

## PANDEMIA Y REPROCHE PENAL

Lo primero que aprende cualquier alumno en la facultad de Derecho es que el “delito” es aquello que reza en el Código Penal como delito; esto, que parece de perogrullo, es lo que se denomina principio de legalidad penal o tipicidad. Hay conductas que pueden ser moralmente reprochables, pero que no serán delito si no están definidas como tal en el Código Penal. Es importante, por tanto, entender que la supuesta ineptitud política, de existir, no tiene reflejo penal, puesto que, en nuestra legislación general a diferencia de otras profesiones, no se han establecido las bases mínimas de preparación para ejercer esta profesión, *su lex artis*. Lo segundo que se enseña en la facultad es que, de existir un acto típico, en el sentido de tipificado, no puede haber castigo sino sobre el autor del hecho: tipicidad y autoría.

Empezando, pues, con los delitos potencialmente aplicables podemos pensar en tres grupos; imprudencia, derechos de los trabajadores y prevaricación.

La imprudencia penal castiga las conductas peligrosas que, sin ánimo doloso de causar un resultado lesivo, infringen los más elementales deberes de cuidado o diligencia y dan lugar, en efecto, a un resultado que daña a las personas o a sus bienes. En este caso, y en lo relativo a la pandemia por el COVID-19, nos lleva a pensar ahora tanto en la falta de acopio de material médico para la protección de las personas como en la existencia de una demora injustificada, irracional, en la toma de medidas para combatir la epidemia.

Existe una definición clásica, creación jurisprudencial, que afina todo lo dicho y establece como imprudente lo que se aleja de la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia medias, exigencia que nace de las de reglas extraídas de la diaria experiencia, con independencia de que tales reglas hayan encontrado o no reflejo en la ley escrita, puesto que son, como decimos, exigibles a cualquier persona. Necesitaremos saber, por tanto, en qué momento se hizo razonable comenzar con el acopio de los elementos necesarios para la lucha contra la enfermedad del coronavirus, para así delimitar si se cumplió con el deber de cuidado e, igualmente, delimitar si las medidas de protección de la población, - limitación de la libertad deambulatoria, información al público, distribución de medios de protección, organización de manifestaciones, espectáculos, reuniones etc -, debieron tomarse antes de lo que, en efecto, se acordaron.

La falta de acopio de material médico (respiradores, test de contagio) o de protección (mascarillas, monos) es, para mí, un hecho objetivo. Además de todo lo anterior, la imprudencia merecedora de reproche penal, requiere de la acreditación de que la falta de diligencia ha lesionado bienes jurídicos concretos, es decir, si acreditada la concurrencia de una objetiva infracción del deber de cuidado ésta, no solo ha puesto en peligro la salud de las personas, sino que, además, ha producido concretos resultados en el aumento de la mortalidad o en la expansión de la enfermedad, tanto en la población general como, más específicamente, en los encargados de combatir este mal de forma directa, como es el caso es los profesionales sanitarios o las fuerzas y cuerpos de seguridad y el ejército.

Este es el cuadro general que puedo apuntar partiendo del hecho fundamental de que el deber de cuidado, la obligación de tomar las medidas oportunas, corresponde a las autoridades gubernativas.

Por su parte, el Código Penal define entre los delitos contra los derechos de los trabajadores un tipo penal que no requiere de resultado lesivo y que se comete con la mera infracción del deber de facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen sus labores con las medidas de seguridad e higiene adecuadas; de manera que, con tal carencia, ponen en peligro su vida, salud o integridad física. No es un delito imprudente, se comete por quien, estando obligado a velar por la seguridad de los trabajadores, conscientemente, permite que estos lleven a cabo sus tareas sin contar con medios de protección adecuados. Se vincularía este tipo penal, directamente, a la inexistencia de reserva alguna, por imprevisión, de mascarillas, guantes, monos, etc, independientemente y sin necesidad para que nazca el reproche penal, de que tal carencia haya resultado en efectivo menoscabo de la salud, o en pérdida de vidas de estos encomiables profesionales ya que, hemos dicho, de darse este resultado, se integraría además el delito de imprudencia.

