.

Ahora sí, para mayor abundamiento procederemos a un breve análisis de la caracterización del tipo penal de conformidad con los DNU 260 y 297 del 2020:

- Sujeto activo: El delito en cuestión, puede ser cometido por cualquier persona; se trata de un delito común (*delicta comunia*). Por lo tanto, podrá revestir el carácter de sujeto activo, cualquier persona que realice la acción u omisión prevista en la normativa que complemente el tipo penal en blanco. Dicho esto, se puede afirmar que desde la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 el pasado 11 de marzo, todas aquellas personas incluidas en los supuestos enumerados en el art. 7 del mismo que no respeten el aislamiento obligatorio por el lapso de catorce (14) días,

⁸ cfr. Fallos: 323:3426.



podrían ser considerados como sujetos activos de la figura penal aquí analizada. Ahora bien, debe dejarse en claro, que a partir de la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, cualquier persona puede ser autor del delito descrito en el art. 205 del Código Penal.

○ Acción Típica: consiste en violar las medidas adoptadas por la autoridad competente tendientes a evitar la introducción o propagación de una enfermedad contagiosa; por ello, es dable entender que el comportamiento penado puede consistir tanto en una acción como en una omisión.

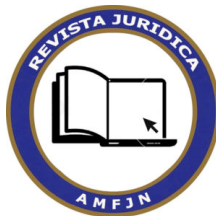
○ Tipo subjetivo: Se trata de un delito doloso, por lo que el autor debe conocer la medida y la obligatoriedad de su cumplimiento y obrar con voluntad de no acatarla. En este sentido, Fontán Balestra ha dicho: *“el dolo abarca el conocimiento de la existencia de una norma válida por la que se adoptan medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia y la voluntad de incumplirlas mediante acción u omisión”*⁹. Son aplicables para el caso, las reglas del error de tipo, respecto de lo cual cabe destacar que la exclusión del dolo deja atípica la conducta por no encontrarse contemplada la figura culposa. Creus, ha referido al respecto: *“El error acerca de la existencia del mandato, de su alcance o de la competencia de la autoridad, puede llegar a excluir la culpabilidad, pero para ello -repetimos- no basta la duda”*.¹⁰

○ Consumación: es un delito de peligro abstracto, ya que no solo que no exige resultado alguno, sino que ni siquiera se requiere que haya existido el peligro de la introducción o propagación de la epidemia, ni que ello afecte a alguna persona. En definitiva, es suficiente con que se viole (quebrante) la prohibición para que se configure el delito.

III) LIMITACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD A FIN DE VELAR POR LA SEGURIDAD PÚBLICA

⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos; “Derecho Penal Parte especial”; Buenos Aires, 2002, Ed. Abeledo Perrot; 16° edición; pág. 692.

¹⁰ CREUS, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, Tomo 2, pág. 86.



El Título VII -Delitos Contra la Seguridad Pública- del Libro II del Código Penal Argentino, agrupa una gran variedad de figuras, cuyas normas contenidas en él, no se refieren a un modo indirecto de protección por la afectación a la seguridad de cualquier otro bien jurídico tutelado, sino que adopta la idea de la seguridad como un fin en sí mismo.

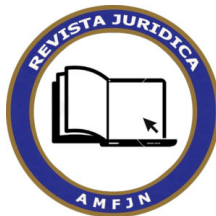
La noción de seguridad a la que se refiere este Título, se asocia con el concepto de que tanto los bienes materiales, los inmateriales (como podría ser la salud) como así también las personas, el ganado, los bosques, los campos, mercaderías, archivos, entre otros, deben encontrarse exentos de soportar situaciones que pudieran ponerlos en peligro o amenazarlos en su integridad de alguna manera. Por ello, es que la mayoría de las acciones típicas contenidas en las figuras de este Título, se refieren a aquellas conductas idóneas de generar peligro o capaces de vulnerar la preservación que la ley penal tiende a proteger, mientras que otras figuras, contemplan casos concretamente lesivos, pero en estos casos establecidos por la ley, la protección implica que su comisión pone en peligro o crea la posibilidad de peligro para ciertos bienes jurídicos distintos de los que concretamente pudieran ser lesionados.

