

Coronavirus, cuarentena y Derecho Penal

Por Nicolás Vinuesa

I. Objeto [\[arriba\]](#)

El objeto del presente trabajo será analizar los principales aspectos penales que giran en torno a una situación excepcional dada por la pandemia del coronavirus.

En primer lugar, se reseñará brevemente la normativa administrativa dispuesta por el Gobierno Nacional en el marco de la situación de emergencia sanitaria dispuesta en virtud del coronavirus.

Luego se analizarán los principales aspectos de los tipos penales previstos en los arts. 202, 203 y 205 de nuestro Código Penal, todos ellos comprendidos dentro del capítulo de los delitos contra la salud pública.

También se realizarán comentarios a la posible concurrencia que estos delitos puedan llegar a tener con otras figuras de nuestro ordenamiento.

II. El marco administrativo [\[arriba\]](#)

El día 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote de COVID-19 como una pandemia luego de detectarse miles de casos en diversos países de distintos continentes y los primeros casos en nuestro país.

Consecuentemente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó un día después el DNU 260/2020, mediante el cual se prorrogó la emergencia sanitaria oportunamente dispuesta por la Ley 27.541 y se dispuso entre otras medidas, el aislamiento obligatorio para ciertas personas, tales como las que revestían la condición de “casos sospechosos”, los que posean la confirmación de haber contraído el coronavirus, las que hayan viajado a zonas afectadas o hayan tenido contactos estrechos con personas afectadas.

En aquella oportunidad, en lo que respecta al objeto de este artículo, por primera vez, la normativa administrativa hizo mención a que el incumplimiento de las medidas dispuestas conllevaría la posible infracción a las figuras previstas y reprimidas en los “arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal”.^[1]

Posteriormente, el aislamiento obligatorio se amplió a toda la población nacional mediante el DNU 297/2020 de fecha 20 de marzo de 2020, sin perjuicio de diversas excepciones que se dispusieron al respecto.

No obstante, cabe destacar que también existen otras normas de carácter administrativo tanto del Poder Ejecutivo Nacional propiamente dicho como de otros organismos gubernamentales que forman parte de la normativa vinculada a la declaración de emergencia sanitaria, como así también que constantemente se dictan nuevas disposiciones al respecto.

Finalmente, respecto de la validez constitucional del conjunto de normas en los párrafos precedentes, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ratificó su plena validez tanto desde la preservación del orden público, la excepcionalidad, la proporcionalidad y la posible vulneración a derechos constitucionales.[2]

III. Análisis de las figuras penales [\[arriba\]](#)

i.- Cuestiones generales

Los delitos que se analizarán a lo largo de este artículo se encuentran comprendidos dentro del capítulo referido a los delitos contra la salud pública del Código Penal. En el cual, el bien jurídico penalmente protegido, tal como su título lo indica es la salud pública.

Quien mejor describe ello es D'Alessio[3], quien define al bien jurídico salud pública. Lo entiende como un valor comunitario, con sentido de dimensión social, que apunta no a la salud individual sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente. Se persigue la protección del bienestar físico y psíquico de la colectividad; del estado sanitario de la comunidad. Así, concluye que la salud pública es un interés supraindividual de titularidad colectiva, y de naturaleza difusa.

ii.- Incumplimiento de medidas para prevenir una pandemia

El delito previsto en el artículo 205 del CP establece:

ARTICULO 205: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Como bien puede observarse la redacción hace mención a las “medidas adoptadas por autoridades competentes” demuestran que nos encontramos ante una ley penal en blanco[4], ya que la propia descripción del delito remite a normas dictadas por órganos administrativos.

En este caso y dada la competencia nacional, provincial y municipal en la materia, la norma administrativa podrá provenir de cualquiera de las tres jurisdicciones, con prescindencia de la normativa nacional que fue citada anteriormente.[5]

El dictado de este tipo de normas, como así también las posteriores modificaciones que puedan realizarse, tienen un carácter eminentemente dinámico. Por el tipo de delito que se trata, las obligaciones impuestas podrían ir cambiando y, en consecuencia, podrían surgir nuevas formas de violar las medidas dispuestas llevando así a otras posibilidades de cometer este delito. Naturalmente, la posibilidad de cometer cada infracción, según la disposición de medidas, comenzará recién con su puesta en vigencia mediante la publicación en el Boletín Oficial.

Por el contrario, por tratarse de una ley penal en blanco, ante una eventual derogación total o modificaciones sustanciales a las obligaciones impuestas, su inexistencia hará oportunamente atípicas estas conductas.[6]

El delito previsto en el art. 205 del Código Penal se trata de un delito doloso, ya que el sujeto activo deberá representarse que se encuentra violando las medidas dispuestas con carácter obligatorio a fin de impedir la propagación de una epidemia, en este caso, el coronavirus[7].

