

¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas (1)

LORENA VARELA
Universidad del Saarland, Alemania
Universidad Internacional de La Rioja, España

RESUMEN

En el discurso social ya se habla del mundo covid y del mundo postcovid. El Derecho penal no es ajeno a este enfrentamiento porque desde el momento en que se declaró la pandemia mundial, el primer recurso de salvación de muchas disonancias sociales pasó a ser la normativa penal. En este artículo se analizan algunos elementos a tener en cuenta en la prevención de la propagación de enfermedades contagiosas en tiempos de pandemia, que pueden reunir la condición de emergencia razonable. En primer término, el rol del Estado desde una política criminal de emergencia; en segundo lugar, el rol del ciudadano con sus responsabilidades de emergencia; y, en

(1) Aclaraciones previas: (1) El presente artículo se relaciona con otros dos anteriores, que han sido compartidos en foros académicos y serán publicados en libros colectivos en Argentina. Estos dos artículos se intitulan «El delito de propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de incertidumbre: el *covidelito*» (ponencia presentada en el Congreso de Profesores de Derecho penal, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, en fecha 26/08/20) y «El Derecho sanitario alemán: autorresponsabilidad, órdenes ejecutorias, contravenciones y *ultima ratio* penal» (ponencia presentada en las Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste, en fecha 12/11/20). (2) Este artículo se inscribe en el Convenio de colaboración sobre Derecho penal económico firmado entre la Universität des Saarlandes (Alemania) y la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) en 2019. (3) En el trabajo se ha empleado el acortador de *url* «Cuttly» (disponible en: <https://cutt.ly/es>).

tercer término, la interpretación y aplicación de la norma jurídica penal en estos supuestos de emergencia. Para ello, se propone una reflexión desde la normativa jurídica penal alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas.

Palabras clave: *coronavirus, COVID-19, Derecho penal de emergencia, pandemia, propagación de enfermedades contagiosas, salud pública.*

ABSTRACT

In social discourse, the covid world and the post-covid world are already openly discussed. Criminal Law is not external in this dual discourse because from the moment world pandemic was declared, the first recourse for salvation for many social dissonances was criminal regulations. This paper analyzes some critical elements to take into account in the prevention of the spread of contagious diseases in pandemic times, which may meet the reasonable emergency conditions. In first place, the role of the State from an emergency criminal policy; second, the role of the citizen with his emergency responsibilities; and, thirdly, the interpretation and application of the criminal Law in these emergency cases. To do this, a reflection is proposed from the German and Spanish criminal legal system on the spread of contagious diseases.

Keywords: *coronavirus, COVID-19, emergency criminal Law, pandemic, public health, spread of infectious diseases.*

SUMARIO: 1. Reflexión inicial.–2. El rol del Estado: política criminal de emergencia.–3. El rol del ciudadano: responsabilidades de emergencia.–4. La propagación y transmisión de enfermedades infectocontagiosas: interpretación y aplicación de emergencia de la norma jurídica penal.–5. Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas. 5.1 El contexto alemán. 5.1.i Derecho sanitario. 5.1.ii Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): objeto, medidas de prevención y coordinación internacional. 5.1.ii.a Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen contravencional. 5.1.ii.b Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen penal accesorio. 5.1.iii Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional (IGV-DG). 5.1.iv Código penal (StGB). 5.2 El contexto español. 5.2.i Derecho sanitario. 5.2.ii Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: objeto, medidas de prevención y coordinación internacional. 5.2.ii.a Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: régimen administrativo-sancionador. 5.2.iii Ley sobre Medidas Urgentes de Prevención del COVID-19. 5.2.iv ¿Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional? 5.2.v Código penal. 5.2.v.a Vías posibles para criminalizar la propagación del COVID-19 como delito de peligro para la salud pública.–6. Algunos problemas comunes de la normativa alemana y española.–7. Reflexión final.

