

El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos

SILVIA VALMAÑA OCHAITA
Profesora Titular de Derecho Penal
UCLM

RESUMEN

Los códigos penales españoles y sus sucesivas reformas desde 1822 han dado un diferente tratamiento a los delitos de transmisión dolosa de enfermedades graves, como delito de lesiones o como delito de peligro para la salud pública. Los casos de contagio de enfermedades graves se han circunscrito en los últimos 40 años, en el debate doctrinal y el tratamiento jurisprudencial, a la transmisión del virus de VIH, heredero directo por su etiología y forma y efectos de su transmisión a la tradicional enfermedad venérea. La entrada en escena de nuevas enfermedades graves, muy contagiosas sin un contacto directo, precisa la revisión de los tipos penales existentes y su capacidad de protección de los intereses sociales.

Palabras clave: COVID-19, salud pública, lesiones, homicidio, causalidad, incremento del riesgo, transmisión de enfermedad.

ABSTRACT

The spanish penal codes and their successive reforms since 1822 have given a different treatment to crimes of intentional transmission of serious diseases, as a crime of injury or as a crime of danger to public health. Cases of contagion of serious diseases have been limited in the last 40 years, in doctrinal debate and jurisprudence treatment, to the transmission of the HIV virus, direct heir to its etiology and form and effects of its transmission to the traditional venereal disease. The entry into the scene of serious, highly contagious new diseases without direct contact requires the revision of existing criminal rates and their ability to protect social interests.

Keywords: COVID-19, public health, injuries, homicide, causation, increased risk, transmission of disease.

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Antecedentes históricos. 2.1. El Código penal de 1822. 2.2. La supresión del delito de contagio en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870. 2.3. La reaparición. El Código penal de 1928. 2.4. Nuevo cambio de rumbo. El Código penal de 1932. 2.5. El Código penal de 1944 y la reforma de 1958. –3. Marco legal para una respuesta penal. 3.1. Algunos modelos en derecho comparado. 3.2. El Código penal de 1995.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación del vigente Código penal se ha recrudecido la tradicional pugna entre la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* con la progresiva y persistente expansión del Derecho penal en la búsqueda de una pretendida eficacia que, en muchas ocasiones, supone la pura manifestación de los que se conoce como populismo punitivo.

La narración, más o menos sensacionalista, de hechos especialmente despreciables que llenan las páginas de los periódicos y las imágenes de los informativos, son alimento suficiente de la indignación de los ciudadanos. Más aún, cuando las emociones son excitadas desde las redes sociales, sin sistemas eficaces de autocontrol, que pueden ser caldo de cultivo de noticias falsas e insidias interesadas. Si al horror y la excitación de los ánimos vindicatorios sumamos el miedo, la exacerbación de la respuesta penal es el producto esperable.

Afirma Zaffaroni(1), que «siempre que se habilitó el exceso de poder punitivo para resolver los *grandes males*, sirvió a otros intereses y, lamentablemente, quedaron millones de muertos por el camino. (...) es posible que montajes de poder razonables en tiempos de emergencia se intenten mantener cuando se supere esta situación». Estos riesgos adoptan en ocasiones un exagerado sesgo apocalíptico para la democracia, como el que se aprecia en las reflexiones de Agamben(2)

(1) ZAFFARONI, E.R., «Perspectivas del poder punitivo postpandemia», en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *Pandemia. Derechos humanos, sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 202.

(2) AGAMBEN, G., «L'invenzione di un'epidemia». *Quodlibet*. Disponible en <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia> Recuperado el 15 de febrero de 2021.

al contraponer a las medidas de contención de la pandemia, «frenéticas, irracionales y totalmente inmotivadas medidas de emergencia» adoptadas por los Estados, que podrían incluso englobarse en la categoría de *fake news* y que parecen vinculadas con el pensamiento de Foucault y la noso-política(3).

Por el contrario, Ferrajoli(4) señala que, aunque existan leyes de emergencia que puedan parecer injustificadas e, incluso, inconstitucionales, estos juicios «genéricos y sumarios» contra las restricciones concretas de libertades durante la pandemia pueden restar credibilidad a las denuncias de reversiones auténticas de derechos que se puedan producir. El grito injustificado y conspiranoico de «que viene el lobo», no protege a las ovejas del ataque real.

Más ponderadas aparecen otras voces(5), también críticas con la respuesta institucional restrictiva de libertades, que Paredes(6) no duda en calificar, con especial dureza, de «enfoque radicalmente autoritario, tecnocrático y burocrático» las medidas adoptadas por las administraciones públicas españolas, en las que es suficiente «con que los técnicos (=expertos en salud pública) identifiquen ciertas modificaciones del comportamiento habitual de la ciudadanía como deseables para que sean convertidas en deberes jurídicos; y en el que, además, se supone que basta con promulgar las normas jurídicas que impongan tales deberes de conducta y con fijar sanciones a la infracción de los mismos, para que los destinatarios pasen inmediatamente a modificar su conducta». Una presunción que subyace en la hipertrofia normativa que en relación con el Covid-19 se ha producido en España en forma de un total de 337 nuevas normas jurídicas de diferente rango y origen(7).

Corren en paralelo el temor, más o menos fundado, a la tentación antidemocrática del Estado y al populismo punitivo, que exacerba la respuesta penal y que tantas veces van de la mano cuando se inocular el

(3) FOUCAULT, M., «La política de la salud en el siglo XVIII», en *Saber y Verdad*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1984, pp. 89 y ss.

(4) FERRAJOLI, L., *Pandemia y democracia: por un Constitucionalismo global*, en RIVERA BEIRAS, I., *op. cit.*, p.159.

(5) *Vid.*, ampliamente, *infra*, notas 14 a 16.

(6) PAREDES CASTAÑÓN, J., «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», en *Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*. 2020-3, p. 65.

(7) A 30 de marzo, el número de referencias incluidas era de 341, de las que solo 4 se corresponden a normas de carácter general y previas a la pandemia, y en una de esas mismas referencias se engloba toda la normativa producida por la Unión Europea. Dicho de otra forma, 337 normas específicas en un año. Vid. MARINERO PERAL, A.M. (Comp.), *COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*, 30 de marzo de 2021, BOE. En https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2¬a=1 Recuperado el 1 de abril de 2021.

miedo a toda la sociedad. Hoy la causa de ese horror es un coronavirus ocupando la posición que, como señala Arroyo(8), antes tenía el SIDA como revitalizador de «la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general» y, antes del SIDA, otras enfermedades que revistieran «las características que atribuyó Boccacio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia «por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos».

Por unas cosas o por otras, la política criminal está siendo sustituida con frecuencia por la ideología y la orientación del legislador proviene con mayor frecuencia de canales informales y plataformas de recogidas de firmas, que de las auténticas comisiones de expertos, tradicionalmente constituidas a través de la Comisión General de Codificación, algo que, por desgracia, conozco de primera mano. En el máximo paroxismo hipertrófico normativo, nos encontramos con iniciativas legislativas surgidas directamente en el Parlamento a través de Propositiones de Ley, abandonando el clásico sistema de los Proyectos de Ley remitidos por el gobierno para su debate y aprobación en las Cortes Generales y eludiendo por esta vía la solicitud de los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial en materia penal, o los tradicionales y convenientes del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, e incluso esquivando los informes de otros ministerios distintos al del proponente.