En esa línea, su comisión presenta dos caras, ya que bien puede cometerse de forma activa sé que no se puede salir a practicar deporte libremente por la calle y aún así, concurro a una plaza a realizar ejercicio físico- como así también de forma omisiva -incumplir una medida sanitaria que se ha dispuesto sobre un actividad específica-[8].

Puntualmente, sobre este caso concreto, dado el alcance de la situación tanto en el plano nacional como internacional, difícilmente alguien pueda escudarse en el desconocimiento absoluto de la norma.

No obstante, en el campo más bien práctico, podría llegar a existir la falsa suposición de que el sujeto se encuentra comprendido dentro de alguna de las excepciones a la norma y por eso se encuentra circulando. Se hará mención de ello más adelante.

Por otro lado, se trata de un delito de peligro abstracto que no requiere que el virus efectivamente se contagie a alguien, ni tampoco que la propia persona este contagiada, ni siquiera que presente algún tipo de síntoma. Se trata, como se dijo anteriormente, de no cumplir las normas de profilaxis y prevención establecidas por la autoridad nacional, provincial o municipal dictadas a tal fin.

Uno de los interrogantes que se podría plantear al respecto en función de las discusiones académicas sobre los delitos de peligro abstracto y concreto -para un sector de la doctrina y la jurisprudencia no deberían existir hoy los primeros[9]-, es si el delito lo puede cometer alguien sano o no contagiado -en este caso, nunca se podría atentar contra el bien jurídico salud pública y se estaría penalizando un simple incumplimiento formal-. Aunque precisamente el legislador cuando previo esta figura pretendió incriminar esas conductas como de peligro abstracto.

Interesante postura plantea Sebastián Zanazzi con cita de Donna[10] quien sostiene que en el fondo se trataría de una mera desobediencia a las ordenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, reciben un castigo penal especial. Este primer autor sostiene que “para no caer en un derecho penal formal y administrativo, para ser típica la conducta requerirá la violación a la norma del Estado que haya traído como consecuencia la introducción o propagación de una epidemia o, por lo menos, el riesgo concreto de que ello ocurra. Todo ello, claro está, en relación causal.[11]” Finalmente, concluye que nos encontraríamos ante un delito de peligro concreto.

En relación con lo enunciado sobre los posibles errores sobre las excepciones previstas en las normas administrativas, se prestará especial atención por ser una cuestión que tendrá repercusión significativa en la praxis. El caso sería el de aquella persona que creyendo

encontrarse comprendido y autorizado por una de las excepciones previstas en alguno de los DNU, circula libremente por la calle con la falsa suposición de ello.

La cuestión resulta interesante desde el aspecto dogmático, en cuanto a la demarcación entre error de tipo o error de subsunción. Si bien en algunos comentarios se ha tratado estos supuestos como un error de tipo[12], en el cual se eliminaría el dolo y para el caso concreto del art. 205, la solución sería la imposibilidad de punir la conducta, se entiende que existe una solución más adecuada.

Sin embargo, se considera que el caso se encuadraría bajo el supuesto de un error de subsunción[13]. Ello obedece a que, en primer lugar, la persona que actúa con el error en la excepción conoce todas las circunstancias fácticas que lo autorizarían a circular, -descartando ello el error de tipo-. Por otro lado, en cuanto al error de prohibición, quien actúa con la creencia de que se encuentra autorizado a circular, tampoco desconoce la norma; al contrario, quizás la conoce claramente. El error se da en que el sujeto no subsume correctamente los hechos bajo la norma y cree encontrarse amparado en la posibilidad de circular, razón por la cual se estaría ante un error de subsunción.

Sancinetti describe a este tipo de error para los casos en los “que un autor reconoce correctamente la situación de hecho que tiene delante de sí, pero no asocia a ella el concepto jurídicamente correcto que la haría típica. Se entiende que esa clase de errores, como mero error de subsunción, no excluyen el dolo -es decir, que a lo sumo conducen a un error de prohibición-, que entonces no configuran, si se da ese caso, un error sobre un elemento normativo del tipo.”[14]

Finalmente, la solución para el error de subsunción es la misma que se le da al error de prohibición, razón por la cual, si es vencible reducirá la culpabilidad y si invencible la eliminará.

Desde ya, si alguien se sabe enfermo y a propósito busca y logra contagiar a terceros, o bien por lo hace por negligencia, hay otros delitos tales como aquellos previstos en los arts. 202 y 203 del Código Penal.

iii.- La figura dolosa del art. 202

En lo que respecta al art. 202, se trata de un delito doloso que bien puede ser cometido con dolo directo o con dolo eventual.

La doctrina casi en forma mayoritaria considera que el delito requiere como presupuesto del tipo que el sujeto activo se encuentre contagiado o con síntomas de ello, circunstancia que lleva a diferenciarla del tipo penal antes analizado. En este caso se estará frente a una figura de peligro concreto.