Carlos Creus, refiere al respecto: *“Mientras que en otros títulos del Código Penal los bienes o personas cuya integridad se protege son determinados en cuanto titulares de esa protección (la vida de la víctima del homicidio, la tenencia del tenedero en el hurto, por ejemplo), esos titulares, están aquí, en principio indeterminados.*

*Pues el peligro, que generan las acciones típicas es un peligro común, es decir, un peligro en el que la posibilidad de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda una comunidad. Las características de esas acciones indican que su autor no puede limitar su eventual poder vulnerante a determinados bienes o a determinadas personas; éste puede extenderse a cualquiera de los componentes de la comunidad o colectividad”.*¹¹

Edgardo Donna, cita en su obra al tratadista Adolfo Zerboglio. Este autor - refiriéndose concretamente a los delitos contra la seguridad pública- expresa: *“que los delitos contra la incolumidad pública tienen relación con la llamada salud pública, en el sentido de salvación, luego de un peligro que ha sido potencial. De este modo, la idea de*

¹¹ CREUS Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, Tomo 2, pág. 1 y 2.



*incolumidad reclama para sí la idea de peligro. Pero como está unida a la palabra pública, significa que hay un peligro afectando la salud común, lo que implica que el peligro debe ser siempre general. Esto lleva, y la aclaración no es menor, a que se distinga el peligro que afecta alguna persona en particular de este tipo de peligro que afecta a la incolumidad de la sociedad, que incluye, por ende, la tranquilidad y la seguridad pública”.*¹²

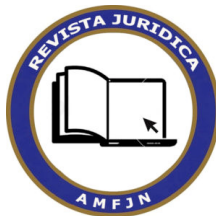
A su vez, tenemos diversos cuerpos normativos que amparan el derecho a la libertad, así como lo hace el art. 14 de la Constitución Nacional que establece que “*todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...*”.

De todos modos, y más allá de encontrarse la constitución en la cúspide de la pirámide a la hora de hablar de jerarquía constitucional, el mismo texto establece que los derechos ahí consagrados están sujeto a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública, tal como lo es este caso, en el que claramente en la ponderación de derechos, prevalece el de seguridad y salud pública frente al de libertad.

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) estipula en su art. 12 Inc. 1 el derecho a “*...circular libremente...*”, y el art. 12.3 del mismo Pacto, establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “*no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas 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*”. Y aquí, volvemos a ver como el propio texto que nos otorga un derecho consagrado con jerarquía constitucional, desde el vamos, lo limita frente a situaciones que puedan afectar a la salud pública o a la seguridad de la nación como es el caso objeto de análisis.

De la misma forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 22 inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado

¹²DONNA Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo II-C, pág. 11.



consagrados en el art. 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 públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

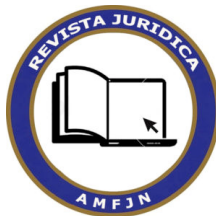
Es entonces, en virtud de ello que el campo de acción de la policía de salubridad es muy amplio, siendo su atinencia a todo lo que pueda llegar a afectar la vida y la salud de las personas, en especial la lucha contra las enfermedades de todo tipo, a cuyo efecto se imponen mayormente deberes preventivos, para impedir la aparición y difusión de las enfermedades.¹³

En fin, no podemos negar que el derecho a la libertad que ayer conocíamos y gozábamos como tal, de momento, se encuentra restringido por los decretos analizados precedentemente, en favor de la seguridad y protección de la salud de los habitantes de este territorio, inclusive acarreado consecuencias penales el incumplimiento de los mismos, en uso del derecho a la libertad que muchos siguen pretendiendo gozar, por sobre la seguridad pública, cometiendo de ese modo un delito.

IV) CONCLUSIÓN

El gran despliegue que están llevando a cabo las distintas fuerzas de seguridad tanto nacionales, provinciales y hasta municipales con el objeto de verificar y controlar el correcto cumplimiento de las obligaciones acaecidas a raíz de los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y 297/2020, han dado en forma inevitable una muy activa intervención de la justicia penal, la cual desde el comienzo de este proceso, ha dado adecuadas y prontas respuestas a cada caso, teniendo en cuenta el contexto global en el que se encuentra la República Argentina, y principalmente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Buenos Aires.

¹³ “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, en “Cuestiones de Intervención Estatal – Servicios Públicos. Poder de Policía y Fomento”, Ed. RAP, Bs. As., 2011, pág. 100.