1. REFLEXIÓN INICIAL

El 11 de marzo de este 2021 se cumplió un año de vigencia del estado de pandemia global sin que se haya alcanzado a neutralizar la expansión del patógeno del SARS-Cov2(2) y las nuevas variantes en circulación. El coronavirus y otros similares representan un increíble desafío para la continuidad de la Humanidad y para el sistema de asistencia sanitaria de todos los países a escala mundial, dado que la vacuna como mecanismo de solución para lograr los niveles óptimos de inmunidad social aún sigue estando a prueba y en seria controversia. En este contexto, los Estados siguen asumiendo una serie de medidas que recortan legítimamente, en principio, libertades ciudadanas *en pos de* reducir el riesgo para la salud pública y evitar graves consecuencias para el sistema sanitario y otros aspectos. Así, órdenes graduales entre el aislamiento, la cuarentena(3) y el distanciamiento social; la prohibición de reuniones grupales, de desplazamientos al exterior y de realización de eventos masivos; el mandato de empleo de mascarilla en lugares públicos, el mantenimiento de la higiene personal y el permanecer en casa como regla general, son algunas de las medidas sanitarias más implementadas(4).

El objeto de este artículo es preguntarse si, acaso, desde el Derecho penal se puede hacer algo y si corresponde hacerlo, no solo para reprimir los daños ocasionados, sino también para prevenirlos, teniendo en cuenta que las políticas públicas sanitarias intentan dar

(2) En fecha 11/03/20, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la pandemia a nivel mundial. Disponible en: <https://cutt.ly/dg0DRF5>

(3) La diferencia entre cuarentena y aislamiento se encuentra en el art. 1.º del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la OMS. Por *cuarentena* se entiende la restricción de las actividades y/o la separación de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección, mientras que por *aislamiento* se entiende la separación de personas enfermas con objeto de prevenir la propagación de una infección. El RSI fue adoptado por la 58.ª Asamblea Mundial de la Salud el 23/05/2005 y entró en vigor el 15/06/2007, como documento acordado *en pos de* la seguridad sanitaria mundial entre 196 Estados, que cuenta con una serie de medidas exigibles en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas entre Estados con la finalidad de neutralizar la propagación de riesgos sanitarios hacia países vecinos, intentando a la vez no alterar el tráfico de personas y las actividades comerciales. Asimismo, cuenta con un protocolo para casos de emergencias de salud pública de alcance internacional y los plazos en que los Estados firmantes han de implementarlo.

(4) El art. 1.º del RSI de la OMS define *medida sanitaria* como el procedimiento aplicado para prevenir la propagación de enfermedades, que no comprende medidas de policía ni de seguridad del Estado.

cobertura a esta cuestión, pero, hasta el día de la fecha, no se ha tenido total éxito ni en Europa ni en el resto de países, a la vez que existen pocas soluciones sencillas a un problema tan complejo. El nivel de análisis de la temática compromete el fenómeno de la propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de pandemia (que en algunas latitudes continúa resultando caótico ante la falta de asertividad de los Estados en la gestión de la crisis). Por lo demás, la percepción social de la gravedad de la emergencia sanitaria se intensifica por la globalización de los servicios y la información, lo que permite que el virus viaje tan rápido como las falsas noticias y se incrementen el miedo, la desconfianza y el hastío por la situación (o fatiga pandémica como señala la OMS).

Un peligro tan mundial como la propagación descontrolada del coronavirus precisa, desde la materia que compete, de una política criminal de emergencia tan global como coordinada por parte de los Estados, así como la asunción de responsabilidades de emergencia por parte del ciudadano y una interpretación y aplicación de emergencia de la normativa jurídicopenal, lo que significa, al final, un esfuerzo conjunto por dar solución al conflicto a la mayor brevedad posible.

