

Riesgo no permitido e infracción de deber en tiempos de COVID-19

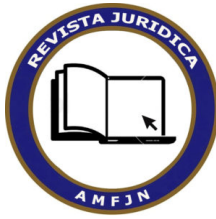
Por Julián Yamada, Prosecretario de la Cámara Nacional de Casación Penal

"Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección (...)"¹

VOCES: DERECHO PENAL – COVID-19 – PANDEMIA – RIESGO NO PERMITIDO – DEBER DE CUIDADO – DNU 297/2020 – ARTÍCULO 205 CP – ARTÍCULO 239 CP – INCUMPLIMIENTO – AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO – SALUD PUBLICA –EMERGENCIA SANITARIA.

Sumario: El trabajo tiene por objetivo reflejar el origen conceptual común existente entre la noción de "creación de riesgo no permitido" e "infracción de un deber de evitar" a partir de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto N° 297/20, en tanto exhorta la inmediata actuación de la autoridad competente, en el marco de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, en caso de constatarse el incumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" o de otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria.

¹ JAKOBS, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal", Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, p. 43.



I- Objeto

El presente artículo tiene por objetivo reflejar el origen conceptual común existente entre la noción de "creación de riesgo no permitido" e "infracción de un deber de evitar" a partir de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto N° 297/20, en tanto exhorta la inmediata actuación de la autoridad competente, en el marco de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, en caso de constatarse el incumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" o de otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria.

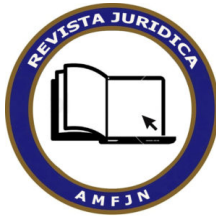
A tal fin, partiendo de la base de que el Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales,² se procederá a establecer la incidencia del rol del ciudadano en la creación de riesgo no permitido en el contexto pandémico, por un lado, y en su deber de evitar un resultado, por otro; extremos que comparten su origen en su concepción.

II- Incidencia del rol del ciudadano en la creación del riesgo no permitido en emergencia sanitaria

El 11 de marzo de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia por el brote del virus COVID-19 luego de que el número de personas infectadas llegó a más de 118.000 y el número de muertes a 4.291, afectando hasta ese momento a 114 países. La gravedad del problema radica en la letalidad y alta capacidad de propagación del virus.³

² MIR PUIG, Santiago, "*Derecho Penal-Parte General*", 9ª edición, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f, 2015, p. 39.

³ "Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020". OMS. 11 de marzo de 2020. Consultado: 23 de marzo de 2020.



Argentina no se encuentra exenta de la ola de contagios del COVID-19 y, por tal razón, el Poder Ejecutivo Nacional adoptó una serie de medidas para mitigar la propagación de la situación epidemiológica y su impacto sanitario. Entre ellas, dictó el DNU N° 260/20 frente a la gravedad y dinamismo del problema y decidió ampliar la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541.

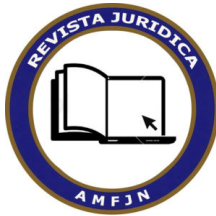
Entre otras medidas de prevención y control, se dispuso el aislamiento social obligatorio para las personas comprendidas en los supuestos detallados por dicho decreto, y se indicó en su artículo 4 que, en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones allí establecidas, se estarían infringiendo, cuanto menos, los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal de la Nación.

Con el avance de la propagación del COVID-19 y su impacto en el sistema sanitario, el 19 de marzo de 2020, al no contarse con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, por medio del DNU N° 297/20 el Poder Ejecutivo Nacional decidió tomar una medida drástica disponiendo el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él.

Allí se puso de manifiesto que las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revestían un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19, con el objetivo de proteger la salud pública.

En definitiva, es claro que las medidas normativas adoptadas como consecuencia de la pandemia son el resultado de la concreción de la adecuación social actual. En términos de Jakobs, el ámbito vital del ciudadano se vio afectado por la amenaza del virus y, por consiguiente, su estándar diligente también. Comportamientos que en tiempos sin pandemia generan riesgos permitidos, como transitar libremente en la vía pública, dejan de ser tolerados socialmente para un único

<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>



fin: la preservación de la salud del grupo humano. Y el rol del ciudadano se adapta a esa conyuntura y excluye del ámbito de lo socialmente adecuado conductas propicias para la propagación del virus, incluso algunas garantizadas constitucionalmente.

En este sentido, cabe señalar que la legitimidad del nuevo riesgo no permitido no encuentra su origen en el decreto, sino en la dinámica de su propia evolución. El derecho se limita a precisar el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila con su ordenamiento.⁴ En efecto, para expresarlo en términos más coloquiales, y parafraseando a Welzel, el objeto del derecho penal es amparar valores elementales de la vida de la comunidad,⁵ y este último deriva del carácter no permitido del riesgo que se realiza.

De este modo, se presenta una expectativa de que todo ciudadano, incluso carente de facultades especiales, desempeñe su rol de evitar la propagación de la amenaza viral. El comportamiento de aquel que infrinja ese estándar y, en consecuencia, el riesgo permitido, adquiere relevancia jurídico-penal, conforme lo dispone el art. 4 del DNU N° 297/20.