Es evidente que de este tipo de tentaciones no se sustraen ni gobiernos, ni parlamentos, ni países(9), pero conviene recordar los principios tradicionales de la política criminal que establece la *Société Internationale de Défense Sociale*(10) y Arroyo(11) recrea en torno a cuatro postulados fundamentales:

(8) ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA», en *Derecho y salud*, Vol. 4, N.º 1, 1996, p. 210

(9) ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Ed.): *Securitarismo y Derecho Penal, Por un Derecho penal humanista*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2013. *Passim*

(10) *Vid.* los establecidos en sus estatutos y más específicamente en su programa mínimo para una política criminal humanística. *Société Internationale de Défense Sociale: Programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*. 1954. Con la Addenda adoptada en Milán el 15 de diciembre de 1984. Recuperada el 10 de octubre de 2019 en http://blog.uclm.es/defensesociale/files/2019/02/estatutos_f.pdf

(11) ARROYO ZAPATERO, L: «Presentación», en ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *op. cit.* p. 15.

a) No crear con las normas penales más daño social e individual que el estrictamente necesario para combatir el delito.

b) Someter las reformas penales a evaluación técnica y científica, que garantice al Parlamento que la responsabilidad legislativa y de gobierno no se rige por criterios partidistas y de manipulación de la opinión pública.

c) Recordar que lo que conocemos como principios y garantías penales desde el tiempo de Beccaria no es el producto de un partido, ni de un sector profesional, sino un patrimonio cultural y científico que forma parte del contenido esencial del Estado de Derecho.

d) Que los problemas penales son en su mayor parte –salvo los derivados de las nuevas tecnologías– problemas viejos, que han sido enfrentados por generaciones de legisladores, juristas y científicos y que despreciar ese patrimonio de experiencias y de conocimientos es bien ajeno a la prudencia que debe regir la acción del Príncipe».

¿Estamos un «frenesí asegurador»(12) que desemboca en un proceso deshumanización del derecho penal(13)? ¿O solamente ante la resistencia doctrinal frente a un cambio de paradigma que demanda la sociedad? ¿Estamos realmente antes una crisis de la legalidad penal que nos enfrenta a una regresión medieval en la represión del delito(14) que se ha acentuado con el anuncio del último jinete del apocalipsis liberticida?

Vivimos un momento en el que no es extraño que la opinión pública y la academia hayan vuelto sus ojos, desde diferentes perspectivas, al nuevo/clásico(15) escenario de la respuesta eficaz a la plaga,

(12) DELMAS-MARTY, M., «Deshumanización del Derecho Penal», en ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Ed.): *op.cit.* P. 24.

(13) Como proclama el título del artículo original de DELMAS-MARTY, M., «Déhumanisation du droit pénal», en *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Éditions Du Seuil. Paris, 2010.

(14) MORALES PRATS, F., «Represión penal y estado de derecho cuatro décadas después», en MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R. M. (coordS.), *Represión penal y estado de derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018. Pp. 189-205. Especialmente esclarecedor, en el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «La Nueva Edad Media: la llegada de la peste», Opinión. Diario *La Vanguardia*, 4 de junio de 2020. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200604/481596159813/la-nueva-edad-media-la-llegada-de-la-pestes.html> Recuperado el 22 de diciembre de 2020.

(15) No solo debemos a Francos Rodríguez, médico y ministro, «la primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general», tal y como nos cuenta Luis Arroyo en su trabajo citado *supra*. También resuenan actuales sus palabras de para describir la situación en la epidemia de gripe de 1918: «En los días tristes de epidemia, como en todos los trances críticos del vivir humano, la acción egoísta ejerce desenfrenado imperio. El hogar no se acuerda del vecino y se resiste a la declaración del mal con-

que no solo se aborda desde las ciencias de la naturaleza, sino que exige una respuesta adecuada en el campo de las ciencias sociales y jurídicas, cuestión que ya anticipaba Arroyo(16) de forma incisiva: «El Proyecto de 1994 se sustrajo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan solo aletargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras».

Estoy de acuerdo en que la respuesta no puede acomodarse a la demanda de un chivo expiatorio en el que saciar los instintos básicos que se alimentan del miedo; miedo a la enfermedad, miedo a perder un estilo de vida, la prosperidad, la seguridad. Pero creo que tampoco podemos permanecer impasibles, en el pedestal de cristal de la razón fría y aséptica que, instalada en la convicción moral superior, desatiende y se muestra indiferente hasta que es arrastrada por el tsunami normativo-represivo(17) del que cuesta décadas recuperarse.

De la fuerza de esa opinión pública desbocada hemos tenido frecuentes ejemplos en los últimos años y no solo en España. El reto es abordar la respuesta a la demanda social de seguridad sin que se tambaleen los derechos y las garantías que hemos conquistado durante años.

Y no es solo el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal lo que se puede ver comprometido, sino incluso la propia exigencia del cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad, que al menos de momento se mantiene a salvo por la impecable aplicación que del mismo está haciendo el Tribunal Supremo. Aplicación y defensa que declara de forma expresa cuando señala que «El principio de legalidad

*tagioso para no sufrir las torturas del aislamiento. El pueblo se olvida de los contagios y oculta el mal transmisible para que no le impongan medidas dañosas a sus particulares intereses. La nación prescinde de las fronteras para que las resoluciones sanitarias no le acarreen la miseria; pero como el bien de los más ha de superponerse a las conveniencias de los menos, el hogar se allana para bien del prójimo, el pueblo se somete a órdenes vejatorias en provecho de todo el país y un Estado sufre imposiciones de los demás para combatir contra los gérmenes que en el ambiente, en las aguas o con las personas difunden el estrago». FRANCOS RODRÍGUEZ, J., «El problema sanitario y sus titulares», en *La España Médica (La epidemia de gripe en España. Su aspecto sanitario y clínico)*. n.º 281, Madrid, 10 de noviembre de 1918.*

(16) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, 1996, p. 215.

(17) Sobre la aceleración normativa en tiempos de pandemia, *vid.* JIMÉNEZ SEGADO, C., «Excepción y derecho penal en la globalización de las catástrofes», *La Ley Penal* n.º 144, mayo-junio 2020: *Delitos en tiempo de emergencia sanitaria*, Editorial Wolters Kluwer, 1 de mayo de 2020.

y la consecuente exigencia de taxatividad en la definición de los tipos penales operan como límites infranqueables en la aplicación de la ley penal. No toda conducta socialmente reprobable tiene encaje en un precepto penal. Contemplar los tipos penales como contornos flexibles y adaptables coyunturalmente para dar respuesta a un sentir mayoritario supone traicionar las bases que definen el derecho penal propio de un sistema democrático (...)»(18).

Las «leyes excepcionales» dictadas en España con los decretos que declaraban los sucesivos estados de alarma se han visto excesivas(19) o ineficaces(20), o ambas y tampoco han incluido una previsión de creación o aplicación de un derecho sancionador para los casos de contagio de la enfermedad; ello ha determinado el surgimiento de un sentimiento de orfandad a la hora de dar respuesta a las muchas cuestiones que se plantean para prevenir las conductas de riesgo y de lesión derivadas de los incumplimientos normativos y de los deberes de cuidado y, además, establecer las posibles responsabi-

(18) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 24.

(19) Muchas de ellas, por la propia elección del instrumento de un estado de alarma cuando en su contenido se producía una suspensión de derechos fundamentales, principalmente el de libre circulación, haciéndola pasar por una «limitación», lo que ha sido señalado por algunos autores como una «grosera manipulación» del texto constitucional; en ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Estado de alarma o de excepción», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL Universidad de Santiago de Compostela. 2020. P. 13. Disponible en file:///E:/Perfil/Downloads/6706-Texto%20del%20art%C3%ADculo-34405-1-10-20200403.pdf, Recuperado el 18 de noviembre de 2020. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «Pandemia y Libertades», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 59, julio-septiembre de 2020, pp.13 a 15. También en contra de la utilización del Estado de alarma como instrumento para la suspensión de derechos fundamentales, vid. DÍAZ REVORIO, F. J., *Cosas de juristas*, Disponible en <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/> Recuperado el 18 de noviembre de 2020. NOGUEIRA LÓPEZ, N., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», en *El cronista del estado social y democrático de derecho*. n.º 86-87. En contra de esta interpretación, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Límite y restricción, no suspensión», en el diario *El País*, 8 de abril de 2020. LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», *Diario La Ley*, n.º 9601, de 25 de marzo de 2020, *passim*.