Finalmente, el delito de prevaricación podría castigar, para el caso que ahora nos ocupa, a la autoridad pública que, en el ejercicio de sus funciones, emita, por acción u omisión, una resolución injusta que atenta contra el buen funcionamiento de la Administración Pública. Nos referimos, con ello, a la posibilidad de que las autoridades, conscientes del riesgo existente y de la necesidad de no demorar las medidas de protección de la población, lo hayan consentido maliciosamente en pos de resultados políticos del tipo que sean. Este tipo penal requiere de un dolo, intención consciente, que pueda acreditarse sin duda y en todas sus aristas; es decir, conocimiento exacto del riesgo, delimitación concreta de las medidas a tomar y necesidad, ineludible, de ellas además del fin espurio perseguido.

Amén de todo lo anterior, en lo relativo a los tipos penales aplicables, nos queda otra parte no menos complicada; definir, para el caso de que existieran los delitos, a sus autores. Me refiero a los hechos anteriores a la entrada en vigor del decreto que abre el periodo de estado de alarma, puesto que los que se hayan producido dentro de este periodo son competencia del Gobierno de España.

Por ser breves; conocida la alarma de la OMS y los hechos que se estaban produciendo en otros países, ¿debieron las autoridades de las comunidades autónomas tomar medidas de acopio de medios de protección o suministros médicos? o ¿debió tomarlas el Gobierno?, ¿o ambos?

El artículo 43 de la Constitución Española, que reconoce el derecho de todos los españoles a la protección de la salud, establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Sin reparto, por tanto, de competencias.

El artículo 148 reserva en su número 21 la sanidad como competencia de las comunidades autónomas y el 149, a su número 16, reserva al Estado la coordinación general de la sanidad. Ambas administraciones, por tanto, de haber tenido medios para conocer la gravedad de la infección, estaban obligadas a prever la necesidad y a proveerse de los medios para combatirla. El acopio de material era competencia, al menos hasta la declaración del estado de alarma, de ambas administraciones, central y autonómica. La responsabilidad penal, de existir, debería extenderse a ambas. Y a la falta de dotación de medios a los profesionales, como delito contra los derechos de los trabajadores, podemos aplicarle el mismo nivel de responsabilidad.

En lo que se refiere a la adopción de medidas que limiten las libertades de los ciudadanos, no me cabe duda de que, de existir imprudencia y resultado, la responsabilidad es exclusiva del Gobierno central. El art. 116 de la Constitución reserva al Gobierno la declaración del estado de alarma; la Ley Orgánica 4/81, en su artículo 4º B, establece la declaración del estado de alarma para situaciones de epidemia y pone a todas las autoridades del estado (art. 9) bajo el mando del Gobierno y, aquí está lo más importante, en su artículo 11.1 habilita al Gobierno para limitar la libertad de los ciudadanos. Por lo tanto, es el Gobierno central la única autoridad habilitada para tomar medidas de confinamiento, limitación de movilidad etc. Si la tardanza en tomar estas medidas es injusta por maliciosa, hablaríamos de un delito de prevaricación; si además choca con la previsión que le es exigible y ha resultado en daño para la vida o salud de los ciudadanos, nos encontraríamos también con el precitado tipo de la imprudencia penal.

La inconstitucionalidad, por no ir más allá, de las medidas restrictivas tomadas antes de la declaración del estado de alarma por gobiernos autonómicos es una calificación objetiva; el silencio del gobierno central sobre este hecho es la mejor prueba de su mala conciencia.

**PABLO MOLINA BORCHERT**  
**ABOGADO**  
**SOCIO EN EL ÁREA PENAL DE ACCOUNTAX MADRID**

Madrid, 15 de abril de 2020