

DERECHO PENAL Y CORONAVIRUS: ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN

Manuel CANCIO MELIÁ y Marta PANTALEÓN DÍAZ*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar los presupuestos de la posible imputación de responsabilidades penales en relación con contagios de coronavirus. Se estudian dos grandes grupos de casos: el de los contagios individuales y el de los que se producen (o se gestionan) en el marco del sistema socio-sanitario. En el primero de estos planos, se analizan, por un lado, los requisitos para calificar una determinada interacción contagiosa como conducta típica de homicidio o lesiones; y, por otro, los criterios para la imputación a tal conducta –en su caso– de los resultados lesivos producidos. Por otro lado, la atribución de responsabilidad penal en el marco de las instituciones del sistema socio-sanitario plantea dos grupos de problemas adicionales: el de la individualización de la responsabilidad en estructuras organizativas complejas y el de la posible justificación por estado de necesidad en situaciones críticas de escasez de recursos.

Palabras clave

Coronavirus, responsabilidad penal, homicidio, lesiones, responsabilidad médica, imputación objetiva, organizaciones complejas, triaje, estado de necesidad.

Abstract

It is the aim of this paper to analyse the potential criminal-liability outcomes related to the transmission of coronavirus. Two groups of situations are studied: the ones concerning individual transmissions and the ones related to transmissions that take place in (or are managed by) the socio-sanitary system. As regards the former, we analyse, on the one hand, the conditions subject to which a certain contagious interaction can be deemed constitutive of manslaughter or a non-fatal offence against the person; on the other, the criteria according to which harmful effects be considered causally connected to such criminal conducts.

* Respectivamente, Catedrático de Derecho Penal y Ayudante en el Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Additionally, the attribution of criminal liability within the institutions of the socio-sanitary system gives rise to two further issues: the individualisation of responsibility within complex organisational structures; and the possibility to justify some of the aforementioned kinds of conduct on the grounds of necessity, due to the scarcity of sanitary resources.

Keywords

Coronavirus, criminal liability, manslaughter, non-fatal offences against the person, medical liability, legal causation, complex organisations, triage, necessity.

SUMARIO: I. Introducción. 1. Puntos de partida. 2. Infracciones criminales de aplicación. 3. Problemas de imputación. II. Contagios individuales. 1. Problemas de tipicidad e imputación objetiva. 2. Riesgo típico. 3. Autorresponsabilidad. 4. Imputación del resultado. III. Contagios en el sistema sociosanitario. 1. Organizaciones complejas. 2. Situaciones de crisis y estado de necesidad. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

EN primer lugar, hemos de plantear cuáles son las hipótesis fácticas que pueden dar lugar a posible responsabilidad penal, cuáles podrían ser los delitos que resultaran de eventual aplicación, y cuáles son los problemas de imputación que cabe prever que se generarán.

1. PUNTOS DE PARTIDA

Por las noticias que van apareciendo sobre posibles procedimientos penales en marcha en relación con los efectos adversos del virus SARS-CoV-2 que genera la enfermedad COVID-2019, cabe pensar que se tratará sobre todo de dos clases de constelaciones de casos las que se discutan ante los tribunales penales: por un lado, supuestos en los que en un contacto persona a persona, una de ellas le transmite a otra el coronavirus. Por otro lado, supuestos en los que en el marco del sistema socio-sanitario, se produce un contagio del virus o no se evita un curso lesivo derivado del contagio respecto de un paciente. En el primer ámbito hay que pensar en casos en los que quien contagia lo hace infringiendo una norma administrativo-sanitaria. En el segundo ámbito, puede tratarse, por un lado, de supuestos en los que la gestión de una institución socio-sanitaria no incorpora, como hubiera sido preceptivo, determinadas medidas de prevención de los contagios, y estos se producen. Por otro lado, cabe imaginar casos en los que, estando en curso la enferme-

dad, no se toman las medidas de tratamiento disponibles que podrían haber evitado un curso grave.

Obviamente, para siquiera pensar en una posible responsabilidad penal, en primer lugar, la transmisión (o la capacidad de evitación de daños de la medida omitida) debe ser susceptible de prueba; en segundo lugar, es necesario que la transmisión genere algún impacto en la persona que resulte contagiada, esto es, que desarrolle la enfermedad, de modo que pueda producirse un resultado que integre una infracción criminal, y, en tercer lugar, es necesario que el contagio causado (o la no evitación de un curso desfavorable de la enfermedad) sea –digamos de momento– penalmente ilícito.

De este modo, las consideraciones que siguen quedan limitadas a situaciones concretas en las que las actuaciones concretas de personas concretas llevan posiblemente a lesiones en otras personas igualmente concretas. Quedan fuera de análisis –porque no podrían dar lugar a responsabilidad penal, a nuestro juicio– las políticas públicas que han creado el marco general en el que pueden desarrollarse posibles cursos lesivos concretos, en particular, por un lado, las medidas que se hayan tomado u omitido que pudieron hacer llegar el virus hasta territorio español o potenciar su difusión inicial, o, por otro lado, las decisiones que hayan determinado que el sistema sanitario no contara con los medios materiales y humanos necesarios para poder haber ofrecido una respuesta más efectiva a la pandemia y evitar así muertes y cursos graves de la enfermedad.