2. EL ROL DEL ESTADO: POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGENCIA

La batería de restricciones y prohibiciones, que los Estados vienen asumiendo para neutralizar la propagación del virus y el colapso del sistema de salud, interfiere directamente con el concepto que las sociedades modernas tienen sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y humanos⁽⁵⁾, sobre todo en cuanto a la libertad de movimiento y consumo y ejercicio del comercio. Pero esta visión unilateral del ciudadano como agente económico, en su faz de consumidor o usuario y en su faz de trabajador, empresario o profesional, se antoja una ecuación irracional si no se tiene en consideración el contexto dentro del cual se desenvuelve y en relación con los otros roles a los cuales también está llamado a prestar deber, como el rol de ciudadano sanitario en tiempos de pandemia. Sin dra-

(5) Desde los primeros meses de la pandemia, el debate quedó planteado en Alemania, donde se ha cuestionado seriamente la constitucionalidad del alcance de los poderes extraordinarios que el Ejecutivo estaría asumiendo en la gestión de la emergencia. Véase, KNIEPS, F., "Die Corona-Pandemie und das Grundgesetz – Anmerkungen nicht nur zu Rechtsfragen", *G+S*, n.º 3, 2020, pp. 6-10.

matizar las cosas no debe olvidarse que nuestros Estados no habían precisado antes de la era de la globalización, y fuera del período entre-guerras, de este tipo de medidas cuasi extremas(6). Si bien, algunos derechos civiles y sociales han ido conquistándose con mucho esfuerzo, ello no significa que con el transcurrir de las circunstancias los mismos no puedan ser objeto de nuevas limitaciones, adquiriendo nuevos contornos. En casos extraordinarios el principio de necesidad demanda el sacrificio de bienes para evitar un mal mayor o salvar un bien mayor, donde el fundamento de su procedencia ha de contemplar una delicada ponderación de todos los intereses en juego(7). No obstante, frente a la gravedad, dinamismo e incertidumbre de cuánto tiempo y qué recursos más se han de invertir para controlar la pandemia, la normativa de prevención en general también se ha vuelto grave, dinámica e incierta en varios aspectos, donde lo penal no es la excepción. Por tal razón, para evitar sucumbir ante la inseguridad e injusticia jurídicas que se están presentando en determinados aspectos, es que urge debatir el alcance razonable de la política criminal de emergencia en un Estado de Derecho.

Como paso previo a toda consideración, en primer término, habría que determinar qué modelo de política criminal, más allá de la política sanitaria, resultaría mejor para afrontar los problemas que plantea la propagación y contagio del COVID-19. El modelo a escoger dependería de lo que se entienda por política criminal, del alcance que se le otorgue y en qué aspecto se coloque el énfasis del *ius puniendi*. Si se entiende por política criminal el conjunto de estrategias encaminadas a la prevención eficaz del delito *por medio del castigo*, entonces, la intervención del Derecho penal aun en tiempos de pandemia se explicaría por medio del castigo intensificado de determinadas conductas de riesgo, como la propagación de enfermedades contagiosas y las lesiones a la salud individual. Una política criminal de este estilo se

(6) El concepto de colectividad como materia constitucional nunca antes había sido tan importante, porque hasta ahora nunca antes se había hablado de una intervención colectiva de los derechos fundamentales (*kollektiver Grundrechtseingriff*) como método de lucha contra una pandemia y en donde, por primera vez, la cantidad de afectaciones a los derechos individuales parecería ser un criterio para determinar la intensidad de esta injerencia masiva. Al respecto, RUSCHEMEIER, H., “Kollektive Grundrechtseinwirkungen. Eine verfassungsrechtliche Einordnung am Beispiel der Maßnahmen gegen die COVID-19-Pandemie”, (*RW Rechtswissenschaft*, v. 11, n.º 4, 2020, pp. 450-473, pp. 461 y ss.

(7) En la declaración de la pandemia, el Director General de la OMS señaló: «Todos los países deben encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos». Disponible en: <https://cutt.ly/Nc8211H>