(20) Sólo como ejemplo, en dos momentos diferentes, *vid.*, «Barones del PSOE y del PP exigen a Sánchez medidas más duras contra el coronavirus», en *El confidencial digital*, 22 de marzo de 2020, https://www.vozpopuli.com/politica/barones-PSOE-Page-Sanchez-coronavirus_0_1339066420.html. «Las CCAA se cansan de la inacción del Gobierno y del ‘candidato Illa’ ante la cuarta ola de Covid», en *Economía Digital*, el 15 de enero de 2021, <https://www.economiadigital.es/politica/las-ccaa-se-cansan-de-la-inaccion-del-gobierno-y-del-candidato-illa-ante-la-cuarta-ola-de-covid.html>. «El Gobierno se resiste a endurecer el estado de alarma pese a la catástrofe de los datos de la Covid», en *El Español*, 19 de enero de 2021, https://www.elespanol.com/espana/politica/20210119/gobierno-resiste-endurecer-alarma-catastrofe-datos-covid/552196147_0.html.

dades de personas físicas y jurídicas, de particulares, administraciones y responsables políticos, en relación con los resultados de muerte, lesiones, privaciones y limitaciones de derechos, daños materiales y pérdidas económicas asociadas a las acciones y omisiones realizadas; responsabilidades que no solo se podrían situar en el ámbito penal, sino también y preferiblemente(21), en el civil y en el patrimonial de la administración.

Es necesario reflexionar sobre la suficiencia de la legislación existente para la adecuada respuesta penal ante los casos de transmisión dolosa e imprudente de enfermedades graves. Estamos ante un nuevo desafío de un problema viejo. Se trata de establecer si los instrumentos que sirvieron en la «peste» de los 80, el SIDA, son los suficientes en la nueva «peste» de cuarenta años después.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La intermitente presencia del delito de contagio como un delito de peligro en los códigos penales españoles ni siquiera puede asociarse de manera clara a la presencia de enfermedades transmisibles especialmente peligrosas o contagiosas; así, aunque la última gran epidemia de peste se sitúa en Mallorca en 1820(22), la presencia continuada de enfermedades infectocontagiosas durante todo el siglo XIX no permite afirmar una vinculación con la aparición de los delitos contra la salud pública relacionados con la propagación de esos contagios. Paludismo, cólera, tifus exantemático, fiebre amarilla, y los más comunes y endémicos sarampión, viruela, gripe, escarlatina y difteria(23) fueron frecuentes durante toda la vigencia de los Códigos de 1822(24), 1848, 1850 y 1870, con desigual tratamiento en los mismos.

(21) MESTRE DELGADO, E., «Editorial: ¿Será la vieja excepcionalidad la nueva normalidad en el derecho penal? », en *La Ley penal*, n.º 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, pp. 1 a 3.

(22) DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., «Las enfermedades más frecuentes a principios del S. XIX y sus tratamientos», p. 151. Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/16/11figuera.pdf> Rescatado el 12 de agosto de 2020.

(23) DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., *cit.*, p. 154 y ss.

(24) Sobre la cuestionada vigencia del Código penal de 1822, *vid.* LÓPEZ REY, O., «El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», en ADPCP, 2018. Vol. LXXI, pp. 347 y ss.

2.1. El Código penal de 1822

El Código penal de 1822 trataba entre los delitos contra la salud pública un tipo de transmisión de enfermedades contagiosas que, a pesar de la objetivación en su redacción, aparece vinculada a la remota aplicación de una versión del principio de culpabilidad del artículo primero, 1 y 2, del mismo texto legal, es decir, tanto dolosa como imprudentemente: «*Los que introdujeran ó propagaren enfermedades contagiosas ó efectos contagiados, y los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, ó se evadan de los lazaretos, sufrirán las penas establecidas ó que se establecieron en el reglamento respectivo*» (sic)(25); y se configura como un delito contra la salud pública, sin perjuicio de la regulación de los delitos de homicidio y lesiones para los resultados causados a través de dicho contagio. Sin embargo, la brevedad en la aplicación del Código de 1822(26) apenas ha dejado indicios de cómo pudieron derivarse hacia una y otra posibilidad tal transmisión de enfermedades, tanto venéreas como de capacidad de contagio comunitario.

2.2. La supresión del delito de contagio en los códigos penales de 1848, 1850 y 1870

La desaparición de un delito contra la salud pública en los códigos de 1848, 1850 o 1870 constituyen, sin lugar a duda, una elección del legislador. Así lo indica Groizard(27), comentando el Código de 1870: «En ningún artículo del presente capítulo se habla de los delitos que contra la salud pública se cometen en épocas de epidemias. Lo aplaudimos. El código no debe reflejar más que los medios jurídicos protectores de la sociedad en sus condiciones normales. Las medidas enérgicas y los procedimientos excepcionales (sic) tienen su razón de ser en las angustias y necesidades que experimentan los pueblos cuando sufren o ven próximas las catástrofes epidémicas. En tales circunstancias los preceptos científicos de la imputabilidad y la graduación de las penas son deficientes. Sus moradores, en guerra

(25) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.): *Códigos penales españoles*. Akal. Madrid, 1988, p. 91.

(26) LÓPEZ REY, O., «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, BOE, 2018, pp. 347 a 401.

(27) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 [Texto impreso]. Concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna*, T. IV. Ed. Esteban Hermanos, Impresores. Salamanca, p. 30.

contra las fuerzas de la naturaleza que amenazan la vida de todos con la pestilencia del aire, el envenenamiento de las aguas y la infección de los alimentos no se preocupan ni detienen ante la legalidad de las armas con que combaten, usan las más eficaces. La necesidad impone sus preceptos y el instinto de conservación prevalece sobre los cálculos de la razón y las enseñanzas jurídicas. En tan anormal estado, la más lógica y eficaz expresión del derecho son las leyes excepcionales: ellas con la oportunidad, rapidez y variedad de sus prohibiciones y sanciones son las únicas que pueden amparar la multitud de derechos e intereses sociales heridos y amenazados».

Es claro que la desaparición es deliberada, sin que ello suponga nada más que la búsqueda de otro instrumento para la persecución de los delitos cometidos «*en contravención de las leyes sanitarias en tiempos de epidemia*»(28), excluyéndolos expresamente de la aplicación del Código Penal, como establece el artículo 7 del Código Penal de 1848. Entre las modificaciones que introduce el Código de 1850 se encuentra precisamente la fórmula menos precisa, pero ampliada, que se realiza en referencia a la exclusión de los delitos «*que se comenten en contravención á las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales*»(29).

Así lo manifiesta también Antón(30) cuando señala, en relación con las modificaciones más interesantes que el Código de 1850 introdujo, que «El artículo 7 del Código del 48 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código: los militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se comentan en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia: La de 1850 agregó «*Y las demás que estuvieren penadas por leyes especiales*». Dada la amplitud de esta frase, holgaba la mención de las anteriores, y, por ello, el legislador de 1870 prescindió de citarlas». Porque el Código penal de 1870 establece en su artículo 7 que «*No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales*»(31).

Sin embargo, y a pesar de su posición favorable a las leyes especiales como mejor mecanismo de tipificación de la conducta de contagio de enfermedades en épocas de epidemia, Groizard se inclina

(28) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 196.

(29) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 328.

(30) ANTÓN ONECA, J., «El Código Penal de 1870», en *ADPCP* 1970, II, pp. 231 y 232.