Como se verá, las dos constelaciones de casos básicas a analizar generan dos órdenes de problemas para el análisis jurídico-penal: por un lado, se trata de la determinación de si una determinada conducta, o el resultado que causa (o no evita), puede integrar la tipicidad, la definición general de una conducta delictiva. Por otro lado, una vez afirmado el carácter típico de una conducta, en situaciones de conflicto, si el comportamiento que produce el resultado mediando la enfermedad puede quedar justificado (en este ámbito, por la concurrencia de un estado de necesidad).

2. INFRACCIONES CRIMINALES DE APLICACIÓN

A. Lado objetivo

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que no todos los contagios por coronavirus redundan necesariamente en la producción de un resultado penalmente típico. Esto no será así, para empezar, si –como parece ser lo más habitual en la práctica– la persona contagiada por el autor no llega siquiera a desarrollar la enfermedad (el caso de los llamados «asintomáticos»): incluso el tipo más leve de lesiones (1) (el tipo atenuado del art. 147.2 CP) exige que se haya «menoscabado la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima». La pena del tipo básico de lesiones (art. 147.1 CP) se reserva para los casos en que «la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». Cabe suponer, por tanto, que la inmensa mayoría de

(1) *Vid.* sobre lo que sigue CANCIO MELIÁ, M., «Lesiones», *Memento Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, núms. 7354-7362, 7382-7400, 7422-7435.

infecciones por coronavirus hayan causado, a lo sumo, lesiones del artículo 147.2 CP; con la importante limitación que supone, en este contexto, el que este tipo de conductas no se castiguen a título de imprudencia (art. 152 CP).

En los casos más graves (todos los que requieren hospitalización) resultaría aplicable, según las circunstancias concretas del caso, el tipo básico de lesiones del artículo 147.1 CP o agravado por provocar una «grave enfermedad somática» (art. 149.1 CP); tipo en el que probablemente encajarían todos los supuestos de ingreso prolongado en la UCI y los casos de *long-covid*. La modalidad imprudente de estas dos clases de lesiones sí que resulta punible (art. 152 CP). Por supuesto, si la enfermedad condujera finalmente a la muerte, resultaría aplicable el tipo de homicidio (art. 138 o, más frecuentemente, 142 CP) (2). En determinados casos, podrían incluso resultar de aplicación los tipos agravados de homicidio y lesiones introducidos a través de la LO 2/1029 en los artículos 142 bis y 152 bis CP, reservados expresamente para supuestos en los que una conducta de «notoria gravedad» –en atención a la «singular entidad y relevancia del riesgo» y del «deber normativo de cuidado infringido»– da lugar a una pluralidad de víctimas.

B. Lado subjetivo

Parece claro que –ya por cuestiones de prueba– en el lado subjetivo de las conductas relevantes habrá que hablar normalmente de comportamientos imprudentes. Sin embargo, lo cierto es que en algunos supuestos de especial intensidad del conocimiento del riesgo (el sujeto activo conocía que estaba infectado con el virus, y que se encontraba en la fase de mayor capacidad de contagio) y de especial intensidad objetiva del génesis de riesgo conocida por el autor –el sujeto activo mantuvo un contacto especialmente estrecho y prolongado con la persona que resulta contagiada (por ejemplo, pasando la noche con ella en un mismo lecho y manteniendo relaciones sexuales con intercambio de fluidos corporales), o la persona contagiada es especialmente susceptible de resultar contagiada (por ejemplo, es una persona inmunodeprimida)–, no cabe descartar que concurra al menos dolo eventual, esto es, conforme a la definición mayoritaria, que conociera el riesgo objetivo que estaba generando y que, a pesar de ello, llevara a cabo la conducta. De este modo, se abre una puerta para una posible responsabilidad a título de tentativa, esto es, a responsabilidad penal, aunque no se produzca el resultado lesivo (muerte o lesiones), o no pueda acreditarse la relación entre la conducta y éste.

(2) En estos supuestos, el único problema de delimitación típica entre la «grave enfermedad» (art. 149.1 CP) y el homicidio tendría lugar si la muerte se produjera años más tarde del contagio, si bien como consecuencia (directa o indirecta) de la infección por coronavirus; algo que, por razones más que evidentes, todavía pertenece al terreno de las hipótesis. Respecto de este grupo de casos, que se han discutido con especial intensidad –aunque no solo– en relación con el VIH, *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 677-687; CANCIO MELIÁ, M., *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 98-99; PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», *Memento Penal 2021* (2020), nms. 6957-6961; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, pp. 1198-1199.

3. PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN

Una vez presentados los supuestos de hecho que pueden llegar a ser jurídico-penalmente relevantes y vistas cuáles pueden ser las infracciones criminales a aplicar, cabe plantear cuáles serán los problemas jurídico-dogmáticos que podrán presentarse en la imputación de comportamientos y resultados que forman parte de los delitos relevantes.

En este ámbito, pueden identificarse los siguientes problemas: en primer lugar, deberá examinarse si, más allá de haber causado el contagio, el comportamiento enjuiciado supone un riesgo típicamente relevante del delito de lesiones o de homicidio. También una conducta que se atenga perfectamente a todas las normas de cuidado establecidas por el Derecho sanitario puede causar un contagio. Por otra parte, puede ser que un comportamiento infrinja una norma sanitaria, pero el *telos* de esta no esté orientado a la evitación de contagios concretos. En ambos casos, no podrá hablarse de que concurra un comportamiento objetivamente imputable; se tratará de una mera causación que no genera responsabilidad criminal. Tampoco habrá un comportamiento típicamente relevante si, habiéndose generado un riesgo en principio relevante por el posible sujeto activo, la persona que resulta lesionada asumió de modo autorresponsable el riesgo generado por el otro sujeto. Finalmente, en este ámbito, si el comportamiento se produce en el contexto de una organización, deberá determinarse qué personas realmente resultan responsables del control del curso causal.

En segundo lugar, también en el plano de la tipicidad, puede suceder que habiéndose causado el contagio creando un riesgo típicamente relevante, en cambio, el curso causal que lleva al resultado lesivo no sea objetivamente imputable.

En tercer lugar, una vez establecido que hubo una conducta que integra un tipo penal, también pueden plantearse problemas de imputación derivados de la existencia de una situación de conflicto. Así, puede haberse presentado una situación en la que sencillamente no fuera posible (por la ausencia de medios materiales) evitar la realización de conductas típicamente relevantes, so pena de suspender toda atención médica. En segundo lugar, ha habido situaciones en las que, en un caso concreto, un responsable sanitario tuviera que tomar la decisión de asignar un único concreto recurso médico para combatir la enfermedad a uno entre varios pacientes que lo necesitaban.

II. CONTAGIOS INDIVIDUALES

1. PROBLEMAS DE TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Los tipos penales que resultan aquí relevantes son muy pobres en su descripción típica, son tipos prohibitivos de causar en los que los verbos típicos no circunscriben, en realidad, el ámbito de la infracción en cuestión, su alcance típico. En consecuencia, es obviamente necesaria una aproximación normativa que restrinja el alcance de los comportamientos relevantes (y de los resultados a ellos

asociados) en el plano de la tipicidad a lo que es el significado social y jurídico de «matar» o «lesionar».

En el momento actual, esta tarea es llevada a cabo en la doctrina científica y en la jurisprudencia españolas (y en las de muchos países de nuestro entorno, en Europa y América) a través de la teoría de la imputación objetiva (3). Esta doctrina suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado solo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis i) ha generado un «riesgo jurídicamente desaprobado» y ii) este riesgo se ha «realizado en el resultado». Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, por ausencia del primero de los elementos –una creación desaprobada (penalmente típica) de un riesgo–, por ejemplo, en los casos en los que se trata de un riesgo general de la vida (por ejemplo, causar la muerte por la transmisión del virus que causa un resfriado común) o cuando se ha cumplido mediante la conducta con las normas primarias –jurídicas, técnicas o sociales– que circunscriben la génesis de un riesgo permitido (por ejemplo, cuando el contagio se produce a pesar de haberse respetado todas las normas sanitarias aplicables). En cuanto al segundo elemento –la realización del riesgo–, éste falta, por ejemplo, cuando es otro curso causal distinto del sometido a análisis el que acaba de generar el resultado lesivo.

En el primero de estos niveles de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado, estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: «riesgo permitido», «prohibición de regreso» e «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.» Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

2. RIESGO TÍPICO

Puede decirse que hay un consenso fundamental –si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta– a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general; las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un «riesgo permitido».

(3) Vid. solo JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 241 ss.; ROXIN/GRECO, *AT*⁵ [2020], § 11.

Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos (4): *por un lado*, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.) o sin tal reglamentación jurídica (las «normas de cuidado» conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, etc.). *Por otro lado*, sin embargo, también deben incluirse aquí aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo, sin que exista una reglamentación en términos cuantitativos de «niveles de riesgo» medidos en velocidades, emisiones, estándares explícitos de conducta, etc. En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un «riesgo jurídicamente relevante» –especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado– o que se trata de un «riesgo permitido» –especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general–, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber muchos supuestos de transmisión en los que la conducta que la produce no forma parte de un riesgo típicamente relevante. Desde luego, cuando el sujeto ha respetado todas las normas de precaución establecidas por la normativa sanitaria, y, a pesar de ello, se produce un contagio. Y tampoco la infracción de normas administrativas determina necesariamente la existencia de un riesgo penalmente relevante. A diferencia del sector de regulación en los que los ordenamientos primarios generan la misma definición del delito (*mala prohibita*), como los delitos contra el medio ambiente, en los que el tránsito de lo administrativamente prohibido a lo prohibido por la Ley penal suele ser más sencillo, en las infracciones que afectan a bienes jurídicos individuales como las que aquí interesan (*mala in se*), de acuerdo con la opinión dominante, la infracción de normas administrativas, aquí, sanitarias, no supone más que *un indicio* de una posible relevancia penal del riesgo en cuestión.