Parece importante destacar, que la justicia penal, la cual tiene entre sus principales funciones aplicar al caso concreto normas que tienen como finalidad tutelar bienes jurídicos mediante la aplicación de consecuencias coercitivamente jurídicas, lógicamente no es la indicada para solucionar los conflictos sociales suscitados a raíz del contexto circundante en la República Argentina.

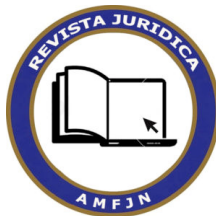
Ahora bien, lo cierto es que, como parte de la respuesta global brindada por el Estado ante la problemática, vale destacar el rol que ha venido llevando a cabo la justicia penal, el cual no ha sido otro que sembrar un espíritu disuasivo en la sociedad, intentado de esa manera lograr un mayor acatamiento de las obligaciones impuestas por el Poder Ejecutivo, en miras de proteger la salud pública.

Dicho esto, la realidad es que el verdadero resultado de la persecución penal en miras a lograr un acatamiento del aislamiento por parte de la población, podrá ser valorado objetivamente cuando se pueda hacer un análisis integral de la situación. Sin perjuicio de ello, no debe pasarse por alto, que el derecho penal no tiene por objeto el control de la sociedad ya que su función no es otra que restablecer el orden público, velando por los bienes jurídicamente protegidos una vez que fueron quebrantados.

En este contexto de prevención en el que la prioridad gira en torno a preservar la salud pública, es que la justicia penal federal en sus prerrogativas debe ocuparse de velar por la seguridad nacional, y en ese orden, intervenir en todos los casos en los que se ventile un incumplimiento de las disposiciones de los Decretos 260/2020, 297/2020 y sus prórrogas y reglamentaciones, en atención al delicado y grave asunto que tratan los mismos.

Sin perjuicio de la respuesta que se obtenga de la justicia como consecuencia del accionar de las fuerzas de seguridad en el campo, lo cierto es que existen muchos inconvenientes probatorios – más aún en cuanto al aislamiento social, preventivo y obligatorio previsto en el Decreto 297/2020 - a los fines de poder verificar si en el caso concreto se está frente a un incumplimiento de esa norma, y, por consiguiente, se puede configurar el delito previsto en el art. 205 del C.P.

Al respecto, vale decir que conforme lo establece el art. 2 de la norma mencionada, los habitantes que se encuentren incluidos en el aislamiento obligatorio solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (además de las flexibilizaciones que se fueron adhiriendo de



forma dinámica en las distintas Decisiones Administrativas dictada por el Jefe de Gabinete de Ministros conforme las necesidades que fueron surgiendo de la población). Lo cierto es que resulta altamente complejo acreditar con la gran cantidad de personas que se fiscalizan a diario, si la persona que se encuentra en tránsito se encuentra justificado, debido a que hay muchos parámetros que tomar en cuenta al momento de su identificación en el lugar de control.

Y en esa misma línea, establecer si se encuentra permitido el trayecto de esa persona hacia el lugar que ofrece servicios/productos esenciales, y verificar si más próximo a su domicilio no contaba con otro lugar de similares características. Eso, fundamentalmente porque el Decreto y las Decisiones Administrativas dictadas en consecuencia no fijan distancias, tiempos, ni cantidad de oportunidades en las que uno puede salir a abastecerse de estos elementos y/o servicios.

Desde que se han dispuesto estas medidas, si bien la mayor parte de los habitantes han mostrado voluntad en acatarlas, no podemos ignorar el hecho de que están quienes no han tomado conciencia de la magnitud de la situación que nos encontramos enfrentando como sociedad y a su vez como nación, y continúan saliendo a la vía pública quebrantando la cuarentena, en muchos casos sin justificación alguna, y menos aún, con el certificado correspondiente que los habilite a ello.

Eso, no es más que una clara demostración de la falta de conciencia y empatía y como ya se ha explicado anteriormente, configura una conducta delictual, que deviene en una causa penal en la que tiene competencia la justicia federal, y el incumplidor tendrá que responder a la misma en su nuevo carácter de imputado.

En ese orden, es dable advertir sobre este punto, que nos encontramos frente a un delito cuyo máximo de pena en expectativa es de dos años, por lo que, de verificarse el resto de las circunstancias previstas en el art. 76 bis del Código Penal, podría aplicarse la suspensión del juicio a prueba, toda vez que dicho artículo prevé que *”el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba...”*.