(31) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 498

por una tipificación expresa de la propagación intencionada del contagio: «Un hecho hay, sin embargo, que no debería por su extraordinaria gravedad dejarse de describir ni castigar en el Código Penal: la propagación intencional del contagio. Por odio á una familia un hombre puede introducir clandestinamente en una casa las ropas de un cólico con el depravado fin de llevar á ella la desolación y la muerte. ¿Quién puede negar que este infame proceder presenta de relieve todos los caracteres de un verdadero delito? Supongamos que el edificio donde los efectos apestados se introducen es un cuartel, un hospicio ó un hospital, un sitio, en una palabra, donde la gente viva aglomerada, ¿quién podría calcular las consecuencias de tan detestable propósito? Nuestro Código, sin embargo, no castiga este hecho. Quizás se ha creído que no habría entre los hombres ninguno tan malvado que á tal extremo le condujesen (*sic*) sus desapoderadas pasiones. Pero este modo de discurrir es impropio del legislador. Donde el entendimiento conciba la posibilidad de la perpetuación de un crimen, ese crimen debe estar castigado. Si las maldades humanas no llegan hasta el punto de causar en la sociedad la prevista perturbación, felicitémonos de ello: nada se habrá perdido porque la ley haya calculado su magnitud y haya indicado la pena de su represión».(32)

Sin embargo, el número 7 del artículo 471 del Código penal de 1848 castiga con la pena de cinco a quince días o multa de «cinco a quince duros» a los que «infringieren las reglas higiénicas ó (*sic*) de salubridad acordadas por la Autoridad en tiempo de epidemia o contagio»(33), configurando como una falta grave la conducta de desobediencia o desatención de las normas, sin que se requiera peligro concreto o abstracto de transmisión de la enfermedad, formato que se mantiene con idéntica redacción en el artículo 485,6 del Código penal de 1850(34).

Se trata de un delito de desobediencia a las órdenes de la autoridad gubernativa, sin que se requiera ningún tipo de peligro, concreto o abstracto en relación con la salud pública, sino más bien contra el orden público, tipificado junto con conductas tan dispares como bañarse faltando a las normas de decencia, infringir las normas sanitarias sobre prostitución o arrojar animales muertos, basuras o escombros en las calles, entre otras.

(32) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op.cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

(33) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 302.

(34) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 441.

De forma más sistemática, el Código penal de 1870 tipifica en su artículo 596,3 como una falta contra los intereses generales y régimen de las poblaciones la conducta de infringir «las disposiciones sanitarias dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia ó (*sic*) contagio»(35). Aún cuando la redacción del precepto no supone una revisión de la redacción mantenida desde el Código de 1848, sí conviene señalar que «las reglas de cuya infracción se trata no son las que se ha dado en diferentes épocas en que una o más comarcas de España han sido invadidas de alguna epidemia ó contagio, sino que las particulares que se dicten por el Gobierno ó por las Autoridades locales, cuando desgraciadamente sobrevengan tales azotes; pues, como se comprende, las disposiciones que se establecen en estos csao han de ser por lo general variables, según la naturaleza especial del mal ó contagio ó las circunstancias del país ó comarca invadidos»(36)

2.3. La reaparición. El Código penal de 1928

La desaparición del delito de contagio del catálogo de delitos hasta su breve reaparición en el Código penal de 1928 no parece vinculada ni a estas reflexiones ni a la existencia de graves epidemias, sin que pueda deducirse la influencia de la mal llamada «gripe española» de 1918 en la introducción de un capítulo II en el Título VIII, dentro de los delitos contra la salud pública, rubricado como de *Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública*, que tipifica a lo largo de los artículos 547 a 552(37) la responsabilidad de los sujetos a través de diferentes conductas, con el denominador común de la exigencia de

(35) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 646.

(36) VIADA Y VILASECA, S., «Código penal reformado de 1870», Ed. Fernando Fe, A. San Martín, Donato Guío, Tomo III, 4.ª edición, 1890, p. 732.

(37) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, pp. 856 y 857. También disponible en La Gaceta de Madrid, n.º 257, 13 de septiembre de 1928. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

«Artículo 547. El que, a sabiendas, infringiere las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas para evitar la introducción o propagación de alguna epidemia o enfermedad contagiosa, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas, al prudente arbitrio del Tribunal. Sí por consecuencia de la infracción hubiere sido atacada de enfermedad contagiosa alguna persona, la pena se aplicará en el grado máximo.

Artículo 549. El que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

dolo, mediante la exigencia de actuar *a sabiendas* o *maliciosamente*. Además, el Código de 1928 contempla en el artículo 534 la posibilidad de causar lesiones, no solo a través de la fórmula, presente desde el mismo inicio del proceso codificador, consistente en describir la conducta típica como herir, golpear o maltratar, sino como la posibilidad de aplicar las penas de los delitos de lesiones «*al que sin ánimo de matar causare a otro alguna de las lesiones mencionadas, administrándole a sabiendas substancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu*»(38). En todo caso, la ausencia de aplicación jurisprudencial de ambos delitos(39), por la breve vigencia de este Código, impidió conocer su eficacia práctica.

También el Código de 1928 contempla, dentro de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, algunos tipos en relación con infracción de deberes en tiempos de epidemia, si bien con la peculiaridad de que no se limita, de forma más amplia e imprecisa de la contenida en los códigos precedentes, a castigar a «los que infringieren las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia o contagio» en el artículo 809.3, sino que introduce otra conducta en el apartado 4 del mismo artículo, la de infringir «las disposiciones de la legislación sanitaria relativas a la declaración de enfermedades contagiosas y de epidemias, así como los que quebrantaren los preceptos referentes a desinfección», estableciendo en ambos casos la pena de multa de 50 a 500 pesetas, salvo que constituyan delito del Libro II; es decir, que la conducta no suponga la comisión de un delito de los artículos 547 y 549 del citado texto legal, al no atender las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas de forma negligente o por transmitir maliciosamente la enfermedad, respectivamente.

Artículo 552. Las penas señaladas en los artículos anteriores se entienden sin perjuicio de las que corresponderían si el hecho constituyere un delito de mayor gravedad». Se añade un artículo 553 referido a la contaminación de aguas, que no está directamente vinculado con el objeto de este trabajo.

(38) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, pp. 852. También disponible en *La Gaceta de Madrid*, n.º 257, 13 de septiembre de 1928, Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

(39) SAINZ CANTERO, J. A., «El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967.

2.4. Nuevo cambio de rumbo. El Código penal de 1932

El Código penal de 1932 quiere apartarse del modelo penal del Código de la dictadura, volviendo a las fórmulas establecidas en los Códigos de 1848 y más directamente de 1870, brevemente restablecido por la República hasta la aprobación de este(40). Por una parte, mantiene la posibilidad, ya prevista en el Código de 1928, de aplicar las penas correspondientes a los delitos de lesiones a quien, sin ánimo de matar, causara «a otro algunas de las lesiones graves», a través de la administración de sustancias nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, en los términos establecidos en el artículo 424 del nuevo Código.

Lo más notable es que, en el Título II del Libro III, dentro de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, se mantiene la tipificación de la infracción de «las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia o de contagio» en el artículo 572, pero desaparece la concreta fórmula introducida por el Código penal de 1928 sobre la obligación de declarar la enfermedad contagiosa o la infracción de las normas de desinfección.

Sin embargo, curiosamente no refiere la infracción de normas sanitarias o de salubridad, tal y como se requería en los Códigos decimonónicos, sino que mantiene la fórmula introducida por el Código de la dictadura, más amplia e imprecisa, que supone que la comisión de la falta recogida en el artículo 572 se produce por el incumplimiento de cualquier tipo de normas, que del tenor literal del precepto podría desprenderse su extensión incluso a aquellas reglas que no tuvieran relación con la epidemia, sino que bastaría con que se hubieran dictado dentro del tiempo marcado por dicha situación de epidemia.

2.5. El Código penal de 1944 y la reforma de 1958

Como en el Código de 1932, el Código de 1944 mantiene como falta la infracción de las reglas dictadas por la autoridad en tiempos de epidemia o contagio (artículo 577,3)(41) y tampoco contempla el delito de transmisión de enfermedades, tanto en su versión de delito contra la salud pública como a través de la «administración de sustancias».

(40) GARCIA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias» *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, BOE. 2012, p.38.