Así, por ejemplo, si un sujeto infringe una norma sanitaria de cierre perimetral, pero, por lo demás, observa las reglas de distanciamiento y ubicación, y se produce un contagio, no podrá afirmarse que el *telos* de la norma administrativa (control epidemiológico) integre el riesgo típico (matar, lesionar) del tipo penal. Infringiéndose una norma que de modo aparente está directamente dirigida a la evitación de contagios, como, por ejemplo, la relativa a la limitación de comensales en una misma mesa dentro de un local, también puede suceder que –respetándose la demás normas de distanciamiento social, etc.– el fin de protección de la norma administrativa no sea más que de limitación de las probabilidades de contagio, de manera que la génesis de los aerosoles que produce el concreto contagio también podría haberse producido de haberse sentado la persona en cuestión en la mesa contigua. En este caso, tampoco puede decirse que la conducta ilícita para la normativa sanitaria integre un riesgo típicamente relevante en el plano del Derecho penal.

(4) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Riesgo permitido y leyes penales en blanco», en: Acevedo, N./ Collado, R./Mañalich, J. P. (coord.), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2020, pp. 29 ss.

3. AUTORRESPONSABILIDAD

La tercera y última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la «víctima» (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima (5).

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia –por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente–, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de un agente que provoca una enfermedad grave (en particular, del VIH) o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse bajo el rótulo del *principio de autorresponsabilidad*. Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal «principio de autorresponsabilidad» de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal, existe también la vía intermedia de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del artículo 10.1 de la Constitución, que establece el «libre desarrollo de la personalidad» como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo.

Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal,

(5) Vid. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.ª edición, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 19 ss., 284 ss.

y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima». Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico («víctima») emprende conjuntamente con otro («autor») una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber, en primer lugar, supuestos en los que quien resulta contagiado ha asumido, conociendo la condición de portador del virus de la otra persona, un contacto estrecho susceptible de producir el contagio. En este caso, parece claro que los tribunales españoles afirmarán que concurre una autopuesta en peligro y que no hay conducta típica por parte de quien contagia a la otra persona. Menos claro puede ser el caso en el que el sujeto que contagia conoce su condición de positivo, la persona contagiada no, pero esta consiente en un contacto de riesgo (por ejemplo: relaciones sexuales en el marco de un encuentro casual, no en el marco de una relación). Desde el punto de vista aquí asumido, también puede excluirse la tipicidad de la conducta. Si se parte de que Coronavirus y COVID-19 son perfectamente conocidos en nuestras sociedades, puede llegarse a afirmar que, en un contacto casual, poco intenso, como el referido, no hay en el hecho de mantener relaciones sexuales una afirmación implícita en el sentido de «y, además, esto no genera ningún riesgo que parta de mí»: lidiar con los riesgos de contagio implícitos en tal contacto sexual es asunto de cada cual. Quien piense que no puede ser correcto que el tipo de homicidio no prohíba la génesis consciente de un riesgo potencialmente mortal, debe hacer el experimento mental correspondiente a la imprudencia inconsciente: si el riesgo de transmitir el virus es solo asunto del portador, deberá afirmarse la posible responsabilidad por homicidio imprudente (o, al menos, por lesiones corporales graves por imprudencia) de quien, debiendo sospechar que puede ser portador (por su vida social previa; por provenir de un determinado territorio con alta prevalencia de la enfermedad, etc.), a pesar de ello mantiene relaciones sexuales u otro contacto que genera riesgo de transmisión.

4. IMPUTACIÓN DEL RESULTADO

Aun en el caso de que, superadas las dificultades anteriores, logre establecerse la creación por parte de un contagiado de un riesgo típico de lesiones u homicidio al tener alguna de las formas de contacto mencionadas con otra persona, su responsabilidad penal presupondrá normalmente (6), *además*, (i) que se produzca el resultado típico (que la persona en cuestión muera o resulte lesionada de forma subsumible en los arts. 147 ss. CP), (ii) que pueda demostrarse la conexión causal entre el contacto y el contagio, y (iii) que el resultado resulte objetivamente imputable a la conducta típica. Las tres cuestiones son altamente problemáticas. Respecto del primero de los aspectos mencionados, ha de tenerse en cuenta todo lo señalado en el apartado I.2 de este trabajo: las consecuencias lesivas a las que puede conducir un contagio por coronavirus son extremadamente variables, de manera que el hecho en cuestión podrá merecer calificaciones que irán desde la atipicidad (el caso de los «asintomáticos»), hasta los supuestos más graves de homicidio o de lesiones.