presentó al comienzo de la pandemia en Alemania en algunos sectores políticos, desde los cuales se proponía la idea de que penas más duras contra el *homo contaminans* resultarían mucho más efectivas que otras alternativas del Derecho(8). También en muchos otros Estados del entorno europeo la declaración del estado de alarma sanitaria condujo a creer que la mejor solución al problema pasaba por endurecer las medidas de prevención, así como las sanciones a las infracciones administrativas o delitos penales, aplicando con todo rigor la ley. Por el contrario, si se asume un concepto de política criminal como un grupo de estrategias encaminadas a la prevención eficaz del delito *por medio del fomento de una tutela conjunta de valores sociales* (como la salud pública), entonces, la intervención del Derecho penal se explicaría desde el peso que tiene la norma de conducta y su valor subyacente. Es decir, la prevención de la propagación y contagio del COVID-19 pasaría antes por reforzar la conciencia de la comunidad sobre la necesidad colectiva de proteger el contenido axiológico de la prohibición de determinadas conductas de riesgo, que por la aplicación directa –sin intermediación– del castigo penal. No obstante, en ambos modelos de política criminal (de la norma de sanción y de la norma de conducta), se debería poder responder si la intervención del Derecho penal es más funcional que su ausencia y si es más funcional que la política sanitaria, en donde cualquier modelo de política criminal en una situación de emergencia tendría un doble cometido: por un lado, hacer frente al nuevo escenario delictivo que se le presenta, donde el juicio de ponderación entre prevención, prohibición y protección podría mutar muy rápido de sentido y lógica dada la emergencia y, por el otro, neutralizar el inevitable incremento de abusos del poder punitivo al que se vería sometida por la misma razón, esto es, al difícil equilibrio de resolver el problema de forma urgente y eficaz, a la vez que respetando los derechos fundamentales del ciudadano y los principios rectores de un Derecho penal constitucional(9). En todo caso, teniendo en cuenta la experiencia jurídica y elementos de psicología social, no resultaría recomendable en tiempos de emergencia concebir el Derecho penal en su faceta preventivo-general negativa, dado su

(8) El *homo contaminans* sería el ciudadano que no quiere o no puede evitar la infección o la propagación del virus. Críticamente, sobre la posibilidad de recurrir al Derecho penal, HEUSER M., “Die Sanktionsbewehrung der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel des § 28 I S. 1 IfSG. Zur mangelnden Bestimmtheit des Blankettkonstrukts i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG”, HRRS, 2021, pp. 63-86, p. 63.

(9) Sobre los modelos empírico y valorativo de la política criminal en relación con la prevención del SIDA por medio del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Política criminal i SIDA», *Studia Iuridica*, n.º 4, Ejemplar dedicado a: El Dret penal davant les noves formes de delinqüència, 1993, pp. 163-178.

costado contraproducente en según qué casos. Una amenaza excesiva en situaciones de alta sensibilidad social, donde se recortan libertades de forma tan extrema, podría boicotear la capacidad del ciudadano de asumir por sí mismo el control del comportamiento peligroso para la salud pública, neutralizando su capacidad de reflexión sobre el valor del bien jurídico que se pretende proteger y, con ello, a fin de cuentas, se estaría anulando una buena oportunidad de conciencización social y de refuerzo de la identidad normativa en situaciones de emergencia.

Como siguiente paso, a considerar en segundo término, habrían de establecerse cuáles serían los presupuestos normativos que el Estado debería asegurar al ciudadano para poder dirigirle, *ex post delicto*, un juicio de reproche legítimo ante la realización de algún hecho delictivo(10). Entre los presupuestos normativos se encuentran las condiciones materiales mínimas que el Estado debe proveer al ciudadano con vistas a un juicio legítimo de responsabilidad penal. Así, los requisitos materiales de cumplimiento de la norma deberían encontrarse al alcance y al acceso de todos, porque solo desde estos, el ciudadano podría dar cumplimiento a la directiva o mandato normativo. Acreditado este extremo, el juicio de imputación debería observar también la concurrencia del requisito ineludible de la libertad moral del agente (en todas sus manifestaciones: voluntariedad de la acción, conocimiento o error vencible del tipo de injusto y de la norma de prohibición, capacidad de obrar motivado en la norma, entre otras)(11). Del primer extremo, depende en gran parte la legitimación del Estado para dirigir un juicio de reproche merecido a un individuo, porque solo la existencia de un sistema jurídico que garantice a todos los ciudadanos las condiciones de igualdad material en el ejercicio de las libertades en su ámbito de protección sería un sistema jurídico autorizado para exigir responsabilidad por los hechos a un sujeto libre y protegido(12). Esto significaría que, en aquellos casos de posibles situaciones de desigualdad social entre ciudadanos, el vínculo de protección del Estado hacia el mismo se vería debilitado y, por consiguiente, también se vería debilitado el vínculo de obediencia y

(10) Sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO, (dir.), GONZÁLEZ TASCÓN y VILLA SIEIRO (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, pp. 715-725.