(41) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 1335.

Es con la reforma de 1958(42) a este último Código cuando se introduce un artículo 348 bis, que recupera, dentro de los delitos contra la salud pública, la tipificación de todo tipo de contagio, y no solo el venéreo, siempre que esta transmisión fuera dolosa: «el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera un delito más grave». Respecto de este delito señala Quintano dos aspectos especialmente significativos: por una parte, y derivado de su posición sistemática, al final del capítulo, la no inclusión *ex lege* de la posibilidad de comisión doloso-eventual del delito de transmisión de enfermedades; de otra, la conveniencia de encuadrar este tipo, por su *maliciosidad*, dentro de los delitos contra las personas, «donde tradicionalmente la encuadra la jurisprudencia, sobre todo en los supuestos de contagio sexual»(43).

Esta redacción permaneció inalterada toda la vigencia del Código penal, hasta que la aprobación del Código penal de 1995, el llamado Código penal de la democracia, supuso la derogación del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

3. MARCO LEGAL PARA UNA RESPUESTA PENAL

3.1. Algunos modelos en derecho comparado

Los delitos relacionados con la transmisión dolosa de enfermedades han ido desapareciendo de muchos de los Códigos penales europeos(44), en un proceso de despenalización que limitaba la tipici-

(42) Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Penal, BOE n.º 99, 25 de abril de 1958, p.738. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1958/099/A00738-00739.pdf> . Recuperado el 8 de agosto de 2020.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código penal», en *ADPCP*, 1958, I, p. 72

(44) Sobre su pervivencia en algunos países europeos de tipos autónomos de transmisión de enfermedades contagiosas, *vid.* TURANJANIN, V. y RADULOVIĆ, D., “Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law. Reaction in Europe: A Review”, en *Iranian Journal of Public Health*, Vol. 49, Suppl.1, 2020, pp.4 a 11. Dis-

dad de estas conductas a aquellas que eran constitutivas de lesiones o de homicidio.

En Alemania, la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades infectocontagiosas, concretamente el SIDA, se resuelve mediante la aplicación de los párrafos 223, 224 y 229 del Código penal alemán(45): El párrafo 223 StGB establece el tipo básico del delito de lesiones, configurado como un maltrato de obra o la causación por cualquier procedimiento de años en la salud, incluidos los psíquicos. Por su parte el párrafo 224 StGB tipifica los delitos más graves contra la salud, entre los que incluye su lesión cuando se produzca a través de la utilización de veneno u otras sustancias nocivas para la salud o tratamientos que pongan en peligro la vida de las personas. El párrafo 229 StGB establece la responsabilidad por lesiones imprudentes. En relación con la aplicación del párrafo 223 StGB a los casos de contagio por Covid-19, recientemente el tribunal de distrito de Braunschweig ha dictado sentencia en el orden civil, estableciendo una indemnización de 250 € en el caso de una persona que, en abril de 2020, tosió en la cara de forma deliberada sobre un vigilante del mercado que insistió en que cumpliera las medidas de distancia social establecidas para la prevención de los contagios. Lo más llamativo es que no se realizó ninguna prueba a los implicados en el caso para detectar si alguno de ellos era portador del virus Sars-CoV2, con lo cual la indemnización se estableció basándose en que toser intencionadamente en tiempos de pandemia debía calificarse como un atentado contra la salud, por el alto riesgo de infección por una enfermedad

ponible en <https://ijph.tums.ac.ir/index.php/ijph/article/view/20535>, Recuperado el 7 de enero de 2021.

(45) StGB § 223 Körperverletzung

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung:

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,

(...)

5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

StGB § 229 Fahrlässige Körperverletzung

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

potencialmente grave o incluso mortal, además de los daños psíquicos producidos por la preocupación del posible contagio(46).

Aunque los tribunales alemanes aún no se han pronunciado sobre la aplicación de los parágrafos 223 y 224 StGB para el caso del Covid-19, parece que no hay mucha discusión sobre su pertinencia en el caso de transmisión dolosa de la enfermedad, establecido por el precedente de la jurisprudencia en relación con el VIH, por la que basta el contagio del virus y no el desarrollo posterior de la enfermedad para que se produzca la consumación del delito de lesiones. En este sentido, el informe del servicio científico del Parlamento alemán(47), de 18 de febrero de 2021, no sólo recoge esta doctrina con carácter general, sino que atribuye la posibilidad de comisión de estos delitos a las autoridades y funcionarios públicos en aplicación del parágrafo 340 del Código penal alemán(48), y tanto por acción como por omisión.

Por su parte, el Código penal francés tipifica estas conductas a través de los delitos de homicidio o lesiones dolosos o imprudentes(49), como delitos de resultado, con las mismas consecuencias y características del derecho alemán y español en lo que se refiere a la

(46) Sentencia de 9 de octubre de 2020, AG Braunschweig (112 C 1262/20) El demandante reclama al demandado el pago de daños y perjuicios por el dolor y el sufrimiento debido a la tos intencionada.(§ 253 párrafo 2 BGB, § 823 párrafo 1 BGB): “[...] *das Anhusten gegen das Gesicht, bei dem unweigerlich körperliche Aerosole freigesetzt werden, unter diesen Umständen über die Grenze hinzunehmender Bagatellen hinaus geeignet, das körperliche Wohlbefinden und die Gesundheit zu beeinträchtigen.*”

(47) WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE, “Die Ausfuhr von SARS-CoV-2-Impfstoff aus der Europäischen Union. Strafrechtliche Aspekte des Verhaltens der Exekutive”, expediente n.º WD 7 - 3000 - 012/21. En <https://www.bundestag.de/resource/blob/829898/542c143a0152558970c821201b06999c/WD-7-012-21-pdf-data.pdf> Recuperado el 26 de marzo de 2021.

(48) StGB § 340 Körperverletzung im Amt (1) *Ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*

(49) Code pénal Article 221-5

Le fait d’attenter à la vie d’autrui par l’emploi ou l’administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L’empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu’il est commis dans l’une des circonstances prévues aux articles 221-2, 221-3 et 221-4.

Les deux premiers alinéas de l’article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l’infraction prévue par le présent article.

Article 221-6

Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l’article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort

necesaria prueba de la relación de causalidad entre el acto de contagio y la lesión o el homicidio producido. Sin embargo, el artículo 223-1 del Código penal francés (50) establece la tipicidad del hecho de exponer directamente a otra persona a un riesgo inmediato de muerte o lesiones que pueda producirle una mutilación o invalidez permanente, en los casos en que ese riesgo provenga de la violación manifiestamente deliberada de una determinada obligación de seguridad o prudencia impuesta por la ley o el reglamento; en estos casos, este delito de peligro, que no requiere la concreta causación de la lesión, sino la mera exposición al riesgo, se castiga con un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

Sin embargo, en Francia, desde la llamada ley Fauchon, el artículo 121.1 del Código penal establece la responsabilidad por imprudencia(51), según la cual también hay delito, cuando así lo disponga la

d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende.

Article 222-15

L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 suivant les distinctions prévues par ces articles.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles.

(50) Code pénal art. 223-1

«Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende».

(51) Code pénal art. 121.3.

«Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure».

ley, en caso de imprudencia, negligencia o incumplimiento de una obligación de prudencia o seguridad prevista en la ley o en el reglamento, si se demuestra que el autor de los hechos no tuvo la diligencia normal, teniendo en cuenta, en su caso, la naturaleza de sus obligaciones o funciones, sus competencias y el poder y los medios de que disponía. En estos casos, también pueden responder penalmente los cargos electos que no hayan causado directamente el daño, pero que hayan creado o contribuido a crear la situación que permitió que este se produjera o que no hayan tomado las medidas para evitarlo, serán penalmente responsables si se demuestra que han violado de forma manifiesta y deliberada una obligación particular de cuidado o seguridad prevista por la ley o los reglamentos, o que han cometido una falta grave que ha expuesto a otros a un riesgo especialmente grave que no podían ignorar, que es directamente aplicable a los responsables públicos que debieron prevenir la transmisión de las enfermedades, en función de las acciones y omisiones que realizaron y de los medios y capacidades de que disponían. La responsabilidad por imprudencia alcanza a la que se produce de forma directa por contravenir un deber de diligencia concreto, que puede suponer la directa transmisión del virus o favorecer su expansión a través de las decisiones, órdenes, actuaciones y omisiones en relación con el confinamiento o desconfinamiento, provisión de equipos, apertura o cierre de negocios o escuelas, etc.