Aun cuando se constatase la producción de un resultado típico, el problema quizás más espinoso que se plantearía en la práctica sería el de establecer la relación de *causalidad* entre el contacto de riesgo en cuestión y las consecuencias lesivas: determinar si la interacción objeto de enjuiciamiento fue *una de las condiciones* del contagio y, por ende, del resultado típico (teoría de la equivalencia). No obstante, cuando se combinan con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, la incertidumbre actualmente existente en torno a los concretos mecanismos de transmisión del virus y la imposibilidad (todavía) de detectar de forma mínimamente certera el origen de cada contagio conducen, en este punto, a problemas probatorios prácticamente irresolubles (7).

Probada más allá de toda duda razonable la relación de causalidad entre contacto de riesgo, contagio y resultado típico –si es que ello resulta posible en el futuro, como lo ha sido respecto del VIH– todavía quedaría superar un escollo final para la apreciación de un delito consumado de homicidio y de lesiones: la imputación objetiva del resultado. Excepciones aparte (8), los casos que aquí interesan no van a plantear problemas de realización del riesgo en sentido estricto: el resultado de lesiones o de muerte será, de ordinario, la materialización

(6) Es decir, salvo en el supuesto –francamente excepcional, como se ha visto– de que pueda afirmarse que el autor actuó con dolo de producir el resultado típico, caso en que podrá responder penalmente por tentativa (arts. 16 y 62 CP).

(7) Las dificultades se vuelven especialmente intensas si, como parece suceder (aunque no hay todavía evidencia científica al respecto), no resulta posible adquirir el virus por el contagio cumulativo de varios portadores –sobredeterminación que permitiría afirmar la causalidad respecto de todos ellos–, sino que se plantea, más bien, un supuesto de causalidad «alternativa»: existe certeza sobre que el contagio ha procedido de «uno» de los contactos infectados de la víctima, pero es imposible determinar de cuál. Sobre la necesidad de absolver penalmente en este grupo de casos, *vid.*, p. ej., SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 486, 668-669.

(8) Piénsese, por ejemplo, en el paciente contagiado de Coronavirus que muere en un accidente de tráfico de camino al hospital o, una vez ingresado, como consecuencia de un incendio en el edificio, una infección nosocomial o (más cuestionablemente) un error burdo en el tratamiento médico.

precisamente del riesgo en virtud del que la conducta típica se considera jurídicamente desaprobadada.

Las dificultades son mucho mayores si se admite, con la inmensa mayoría de la doctrina, que la imputación objetiva del resultado presupone, además de la realización del riesgo en sentido estricto, que aquel se hubiera podido evitar de haber obrado correctamente el autor; es el problema del llamado «comportamiento alternativo conforme a Derecho». Dejando al margen las posiciones, hoy extremadamente minoritarias, que rechazan de plano conceder relevancia a esta consideración (teoría del fin de protección de la norma) (9), actualmente existen dos posturas teóricas en liza en relación con este problema: la teoría de la evitabilidad, mayoritaria en la doctrina (10); y la teoría del incremento del riesgo, minoritaria (11), pero célebremente asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso «Madrid Arena» (12).

De acuerdo con la primera, el resultado solo puede imputarse si se prueba que, con una probabilidad rayana en la certeza, se habría impedido si el autor hubiera obrado correctamente. Ni que decirse tiene que, en contextos como el actual, en el que un contagio por coronavirus es un riesgo *ubicuo*, que no desaparece por mucho que todos los implicados respeten las medidas de seguridad, esta prueba resulta prácticamente imposible. La alternativa es acoger la teoría del incremento del riesgo, conforme a la que ha de imputarse el resultado siempre que no se pruebe que, con práctica seguridad, la conducta alternativa lícita no habría servido para evitarlo. Pero, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, la compatibilidad de esta postura con el principio *in dubio pro reo* resulta francamente cuestionable (13).

(9) Así, señaladamente, SPENDEL, G., «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt», *Juristische Schulung*, 1964 (1), pp. 17-19; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 193-257 (esp. pp. 234-239); y, en sus primeros trabajos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 136-143, 156-157, que de un tiempo a esta parte se ha adherido, sin embargo, a la teoría del incremento del riesgo (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad a la imputación objetiva*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018, *passim*, esp. pp. 50-51, 76, 83).

(10) Vid., p. ej., JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 88-90; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), pp. 95-98; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 208, 218; MIR PUIG, S., *PG¹⁰* (2016), pp. 309-310.

(11) Su artífice y más famoso defensor es ROXIN (vid., p. ej. ROXIN/GRECO, *AT⁵* [2020], pp. 496-502) y en España la siguen autores como CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, pp. 475, 521-528.

(12) STS (2.ª) 805/2017, de 11 de diciembre, FD 20.