Sin perjuicio de ello, dado principalmente por el carácter doloso, su especialidad excluyente, como así también el bien jurídico penalmente protegido, se entiende que mediante dolo directo, sin encontrarse contagiado de la enfermedad peligrosa, una persona podría propagar de forma intencional[15].

Asimismo, el propio tipo exige que se trate de una enfermedad contagiosa y peligrosa[16] para las personas. Al respecto, cabe hacer dos menciones, la primera, tal como afirma Buompadre, la enfermedad debe reunir las dos características, ya que debe ser peligrosa “y” contagiosa, no bastando para la tipificación de la conducta solamente una de estas características. En segundo orden, al tratarse de un delito de peligro concreto, si bien como se mencionó anteriormente el conocimiento de la enfermedad forma parte del tipo, no es necesario que la misma se contagie efectivamente a otra persona, sino la sola voluntad de propagar de forma dolosa o bien en su variable de dolo eventual -el conocimiento de poseer al menos síntomas de ella y actuar con indiferencia al contagio- la cual ante las consecuentes características de la enfermedad en cuestión puedan conllevar un peligro real y/o idóneo de afectación al bien jurídico protegido, salud pública.

Lo dicho anteriormente es fundamental a los efectos de la interpretación del tipo. El tipo penal hace referencia exclusivamente a la propagación de la enfermedad -el querer difundirlo cual es una cosa distinta que buscar el contagio. La exigencia del contagio es una circunstancia ajena al tipo penal que este no exige, razón por la cual, ello nos lleva a descartar este delito como un delito de resultado.[17]

En lo que respecta al efectivo contagio, se entiende que éste no tendrá relevancia alguna en la configuración típica del delito pero sí tendrá una incidencia importante en la determinación de la pena que eventualmente pueda llegar a imponerse al sujeto activo.[18]

La consumación del delito ocurre cuando se realizan acciones tendientes a la propagación de la enfermedad, las cuales bastan con generar el riesgo de contagio a terceras personas, utilizando medios específicos o no ya sin que se requiera el contagio efectivo en la otra persona. Desde ya, el conocimiento de tener la enferma o síntomas claros de la misma y la posterior actuación con indiferencia hacia la posible propagación, podría llegar a dar lugar a la comisión de este delito por la vía del dolo eventual.

iv.- La figura culposa del art. 203

Finalmente, la figura prevista en el art. 203 del Código Penal se trata de un delito culposos que, en la práctica, finalmente opera como una suerte de tipo atenuado.

Soler por su parte afirma que el conocimiento de la enfermedad por parte del autor, no excluye el posible carácter culposos del contagio[19], mientras que Fontán Balestra[20] refiere que la figura debe constituirse con el elemento objetivo del tipo del art. 202 y el elemento subjetivo de los tipos culposos[21].

Dicho ello, no caben dudas de que posiblemente ante una misma circunstancia de hecho, sea el operador jurídico quien en base a circunstancias probatorias al momento de analizar el tipo subjetivo del caso deba inclinarse por la figura dolosa o la culposa.

IV. Relación concursal [\[arriba\]](#)

Punto aparte merece la relación concursal de delitos que podría llegar a darse entre los delitos analizados con otros delitos del Código Penal.

En primer lugar, la comisión de otros delitos durante el periodo en el cual existan medidas de prevención de la pandemia, configurará un concurso ideal entre la figura del art. 205 con el delito en cuestión (robo, comercialización de estupefacientes en la vía pública).

Por otro lado, se podría dar un concurso real entre la figura del art. 205 con un homicidio simple cometido mediante el contagio de la enfermedad en cuestión. Como consecuencia de la inexistencia de una figurada agravada por el resultado de contagio en el art. 205, en este caso la voluntad criminal dirigida a dos afectaciones de bienes jurídicos penalmente protegidos distintos lleva a optar por esta relación concursal. Tampoco puede descartarse al respecto, la concurrencia de esa figura con el tipo culposo para el caso en el que autor haya obrado con imprudencia.

Finalmente, el DNU 260/2020 hace mención a la posible comisión del delito previsto en el art. 239 del Código Penal, en su faz relativa la desobediencia a un funcionario público.

Se entiende que se está ante una disposición de carácter general dirigida -luego del DNU 297/2020- a la totalidad de la población. Razón por la cual la referencia hecha a este delito resulta un error de la norma debido a que el art. 239 es un delito que puede ser cometido de forma singular ante el incumplimiento de una orden emanada de un funcionario público ante un caso concreto. Sin perjuicio de ello, la comisión de este delito durante estos tiempos no obsta a su aplicación de forma independiente -para el caso de encontrarse exceptuado por la normativa- o bien una concurrencia material con el delito previsto en el art. 205 CP.