El espíritu de la Ley Fauchon se ha visto reforzado, que no sustituido, con la ley n° 2020-546 de 11 mayo de 2020, por la que se proroga el estado de emergencia sanitaria y disposiciones complementarias, cuando en su artículo 1.º modifica la ley de sanidad pública, y en consecuencia establece que el artículo 121-3 del Código Penal es aplicable «teniendo en cuenta la competencia, el poder y los medios de que dispone el autor en la situación de crisis que justificó el estado de emergencia sanitaria, así como la naturaleza de sus misiones o funciones, en particular como autoridad local o empleador»(52).

La controversia que la enmienda que introdujo esta cuestión durante la aprobación de esta ley durante su debate parlamentario entre el gobierno, que descartaba la posibilidad de que se produjera

(52) Article 1er de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a introduit dans le code de la santé publique un article L. 3136-2 relatif aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale en cas de catastrophe sanitaire «L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur».

una «amnistía adelantada» con una despenalización de cualquier responsabilidad, y la evidente intención de dotar de cierta seguridad «psicológica», como algunos han afirmado, ha quedado zanjada en la redacción final del precepto, al garantizarse que se trata de una norma interpretativa, que no altera el contenido del citado art. 121.3, y que ha sido convalidada por el Consejo Constitucional francés en su resolución de 11 de mayo de 2020, rechazando la posibilidad de que la inclusión de esta previsión pudiera de alguna manera suponer la vulneración del principio de igualdad frente a la ley penal(53). No obstante, la responsabilidad en otros ámbitos se mantiene, como la que dio lugar a que la empresa Amazon tuviera que restringir su actividad a la distribución de productos esenciales(54) en aplicación del artículo L4121-1 del Código de trabajo francés.

A diferencia de lo que ha sucedido en Alemania, Francia y, como veremos más adelante en España, Italia ha dictado normas penales a través de las cuales ha creado una tipificación específica del delito de incumplir la orden de confinamiento en la residencia a los portadores del virus, por cuarentena obligatoria. Esta medida ha sido introducida por el artículo 4,6 del Decreto Ley n.º 19(55) y establece, en el número 7 del citado precepto, las penas de prisión de 3 meses a 18 meses y multa de entre 500 y 5.000 euros para la referida «contravvenzione», agravando la inicialmente prevista por la legislación sanitaria(56).

(53) *Vid.* ampliamente en RADISSON, L., «Loi état d'urgence: un encadrement de la responsabilité pénale en trompe-l'œil». *Actu-Environnement.com*, 11 de mayo de 2020. En <https://www.actu-environnement.com/ae/news/deconfinement-responsabilite-penale-etat-urgence-sanitaire-prolongation-projet-loi-35452.php4> Recuperado el 4 de marzo de 2021.

(54) *Vid.* en BARRY, M., «[Coronavirus] Condamnation d'Amazon: quels enseignements pour sécuriser son activité?». *NETPME par les éditions législatives*. En <https://www.netpme.fr/actualite/coronavirus-condamnation-damazon-quels-enseignements-pour-securiser-son-activite/> Recuperado el 4 de marzo de 2021.

(55) Decreto-Legge de 25 marzo 2020, n. 19 «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertido, con modificaciones, en la Ley de 22 de mayo de 2020, n. 35. Art. 4,6: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque piu' grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), e' punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

(56) Decreto-Legge de 25 marzo 2020, n. 19 Art. 4,7: «Al comma 1 dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, le parole «con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000» sono sostituite dalle seguenti: «con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000».

Es precisamente este Decreto Ley el que contempla de forma expresa la posibilidad de aplicar el delito de epidemia imprudente del artículo 452 del Código penal italiano(57), o incluso la alusión a un delito más grave que se refiere, como señala la doctrina(58), al delito doloso de epidemia(59).

(57) Art. 452 - Delitti colposi contro la salute pubblica (1)

«Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 è punito (2):

1. con la reclusione da tre a dodici anni, nei casi per i quali le dette disposizioni stabiliscono la pena di morte (3);

2. con la reclusione da uno a cinque anni, nei casi per i quali esse stabiliscono l'ergastolo (4);

3. con la reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso in cui l'articolo 439 stabilisce la pena della reclusione.

Quando sia commesso per colpa alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 440, 441, 442, 443, 444 e 445 si applicano le pene ivi rispettivamente stabilite ridotte da un terzo a un sesto».

(1). A questi reati si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185; dalla L. 29 marzo 1951, n. 327, e dalla L. 30 aprile 1962, n. 283 (salvo che per le contravvenzioni previste dagli artt. 8 e 14), e dall'art. 221 del T.U. delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, sono esclusi dalla depenalizzazione, ai sensi dell'art. 34, L. 24 novembre 1981, n. 689. Vedi la L. 8 luglio 1986, n. 349, sull'istituzione del Ministero dell'ambiente e in materia di danno ambientale.

(2). Vedi l'art. 249 R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, di approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.

(3). La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita con l'art. 1, D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

(4). I delitti previsti in questo numero, consumati o tentati, sono attribuiti al tribunale in composizione collegiale, ai sensi dell'art. 33-bis del codice di procedura penale, a decorrere dalla sua entrata in vigore.

(58) CUPELLI, C., «Il diritto penale alla prova dell'emergenza Covid-19 nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori. Criminal Law and COVID-19: New Protection Requirements and Penalty Measures», Cassazione penale, Vol. 60, n.º 6, 2020, p. 2214.

(59) Art. 438 – Epidemia (1)(2).

«Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo.

Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena di morte (3)».

(1). A questo reato si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, concernente provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185, relativi

Con ello se mantiene la doble posibilidad de incriminar conductas de riesgo y de lesión en tanto su Código penal contempla la aplicación de los delitos de lesiones en sustitución de los derogados delitos de contagio venéreo(60), junto con los actualizados y reforzados de epidemia dolosa o imprudente, o como señala Perrota(61), el desafío que supone la recuperación, y desarrollo interpretativo de esas normas de referencia, casi nunca aplicadas en Italia y que, además, podemos añadir, suponen prácticamente una regulación que precisa de continuas remisiones normativas de actualización.

Por otra parte, el Decreto Ley 19 deroga la previsión contenida en el número 3 del artículo 4 del Decreto Ley 6/2020(62) que tipificaba el incumplimiento de las medidas de contención contempladas en dicho decreto remitiendo la pena al artículo 650 del Código Penal italiano, salvo en el caso de que el hecho constituyese un delito más grave. La corta vida de esta «contravvenzione» pudo tener su causa precisamente en la remisión al delito del artículo 650, un delito «baga-

all'impiego pacifico dell'energia nucleare, sono esclusi dalla depenalizzazione ai sensi dell'art. 34 dello stesso provvedimento.

(2). A coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale si applicano le disposizioni del Capo II del Titolo I del Libro I del Codice delle leggi antimafia di cui al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ai sensi di quanto disposto dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 4 dello stesso D.Lgs. n. 159/2011.

(3). La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita dall'art. 1, D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

(60) Vid. el derogado Art. 554 - Contagio di sifilide e di blenorragia

Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni.

Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima [c.p.p. 31, 235].

In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa

Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585.

(61) PERROTTA, E., «Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility», en *Rivista italiana di diritto e procedura*. 2020. Vol. 63, n.º1, p. 182.