(13) Vid., p. ej., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), p. 36; LUZÓN PEÑA, *PG³* (2016), p. 218; MIR PUIG, *PG¹⁰* (2016), pp. 209-210; PEÑARANDA RAMOS, E., «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», *Memento Penal 2021* (2020), nm. 1435. No lo ha entendido así el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/2021, de 15 de febrero, recientemente comentada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal InDret*, 2/2021, pp. 405-417.

III. CONTAGIOS EN EL SISTEMA SOCIO-SANITARIO

1. ORGANIZACIONES COMPLEJAS

Una especial problemática plantea en el ámbito sanitario el hecho de que en muchas ocasiones las conductas de posible relevancia penal se habrán producido en el contexto de organizaciones complejas (piénsese en un grupo de empresas con varias residencias, o en un gran centro hospitalario) (14). La determinación de la posible responsabilidad de determinadas personas en las esferas de dirección, que son las que toman las decisiones que pueden llevar a contagios –o a la no evitación de cursos graves de la enfermedad–, tropieza con numerosos obstáculos; tanto fácticos (en la obtención de elementos de prueba) como normativos (en lo que se refiere a construir la imputación del concreto suceso a personas concretas en la cúpula de la estructura en cuestión).

Por un lado, en lo que se refiere a las posibilidades materiales de la instrucción de hallar prueba de cargo, es claro que puede resultar difícil, en primer lugar, obtener una imagen real de cómo funcionaban los procesos de toma de decisión dentro de la estructura de la entidad. En muchos casos, la documentación de la actuación de los órganos de gobierno no contendrá ningún indicio de la existencia de una determinada conducta irregular, al no reflejar los procesos de toma de decisión relevantes.

En segundo lugar –si se logra dejar claro que las decisiones tomadas son irregulares en sí mismas, posiblemente delictivas– se intentará desvirtuar o diluir una posible responsabilidad individual del directivo en cuestión en cada caso (y aquí la defensa individual y la de la entidad puede tener intereses contrapuestos): se dirá por su defensa que el directivo solo era «uno más» de los integrantes de los diversos gremios competentes, por encima o por debajo de su posición jerárquica, que aprobaron las medidas en cuestión.

Por otro lado, no solo puede ser difícil concretar los elementos fácticos, sino que sea difícil encontrar acomodo a la subsunción por razones normativas. Entre el responsable en la cúpula y la ejecución concreta del comportamiento típico puede haber múltiples escalones y estructuras que dificulten identificar al concreto responsable de poner en marcha la actuación relevante. En este ámbito, deben deslindarse en el marco de la imputación objetiva del comportamiento aquellos actos de contribución a la génesis del riesgo posiblemente típicos de aquellos otros cubiertos por una prohibición de regreso (acciones neutrales), en los que la responsabilidad no corresponde a quien realiza una primera acción con efectos causales, sino a quien después la transforma en lesiva.

También podrá suceder que el comportamiento posiblemente relevante consista en una omisión. En tal caso, deberá comprobarse que el papel funcional dentro de la estructura de la entidad le atribuye a una determinada persona una posición de

(14) Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, pp. 155 ss., 184 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», en: Valiente Ivañez, V./Corcoy Bidasolo, M./Gómez Martín, V. (ed.), *Fraude a consumidores y Derecho penal: fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/BdF, Madrid/Buenos Aires, 2016, pp. 235 ss.

garantía respecto de la salud de las personas, de tal modo que pueda entrar en consideración una posible responsabilidad criminal en comisión por omisión (art. 11 CP).

En el ámbito de las conductas imprudentes, se genera en este punto la necesidad de comprobar la cadena de delegaciones de los deberes de supervisión sobre una determinada actividad. Las bases de esta construcción dogmática están en el principio de responsabilidad por actos propios, incluyendo los mecanismos de distribución de tareas que dan lugar a la aplicación del llamado principio de confianza. La comprobación paralela ha de hacerse para los casos de un posible comportamiento doloso, influyendo el superior en su inferior transmitiendo las instrucciones de proceder de modo delictivo desde la cúpula al trabajador sanitario concreto. Como es sabido, la problemática de las responsabilidades penales que se generan en el seno de organizaciones complejas (sea, como es el caso, en una organización sanitaria, sea en empresas u organizaciones de carácter público o criminal) viene marcado decisivamente por el dilema entre, por un lado, lo que se ha llamado «irresponsabilidad organizada», es decir, que la existencia de estructuras complejas en una organización, con múltiples niveles de responsabilidad y toma de decisión, conduzca a que el proceso de decisión delictivo se diluya dentro de la organización; y, por otro, la existencia de una suerte de responsabilidad objetivante, en la que se deduzca la misma del mero hecho de que una persona ocupe un determinado puesto en la cúspide de la entidad, sin necesidad de acreditar ni una conducta indiciariamente relevante ni elementos fácticos que permitan deducir la existencia de los elementos del tipo subjetivo que en cada caso sean de aplicación (como, lamentablemente, se observa en la realidad procesal de nuestro país, en la que es frecuente una suerte de «imputación preventiva» sin previa averiguación de indicios de actuación delictiva, solo con base en la posición –posiblemente formal, no relacionada materialmente con los hechos– que una persona ocupa en una organización).