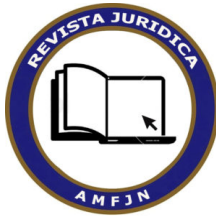
III- Incidencia del rol del ciudadano en su deber de evitar un resultado disvalioso en emergencia sanitaria

Según Jakobs, el fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. Asimismo, sostiene que tanto en la comisión como en la omisión, en caso de falta de incumbencia de la organización puede existir desde luego responsabilidad a causa de un deber de dedicación solidaria.⁶

⁴ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 48.

⁵ WELZEL, Hans, "Derecho Penal-Parte General", Traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 1/5.

⁶ JAKOBS, Günther, "Derecho Penal-Parte General-Fundamentos y teoría de la imputación", 2ª edición, corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 258/259.



Estos parámetros, sin lugar a dudas, se verifican en la situación pandémica imperante. El quebrantamiento del único rol común del ciudadano, consistente en respetar los derechos de los demás como contrapartida de los propios, conocido como el principio de no dañar o *neminem laedere*, se configura ante la infracción al deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, en función del DNU N°297/20.

En este sentido, cabe señalar que la doctrina sostiene que la figura delictiva prevista en el artículo 205 del Código Penal constituye un ejemplo de las llamadas leyes penales en blanco, puesto que debe ser complementado con una disposición de las autoridades competentes impuesta para actuar frente a una epidemia; extremo que se configura en la situación traída a estudio.⁷

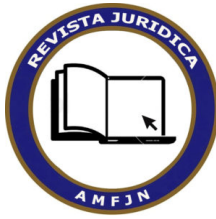
Así, el quebrantamiento de cualquier ciudadano común del aislamiento social, preventivo y obligatorio en su ámbito de organización, configura un comportamiento social inadecuado y perturbador con relevancia jurídico-penal.

En otras palabras, el ciudadano es garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad (en el caso, de la salud pública). Y cualquier conocimiento de que no se los están respetando, independientemente de su modo, obliga a despegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación de estándar; pues la desviación negativa a su respecto del estándar ya constituye una perturbación, que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización.⁸

De esta manera, ante el público conocimiento del riesgo de la propagación del virus, aquel que no cumpla con el aislamiento en cuestión, siempre tendrá conocimiento, a partir de su rol básico de ciudadano, consistente en no dañar a otros, de que se encuentra realizando un comportamiento no tolerado por la sociedad, en desmedro del ámbito vital de la población.

⁷ D'ALESSIO, Andrés J. y DIVITO, Mauro A., "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", 2da edición, Buenos Aires, La Ley, 2009. Tomo II, p. 997/998.

⁸ JAKOBS, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal", ob. cit., p. 65.



A fin de cuentas, es prístina la incidencia del rol del ciudadano, mínimo y diligente, en su deber de evitar el riesgo no permitido -propagar la pandemia-, al ser garante de asegurar que en su ámbito de organización se respete un estándar habitual de seguridad, como lo es la salud de todo los habitantes.

IV- Conclusión

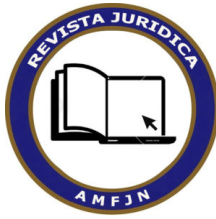
El DNU N° 297/20 establece un aislamiento social, preventivo y obligatorio, y en caso de constarse su infracción, encomienda detener al infractor al efecto de formarle una causa conforme a los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal; extremo que constituye un riesgo no permitido, lo que equivale a decir que todo ciudadano tiene el deber de evitar ese comportamiento.

El riesgo no permitido significa que existe una regla que no permite actuar en atención al riesgo de que se produzca el resultado o, lo que es igual, que existe un deber de evitar el comportamiento en atención al riesgo de producción del resultado.⁹

En consecuencia, afirmar que el autor creó un riesgo no permitido es lo mismo que sostener que tenía el deber de evitar ese comportamiento (en esta situación, no circular en vía pública y aislarse), y que infringió ese deber. Por lo tanto, la creación de un riesgo no permitido equivale a infracción de deber.

Términos que suelen ser materia de debate en la imputación objetiva como "rol" o "competencia", son otros modos de referirse subrepticamente a un "deber de evitar" -independientemente de la clasificación de sus fuentes formales- y, en definitiva, al carácter no permitido del riesgo. Y a la inversa, expresiones tales como "infracción de deber" y "deber de garante" más usuales en los ámbitos de la imprudencia y la omisión equivale a decir que tenía el deber de evitar la creación del riesgo y que no cumplió dicho deber.

⁹ CÓRDOBA, Fernando J., Delitos de infracción de deber, Pensamiento Penal, Consultado: 26 de marzo de 2020. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/12/doctrina42595.pdf>, p. 99.



En el derecho, como en otras ciencias sociales, las clasificaciones y las definiciones de conceptos suelen ser útiles y necesarias para sistematizar y profundizar razonamientos de un área particular de estudio, como lo son el "riesgo no permitido" y la "infracción de un deber de evitar"; sin embargo, siempre es importante recordar que todas comparten un origen común: el análisis del comportamiento del individuo en su contexto social.