(62) Decreto-Legge 23 de febrero de 2020, n. 6, convertido, con modificaciones, en Ley L. 5 marzo 2020, n. 13 Art. 3,4: *Salvo che il fatto non costituisca piu' grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto e' punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.*

tela» que agotaría las energías de las autoridades sin reportar beneficios reales en la contención de las conductas incumplidoras(63).

3.2. El Código penal de 1995

Con el Código penal 1995 desaparece nuevamente la transmisión dolosa de enfermedades de enfermedades graves como delito de la salud pública. Este hecho, junto con la dificultad de la demostración de la relación de causalidad en los contagios masivos, ha venido circunscribiendo la aplicación del tipo penal de lesiones a contagios muy concretos, herederos del tradicional contagio venéreo, que, en forma de transmisión del SIDA, planeó en la mente del legislador(64) y se concretó en la aplicación jurisprudencial de estas realidades(65).

La cuestión no es nueva; Romeo(66) se preguntaba en los albores del milenio, cuando apenas apreciábamos a intuir lo que hoy es una desdichada realidad, «si el nuevo régimen penal establecido por el CP de 1995 es suficiente para hacer frente a las nuevas y en ocasiones muy graves formas de manifestación de atentados contra la salud colectiva (...). Algunos sucesos de especial impacto social (p. ej., los casos de la talidomida, del síndrome tóxico del aceite de colza, del SIDA transmitido a través de la sangre u otros componentes biológicos humanos y, más recientemente, el de la encefalopatía espongiiforme bovina –EEB–, que en el ser humano se manifiesta como la enfermedad de Kreutzfeld-Jakob), por haberse visto afectados grupos numerosos de la población, en ocasiones, plantearon serias difi-

(63) *Vid.* ampliamente en GATTA, G.L., «Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19». *Sistema penale*, 26 de marzo de 2020. En <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure> Recuperado el 2 de febrero de 2021.

(64) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996).

(65) Sobre el análisis de esa aplicación jurisprudencial y su posible traslación a los casos de contagio por COVID-19 *vid.* MUÑOZ CUESTA, F. J., «Delito de lesiones por contagio de VIH y COVID-19», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2020. Ed. Aranzadi, *passim*. No me resulta satisfactorio su planteamiento por cuanto infiere de una relación de acciones del sujeto, causalidad y ánimo en la misma categoría, quizá debido a la fecha de publicación del trabajo y la falta de certezas en los primeros momentos de la pandemia sobre las vías de transmisión del virus.

(66) ROMEO CASABONA, C., «Los delitos contra la salud pública ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.): *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 624 y 625.

cultades de tipicidad, de causalidad (ante la imposibilidad de contar la evidencia científica que acreditara el vínculo causal, aspecto éste cada vez más frecuente)(67) e incluso la cuestionable idoneidad de la respuesta punitiva».

Lo que ha supuesto el Código penal de 1995 ha sido la destipificación del delito de transmisión de enfermedades contagiosas, configurado, como debería haber sido hecho, como un delito «de peligro concreto (...) sancionador de conductas que supongan la ampliación de la *probabilidad de contagio* de enfermedades, sin que se hayan contagiado realmente»(68).

Posiblemente la desaparición del delito se deba, como señala Romeo(69), a «la impresión de la virtual inaplicabilidad de este precepto, dada su rígida estructura típica, así como las propias dificultades que generaba su interpretación, en algunos casos excesivamente restrictiva, así como su comprobada falta de aplicación, conducían a la conclusión de que debía desaparecer del CP, criterio que era no solo compartido por la doctrina de forma unánime, sino también por el propio (pre-)legislador, pues ya previeron su supresión el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983. Como quedó dicho, esta decisión ha sido asumida por fin por el legislador de 1995». Dicho de otra manera, el tipo desapareció porque pocos podían imaginar un escenario tan dramático como el actual, en el que este tipo de enfermedades parecían propias de otros tiempos o de otros lugares y la sensación de sentirnos a salvo convirtió a este delito en prescindible.

La necesidad de una norma que permita la inclusión de las conductas generadoras de riesgo, aunque no vayan asociadas a un resultado concreto, se desprende del contenido del Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020 cuando señala que «La Sala está encadenada al principio de legalidad. Las exigencias de *lex certa* derivadas de la regla de taxatividad que ha de inspirar la descripción de los tipos penales y su consecuente aplicación, cierran cualquier posibilidad de persecución de unos hechos que, por más que

(67) Vid. MARZANO, M. G., «Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19», en *Cassazione penale*. N.º 9, 2020, pp. 3106-3116; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El enjuiciamiento de la transmisión deliberada de enfermedades infectocontagiosas (COVID-19)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 59, 2020, pp. 190 y ss.

(68) BOIX REIG, J., «Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)», en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1977, p. 111.

(69) ROMEO CASABONA, C., *cit.*, pp. 628.

su realidad pudiera quedar acreditada en fase de investigación, carecen de relevancia penal»(70). Esta cuestión no solo afecta a la responsabilidad por acción (u omisión) de las autoridades gubernativas, que vendrá determinada por la existencia o no de una relación de causalidad probada entre aquella y los resultados (muerte, lesiones, daños) que se les atribuyen(71); afecta también a las que se derivan del riesgo en sí mismo considerado, del concreto peligro al que están siendo sometidos otros sujetos, con independencia de cual sea, particular, profesional o responsable administrativo o político, quien realice la conducta de riesgo.

No se trata de buscar el fundamento a posibles delitos cometidos por las autoridades cuando dictan resoluciones que pueden calificarse como prevaricación, en una huida hacia adelante ante la incapacidad gestora. Para eso ya existen los recursos en nuestro Código y suficiente tradición en la aplicación de nuestros tribunales para depurar si se da o no el hecho que pueda fundamentar la existencia o no de delito.

(70) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 26.

(71) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, *passim*.

«El punto de partida no es controvertido. Las autoridades gubernativas –ya sean de la Administración Central, ya de la Administración Autonómica– tienen el inexcusable deber de evitar la propagación del virus. Conforme a la estructura jurídico-administrativa que delimita sus respectivos campos de actuación, han de adoptar las medidas requeridas para preservar a los ciudadanos del riesgo de muerte o de padecer graves secuelas como consecuencia de la enfermedad. Ese deber es algo más que un deber testimonial. Tiene dimensión jurídica. Se deriva de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, actualizada por el Real Decreto-Ley 6/2020, de 11 de marzo y del Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, que acordó el estado de alarma.

Es cierto que, por la propia naturaleza del virus que está en el origen de la pandemia, el riesgo de contagio preexistía a cualquier decisión gubernamental. Pero también lo es que la intensificación de ese riesgo, cuando se vincula a acciones u omisiones político-administrativas, puede generar una responsabilidad jurídica, cuya determinación dependerá de un segundo nivel de análisis. No basta, pues, con afirmar que un daño es antijurídico para precipitar la apertura de un proceso penal. Para ello es necesario algo más.

(...) la ausencia en el Código Penal de un delito de riesgo que sancione la intencionada o negligente ocultación de la información científica precisa para conocer y paliar los efectos de una pandemia, generando así un grave riesgo para las personas, impide abrir un proceso penal para la investigación de una conducta que ya de antemano sabemos que es atípica. Los delitos contra la seguridad colectiva –título XVII del libro II del CP– y de riesgo catastrófico –capítulo I, arts. 341 a 350– incluyen graves sanciones para conductas dolosas e imprudentes relacionadas con la liberación de energía nuclear y radiaciones ionizantes. También para los daños provocados por materiales explosivos, inflamables o sustancias corrosivas, tóxicas y asfixiantes. Pero no incorporan en la descripción de las conductas punibles las acciones u omisiones que los querellantes y denunciante atribuyen al Gobierno o a otros responsables políticos».