En el ámbito que nos interesa, será necesario, por lo tanto, conocer tanto la distribución normativa de funciones dentro de la entidad como su ejercicio real en la práctica, para poder establecer en qué medida una persona situada en la esfera de dirección pueda llegar a ser responsable de concretos daños evitables producidos a pacientes o usuarios del sistema socio-sanitario.

2. SITUACIONES DE CRISIS Y ESTADO DE NECESIDAD

Como es de sobra conocido, durante la «primera ola» de la pandemia se han producido situaciones de saturación hospitalaria que han provocado que los sanitarios hayan tenido que tomar decisiones sobre la distribución de recursos sanitarios escasos entre pacientes necesitados. Esta situación de escasez se ha debido al propio carácter masivo e impredecible de la pandemia, pero también, ciertamente, a las políticas de precarización de la sanidad pública desarrolladas durante las últimas décadas, sobre todo en ciertas comunidades autónomas.

Estas decisiones políticas han sido tomadas con plena legitimidad democrática por gobiernos que –con un criterio muy discutible– han concedido prioridad a otros intereses públicos por encima de la sanidad; como tales, se encontraban dentro de su margen de apreciación y no pueden ser ahora objeto de un reproche jurídico-

penal, con independencia de la responsabilidad *política* que pueda derivarse de ellas. El Derecho penal sí puede, en cambio, entrar a valorar las decisiones *concretas* de distribución de los recursos escasos entre pacientes necesitados que han tenido que adoptarse durante la pandemia. Parece claro, en este sentido, que se encuentran cubiertas por el estado de necesidad (art. 20.5.º CP) las situaciones en las que las residencias de ancianos, hospitales, etc. no pudieron tratar a las personas ingresadas en ellos conforme a los protocolos establecidos (aislamiento, uso de equipos de protección individual, etc.), por no disponer de los recursos personales y materiales para ello (15). Los problemas más espinosos comienzan cuando la falta de recursos conduce a denegar el tratamiento a determinados pacientes, con consecuencias eventualmente mortales: cuando dos pacientes se encuentran en una situación de insuficiencia respiratoria que permite pronosticar que morirán si no son intubados, pero solo hay un respirador, ¿a quién se salva y a quién se deja morir?

Las estrategias de triaje sanitario llevadas a cabo para tratar de gestionar del mejor modo posible esta clase de situaciones han reavivado el debate jurídico-penal sobre la justificación por estado de necesidad (art. 20.5.º CP) en situaciones existenciales trágicas: aquellas en las que peligran las vidas de dos o más afectados, pero no pueden salvarse todas a la vez. En el ámbito que aquí interesa, los dilemas que se plantean pueden agruparse en tres grandes escenarios (16). Por un lado, los casos de «traje *ex ante*» se plantean cuando un médico, obligado por dos deberes (de garante) frente a dos pacientes que peligran de morir en caso de no ser inmediatamente atendidos, solo puede salvar a uno de ellos (por ejemplo, porque los dos necesitan ser intubados y solo hay un respirador disponible). Por otro, el «traje *ex ante* preventivo» consiste en denegar a un paciente, respecto del que el médico se encuentra en posición de garante, el acceso a un recurso sanitario escaso (por ejemplo, una cama en la UCI), en aras de dejarlo libre para el previsible ingreso de otro paciente con un pronóstico más favorable; escenario en el que encajaría, probablemente, el ejemplo particularmente extremo de las órdenes de no trasladar a los hospitales a categorías enteras de pacientes (como los habitantes de las residencias de ancianos). Finalmente, el «traje *ex post*» consiste en privar a un paciente de un recurso sanitario escaso ya asignado (por ejemplo, el respirador con el que se encuentra intubado), para emplearlo, con mayores perspectivas de éxito, en el tratamiento de otro paciente.

Los casos de triaje *ex ante* plantean un escenario paradigmático de colisión de deberes: para cumplir su deber de garante de salvar la vida de uno de sus pacientes, el médico tiene que incumplir su deber de garante de salvar la vida del otro. El principio básico de resolución de las colisiones de deberes es el siguiente: si uno de los deberes es *de mayor rango* que el otro, el obligado solo actúa lícitamente cumpliendo el deber de mayor rango; si los deberes son *equivalentes*, puede elegir libremente cuál de los dos cumplir. A partir de aquí, lo que actualmente está siendo objeto de discusión es si, cuando uno de los pacientes tiene mayores *expectativas de supervivencia* que el otro, los deberes de salvarlos son equivalentes (y por tanto

(15) La situación sería completamente distinta –y, en principio, apta para derivar en posibles responsabilidades penales– si, *estando disponibles* los recursos necesarios, no se hubiera hecho un uso adecuado de ellos en el tratamiento de los pacientes.