Asimismo, establece que *“...Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente...”* y en otro de sus párrafos consigna que *“...Si el delito o alguno de los delitos que integran*



el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente”.

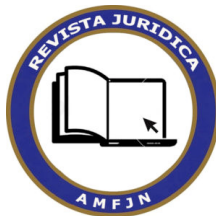
Ahora bien, justamente el tipo penal objeto de análisis, no prevé una pena de multa alternativa o conjunta, por lo que no es posible que el imputado pueda ser condenado pecuniariamente por una suma de dinero que pueda cubrir, – o al menos acercarse – a los gastos en los que incurre el Estado en desplegar a sus fuerzas federales o provinciales para fiscalizar que se cumpla con el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo.

En esa dirección, vale destacar que, además, el mentado instituto responde a la intención de descongestionar el sistema judicial ante delitos leves, con el objeto de concentrar recursos en la persecución de los delitos más graves. Sumado a ello, ésta figura posibilita una reinserción social del sujeto que fue sometido a proceso.

Pues bien, nótese que la alternativa prevista por el legislador, reconoce dos razones de diferente naturaleza y que, por ello, impactan en una doble vía. Por un lado, en la esfera subjetiva del imputado quien puede acceder a una medida de tratamiento social que busca sustituir la pena de prisión por el cumplimiento de ciertas reglas de conductas, por un período, justamente, de prueba y, por otro lado, en el sistema judicial, el que cuenta con una medida racional de política criminal para descongestionar los tribunales, ya que su aplicación permitiría obviar la celebración del juicio en los casos de menor cuantía.

En los casos en los que proceda este instituto, podremos ver al fin, al incumplidor en el rol de compensar el daño que pudo haber ocasionado a la sociedad al violar la medida de aislamiento dispuesta por el PEN, más allá de que, en la mayoría de los casos, no sabremos si el mismo portaba el virus, y de ese modo pudo haber favorecido a la propagación del mismo, y en ese sentido, por mucho que se intente compensar el daño, este pudo haber sido en ciertos casos, de una magnitud tal, de imposible reparación ulterior.

Digo ello, porque de lo que se conoce hasta el momento de este nuevo coronavirus a través de lo que han dicho los especialistas, existe la posibilidad de que haya personas contagiadas de forma asintomática, o con síntomas leves, que tengan como consecuencia, que las mismas no obtengan los tratamientos correspondientes, ni se acojan al protocolo de total y completo aislamiento al violar la medida de aislamiento



dispuesta por el Poder Ejecutivo, pudiendo contribuir de ese modo, notoriamente a la propagación del virus, sin tener las intención de hacerlo, meramente por desconocer el hecho de que lo portaran y desoír las medidas oportunamente dictadas por las autoridades. Y es este tipo de casos, lo que, a mi entender, no tienen posibilidad de reparación alguna.

Desde esta óptica, y considerando que la finalidad de todas las medidas dispuestas por las autoridades, son meramente preventivas, en mi opinión, para estos casos la imposición de multas, su posterior tramitación ante la justicia de faltas, y su ejecución, podrían haber sido más disuasivas del incumplimiento del aislamiento, que es lo que en definitiva hoy interesa.

Ello, toda vez que posiblemente la población a la hora de responder a los controles que realizan las fuerzas de seguridad, no termina de comprender las implicancias de pasar a ser imputados en una causa penal, en la que las consecuencias las verán en un mediano o largo plazo producto del procedimiento y los tiempos de la misma, y quizás, desde el desconocimiento, se incurre en minimizar el hecho de aportar los datos personales en el acta de procedimiento correspondiente, y suponer que todo finaliza al firmar la misma. En esa dirección es que suponemos, que la respuesta de los habitantes hubiera sido más efectiva, si las consecuencias las visualizaran en un corto plazo, como sería en el trámite de la imposición de una multa.

Entonces, creo que correremos de la posición de criminalizar al infractor, a todas luces hubiera resultado no solo más conveniente, sino también, más eficiente, ya que la medida estaría orientada a lograr su concientización, y en virtud de ello, lograr el verdadero objetivo, que torna en relación a que el virus no avance de forma excesiva.

En definitiva, más allá de la respuesta que se pueda obtener de la justicia frente a esta epidemia que se transita, podemos concluir que termina siendo principalmente responsabilidad de cada una de las personas, reducir a la mínima expresión sus desplazamientos en este período de aislamiento.