Tampoco es necesario añadir más sobre la posible responsabilidad por imprudencia del personal sanitario, y su aplicabilidad a la crisis sanitaria que vivimos, que tiene amplia trayectoria jurisprudencial y que excluye dicha responsabilidad en algunos supuestos que nos recuerdan mucho a los que se están viviendo en nuestros hospitales y centros de salud, tanto en los casos de falta de especialización y medios, como por falta de competencia organizativa de los recursos, e incluso por la ausencia o sucesivos cambios en los protocolos que constituyen la *lex artis* que rige su actividad(72).

De lo que se trata es de ver si es suficiente el mecanismo del delito de lesiones, con todo el acervo de su aplicación para la transmisión de algunas enfermedades, como el SIDA, que por su propia etiología son de contagio por un contacto más directo y estrecho, que permite conocer el hecho y establecer la causalidad, al menos indiciariamente, de una forma más concreta. Las mismas vías de transmisión de la enfermedad que estigmatizaron durante tanto tiempo a los portadores del virus, condenándoles al lazareto social, son el mejor mecanismo de prueba para la imputación de los resultados que se derivasen de dicho contagio, así como del dolo o la imprudencia con la que fue realizada la acción o la omisión que provocó el mismo. Y la opción del legislador ha sido por la exigencia de un resultado para la tipicidad de las conductas que crean estos riesgos para la salud(73). Dicho de otra manera, parece que en España la solución a los problemas que plantea la transmisión de enfermedades contagiosas pasa por adecuar la conducta típica al delito de lesiones o, en su caso, al de homicidio. La otra alternativa, sobre la que se pronunciaron en un primer momento nuestros juzgados(74) con desigual fortuna, es la del delito de desobediencia.

Ahora estamos ante una gravísima situación de pandemia provocada por el COVID-19. Y estamos ante una enfermedad en la que el contagio se realiza, al menos en la teoría vigente (hasta que nos digan otra cosa), a través de aerosoles. No hay trazabilidad generalizada de la transmisión de la enfermedad. Los recursos materiales y personales al servicio de la contención de la epidemia se están viendo claramente desbordados. En este escenario, ¿hay alguien capaz de determinar esa relación de causalidad necesaria para castigar por lesiones? Y sin esa

(72) MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «Posibles consecuencias penales de la praxis médica durante el estado de alarma: los delitos imprudentes del profesional sanitario», en La Ley Penal, n.º 9738, de 18 de noviembre de 2020, *passim*.

(73) Una de las últimas e importantes sentencias que nos los recuerdan fuera dictada precisamente el día 11 de marzo de 2020, STS 806/2020.

(74) LARRAYOZ SOLA, I., «Primeras resoluciones penales tras la declaración del Estado de Alarma por el COVID-19». *Aranzadi digital* num.1/2020. Ed. Aranzadi.

causalidad no hay posibilidad de aplicar el delito de lesiones o el de homicidio. De las muchas causas abiertas por acciones y omisiones imprudentes en relación con estos resultados lesivos, así como por la comisión de otros delitos durante la primera oleada de la epidemia en España, la respuesta penal es incierta.

No es equiparable tampoco, en cuanto al riesgo aceptable, con una epidemia de sarampión o de gripe(75), aunque sean enfermedades susceptibles de causar la muerte o graves lesiones. Y no es comparable con los efectos que, no hace muchos años se vislumbraron(76) sobre lo que un contagio masivo del virus del ébola podría suponer, por poner un ejemplo aún más aterrador, si cabe. Este riesgo aceptable ha visto modificados sus parámetros.

Cómo responder frente a que, sabiendo que está contagiado, no cumple la instrucción del aislamiento y no guarda, además, las concretas medidas de seguridad, tales como uso adecuado de mascarilla y gel hidroalcohólico, por ejemplo. ¿Es suficiente la infracción administrativa, aunque de esa conducta se derive un peligro concreto para la vida o la salud de muchos? Porque en una situación de contagio comunitario, cómo determinar que ha sido esa y no otra la fuente de dicho contagio. Desde luego, no con la actual legislación, que es capaz de resolver adecuadamente los riesgos epidémicos del tiempo en que se aprobó el Código penal, en las postrimerías del siglo XX.

Quizá porque la comparación se está realizando a partir de la tradicional vinculación de la transmisión de enfermedades con el contagio venéreo en su versión clásica o moderna, en lugar de hacerlo con otros tipos penales que tampoco son de aplicación sin violentar el principio de taxatividad. Me refiero a otros delitos contra la salud pública, el medio ambiente o incluso los delitos de riesgo catastrófico, que harían inaplicable, incluso como delito de terrorismo(77), la conducta de una posible guerra bacteriológica, como la de infectarse

(75) Aunque se trata de un debate clásico, por directamente aplicado al COVID-19, *vid.* BARDAVIO ANTÓN, C., «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de covid-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», en *La Ley Penal* n.º 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, *passim*.

(76) RODRIGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16-17, 2014. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> Recuperado el 9 de septiembre de 2020.

(77) El artículo 573 CP dispone que «1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de

deliberadamente con un patógeno transmisible y capaz de causar una catástrofe hasta ahora solo imaginada en la literatura o el cine, por cuanto no está contemplado como delito contra la salud pública el contagio, imprudente o deliberado, de una enfermedad.

Considero que los tipos actuales no sirven para castigar conductas de contagio(78) cuando no es posible probar la imputación del riesgo en el resultado. Ni siquiera sería fácil determinar la ya de por sí difusa frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente(79), cuando estamos ante prohibiciones de carácter general o restricciones concretas por razón de la enfermedad, en casos de mera sospecha o de portadores confirmados de virus, ante escenarios de contagio probable en un determinado entorno y de contagio comunitario, con múltiples posibles fuentes de infección.

Por eso creo necesario tipificar las conductas de peligro concreto de contagio, equivalentes a aquellas de peligro concreto ya existentes que no son aplicables en virtud del principio de taxatividad. Creo que el nuevo escenario no puede resolverse con los mismos recursos penales que hace tan pocos años dieron la respuesta más eficaz y mejor desde el punto de vista técnico jurídico.

Coincido con Boix(80) que, en su lúcida anticipación, establecía la necesidad de un tipo penal que debería incluir «todas aquellas conductas que supusieran un quebranto de la normativa sanitaria (...) existente en relación con estas enfermedades transmisibles y que hagan referencia a exigencias de notificación de las mismas, cautelas, etcétera...». Una tipificación, además, que incluyera solamente los contagios de enfermedades muy graves, con un importante potencial mortífero y que pongan en grave peligro no solo la salud individual, sino la salud pública. Con ello se respetaría el tan reclamado principio de intervención mínima del Derecho penal y evitaríamos la tentación del frecuentemente invocado populismo punitivo.

Que ese tipo penal se encuentre en el Código penal, entre los delitos contra la salud pública, es una posibilidad técnicamente impecable. Que se limite más con su inclusión, como proponía Groizard(81), a

aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades...».

(78) En contra, ESCANILLA, M., «Sobre la intervención del Derecho Penal en la transmisión de enfermedades contagiosas», *Diario La Ley*, n.º 9622, de 28 de abril de 2020, Editorial Wolters Kluwer, *passim*.

(79) CANESTRARI, S., «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo». *Revista de derecho penal y criminología*, 2.ª época, n.º 13 (2004), pp. 81-133.

(80) BOIX REIG, J., *op. cit.*, pp. 111 y 112.

(81) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *op. cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

través de una ley especial, una opción. En España tenemos la posibilidad a través de una necesaria reforma de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pero también a través de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Ambas han sido capaces, con limitaciones, de dar respuestas, pero con una relajada aplicación del principio de legalidad, algo que no debería volver a suceder. Porque peor que la creación de un nuevo tipo penal es la proscrita distorsión del existente.

Parafraseando a Arroyo(82), «si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan solo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas. Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la política general de contención de la extensión del COVID-19, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados». Y ante esta reflexión, la respuesta afirmativa me resulta obvia.

(82) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996), p. 2015.