(16) Seguimos en este punto a COCA VILA, I., «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 1/2021, pp. 172-173 y *passim*.

el médico puede escoger a quién salva sin consecuencias penales)(17) o, por el contrario, es de mayor rango el deber de salvar al paciente con mejor pronóstico (de manera que, si deja morir a este, aun salvando al paciente con menores perspectivas de éxito, el médico se enfrenta a una posible responsabilidad penal por homicidio doloso)(18).

Por su parte, el triaje *ex post* y el triaje *ex ante* preventivo presentan la estructura del estado de necesidad agresivo (art. 20.5.º CP): se sacrifica –activamente, en el primer caso; en comisión por omisión (art. 11 CP), en el segundo– la vida de un paciente cuyas expectativas de salvación están relativamente consolidadas, para salvar a otro con mejor pronóstico de supervivencia. Si se asume aquí la opinión, seguramente mayoritaria, de que el estado de necesidad agresivo en ningún caso justificaría el homicidio, la solución a ambos grupos de casos es categórica: tanto el triaje *ex post* como el triaje *ex ante* preventivo son impermisibles, y el médico que los practica puede responder penalmente de un homicidio doloso(19). De acuerdo con otra perspectiva, el Derecho permitiría en estos supuestos que el médico optara por lo que, tras una ponderación de todos los intereses en juego (incluidas las expectativas de supervivencia de los pacientes y su relativo grado de consolidación), hubiera de considerarse el «mal menor»; una solución más flexible, que permitiría, con carácter general, considerar prohibido el triaje *ex post* y permitido el triaje *ex ante* preventivo(20).

IV. CONCLUSIONES

En atención a todo lo dicho, puede concluirse que la atribución de responsabilidad penal por las consecuencias derivadas de un contagio por coronavirus se presenta, hoy por hoy, como una verdadera carrera de obstáculos. No hay que olvidar, en primer lugar, que la inmensa mayoría de los contagios de los que se tiene constancia no han dado lugar a resultados lesivos penalmente típicos; no, al menos, de aquellos que permiten una punición a título de imprudencia. En segundo lugar, aun cuando la persona contagiada haya padecido lesiones de cierta entidad –o, incluso, haya fallecido– como consecuencia del virus, no será en absoluto sencillo establecer la conexión causal entre un determinado contacto social y el contagio; al menos, hasta que no se desarrollen mecanismos de «trazabilidad» del coronavirus como los que existen respecto del VIH.

(17) Así, COCA VILA, 2021, pp. 184-188; ENGLÄNDER, «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 122-139, 147-148; HÖRNLE, «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 154, 166-173, 185 (que reconduce también a esta figura los casos de triaje *ex post*).

(18) En este sentido, HILGENDORF, E., «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, 10, 2020, pp. 25-26; PANTALEÓN DÍAZ, M., «De kantianos y triajes», *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021. Ulteriores referencias en COCA VILA, 2021, pp. 174-177.

(19) Así, COCA VILA, 2021, pp. 188-192; ENGLÄNDER, 2021, pp. 118-122. También, aparentemente, ROSTALSKI, F., «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, 10, 2020, p. 29.

(20) En esta línea, HILGENDORF, 2020, pp. 24-25; PANTALEÓN DÍAZ, 2021.

Pero la atribución de responsabilidad penal en este ámbito no solo plantea problemas probatorios, sino también importantes dificultades de índole normativa (jurídica). No todas las medidas de contención del virus establecidas administrativa y gubernamentalmente tienen como finalidad la prevención de contagios individuales, por lo que la infracción de estas reglas tiene –a lo sumo– un valor indiciario para determinar si la conducta de la persona originalmente contagiada (que transmite el virus a otra) crea un riesgo jurídicamente desaprobado abarcado por los tipos de homicidio o lesiones. Además, la responsabilidad preferente de la persona que se somete a un contacto con otra (posiblemente) contagiada sobre los riesgos que afectan a su propia vida o integridad física obliga a ser especialmente restrictivos a la hora de calificar, respectivamente, como «autor» y como «víctima» de un delito a las personas que participan en una interacción arriesgada. Finalmente, aun cuando llegue a calificarse como típica la conducta, la imputación del resultado lesivo requerirá –de acuerdo con la opinión mayoritaria– la difícilísima prueba de que este no se habría producido de todas formas si se hubieran respetado todas las medidas de seguridad.

Por último, la atribución de responsabilidad penal por contagios producidos en el marco de las instituciones del sistema socio-sanitario, o gestionados en su seno, plantea una serie de problemas adicionales. Se trata, por un lado, de las dificultades (probatorias, pero también jurídicas) que se presentan a la hora de imputar responsabilidades individuales en el seno de estructuras organizativas complejas. Por otro, las situaciones de escasez de recursos para el tratamiento de todos los pacientes que se han planteado a lo largo de la pandemia generan el problema de calificar penalmente –y, en su caso, considerar justificadas por estado de necesidad– las decisiones (políticas y sanitarias) de distribución de tales recursos escasos entre los distintos pacientes necesitados.