V. Colofón [\[arriba\]](#)

Los tipos penales que han sido analizados a lo largo del presente artículo, sin bien datan de hace tiempo y posiblemente debido a la falta de situación de hecho que permitan su comisión, no fueron ampliamente desarrollados ni desde el campo académico ni desde el judicial. No caben dudas de que la actual pandemia que afecta a todo el espectro internacional sumadas a las medidas dispuestas por el Gobierno Nacional darán lugar al estudio de diversas situaciones relacionadas al objeto de este trabajo.

Como corolario, si bien es ajeno al presente estudio y posiblemente materia de un futuro análisis, entiendo que el Código Procesal Penal Federal será una herramienta fundamental al servicio de los operadores de justicia a fin de lograr mejores y más justas soluciones ante una situación excepcional como la que atravesamos en estos tiempos.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Con absoluta razón se pronuncia Jorge Buompadre, “Reflexiones de Derecho penal en tiempo de coronavirus. Violación de la cuarentena y otras medidas.” en Revista Pensamiento Penal, 25 de marzo de 2020, disponible online: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/doctrina/48653-reflexiones-de-recho-penal-tiempo-coronavirus-violacion-cuarentena-y-otras-medidas> al decir que “es una expresión abierta, sin ningún contenido, pues nada dice ni nada aporta. Se trata de una fórmula inadmisibles en derecho penal. El

principio de taxatividad penal, o mandato de certeza, rechaza este tipo de cláusulas generales e indeterminadas que reenvían a ningún lugar.

[2] CN Crim y Corr., Sala Integrada de habeas corpus “KINGSTON, Patricio s/ habeas corpus”, causa 19.200/2020, rta. 23 de marzo de 2020.

[3] Cfr. Alejandra L. Pérez “Libro VII, Capítulo IV, Delitos contra la salud pública ...” en Andrés José D’Alessio (dir.), Mauro Divito (coord.) Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial, La Ley, 2004, II, 638.

[4] Sobre el tema Javier Augusto De Luca, Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional, Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997.

[5] Un buen ejemplo de ello, con anterioridad al DNU 260/2020 es la convocatoria a prestar declaración indagatoria de un ciudadano de origen chino que, según surge de la resolución, no habría respetado las medidas dispuestas en la órbita municipal relativas a la apertura de comercios. JFed. Campana, “C, Z s/ violación de medidas - propagación de epidemia (art. 205 CP)”, causa FSM 10.158/2020, 13 de marzo de 2020.

[6] Resulta aplicable al caso CSJN “Ayerza”, Fallos 321:824 (1998), votos en disidencia de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano, Bossert, “Docuprint”, D.385.XLIV (2009) y “Cristalux”, Fallos 329:1053 (2006).

[7] Cfr. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal. Parte Especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2013, II-C, 250.

[8] De forma similar también puede verse Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal. Parte Especial, 14ª Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 512.

[9] Entre otros, Francisco Figueroa, “Delitos de peligro: el regreso al Derecho penal inquisitivo”, Revista Pensamiento Penal, 3 de octubre de 2013, disponible online en:<http://www.pensamientoopenal.com.ar/system/files/2013/10/documentoctrina37432.pdf>

[10] Cfr. Donna, 248.

[11] Sebastián Zanazzi, “Art. 205” en Gabriel M. A. Vitale (dir.), Patricia Garberí y Fernando Ávila (coord.) Código Penal Comentado de acceso libre, disponible online en:<http://www.pensamientoopenal.com.ar/cpcomentado/37843-art-205-violacion-medidas-contra-epidemias>, Pág. 3.

[12] Zanazzi, 8.

[13] Agradezco a Antonella Donnes y Gonzalo Guerrero los comentarios al respecto.

[14] Marcelo A. Sancinetti, Casos de Derecho penal, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, II, 131. Ver el caso “El farmacéutico que vende sin receta”.

[15] Sin intención de hacer casuística, dependiendo de las circunstancias del caso, este supuesto podría encuadrarse también en el art. 200 del CP.

[16] “Una enfermedad es peligrosa, cuando es susceptible de producir un grave daño para la vida o la salud de las personas, y es contagiosa, si puede transmitirse a otro, de cualquier forma y por cualquier medio.” Buompadre, 11.

[17] Todas estas cuestiones son desarrolladas en CFed. San Martín, Sala II, “Contaminación Río Reconquista”, LA LEY1993-E, 338 - DJ1993-1, 195, AR/JUR/340/1992 (1992).

[18] Buompadre, 13.

[19] Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, 10ª reimpresión total, III, 566.

[20] Fontán Balestra, 396.

[21] Cfr. Alejandra L. Pérez “Art. 203” en Andrés José D’Alessio (dir.), Mauro Divito (coord.) Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial, La Ley, 2004, II, 659.