(11) Sobre los presupuestos subjetivos y deónticos de la imputación (donde se ubicaría el deber de obediencia del ciudadano y cuyo núcleo viene dado por los presupuestos que debe cumplir el Estado), VARELA, L., *Dolo y error. Hacia una auténtica imputación subjetiva*, Barcelona, 2016, p. 118, *passim*.

(12) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 715.

los efectos de la responsabilidad del ciudadano hacia el Estado(13). En otras palabras, el ciudadano que se encontrara en condiciones de desprotección material por parte del Estado (aunque lo esté formalmente por el Ordenamiento Jurídico) poseería un deber debilitado de obedecer la norma porque, ante esta situación, el ciudadano tendría menos posibilidades de hacerlo. Por ende, llegado el caso, el Estado podría legítimamente dirigirle solo un juicio de reproche disminuido, atenuado o de exclusión de la responsabilidad penal. En este sentido, la cuestión no sería tanto si las personas materialmente menos protegidas por el Estado son o no culpables (esto podría generar un aumento de la anomia y efectos negativos para la función preventiva del Derecho penal), sino que el problema radicaría en el déficit de legitimidad que un Estado tendría para reprochar comportamientos antijurídicos a personas que son víctimas de una injusticia distributiva generada por el mismo sistema estatal(14). Para algunos autores, el fundamento de la ausencia de una completa legitimidad del Estado para reprochar en estas situaciones, vendría dado por alguno de los dos siguientes argumentos: el de la hipocresía y el de la complicidad(15). El argumento de la hipocresía sostiene que «quien causa una determinada clase de mal carece de legitimidad para reprochárselo a otros que causan ese mismo mal; mientras que el argumento de la complicidad dice que el que contribuye al mal causado por otro, carece de legitimidad para reprochárselo a este último»(16). De este modo, el Estado que creara o incrementara una situación de desigualdad (máxime cuando mantuviera un sistema desigual) estaría permitiendo la generación de espacios de criminalidad porque, en sí, la desigualdad construida resulta criminógena(17). Para estos supuestos, al Estado le faltaría legitimidad para exigir la responsabilidad penal a determinados sujetos desprotegidos que no tuvieron la oportunidad de cumplir la norma en las mismas condiciones que sus pares(18): si se piensa en relación con la pandemia, esto sucedería en todos aquellos supuestos en que la política sanitaria del Estado no pudiera garantizar a todos en igualdad de condiciones la no propagación del virus (dentro de lo que al Estado le corresponde) o en aquellos casos en que las políticas de infraestructura urbana no pudieran garantizar el acceso a los elementos básicos

(13) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 721.

(14) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722. Asimismo, el Estado tendría un margen muy estrecho de legitimidad para criminalizar el derecho individual de revelarse ante medidas jurídicamente abusivas, aunque fácticamente necesarias.

(15) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722 (citando a Tadros).

(16) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722.

(17) Tendencia al delito, SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722.

(18) VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 59-60, nota al pie 115.

de higiene y profilaxis o al sistema de salud(19)/(20) e incluso a la información de las medidas de prevención(21). Evidentemente, esto exige un juicio de ponderación entre los deberes del Estado y los deberes del ciudadano en función del delito que se cometa(22). De allí que un Estado, que no proporcionara los mínimos sanitarios que le correspondiera proporcionar(23), no podría legítimamente apelar como primera instancia de prevención a medidas tan severas de sacrificio extremo de la libertad ciudadana(24), y mucho menos de huida

(19) «Una sociedad puede y debe hacer frente a las personas que mueren, pero cuando las personas mueren porque la infraestructura de salud es insuficiente para asistirlos, esto destruye la confianza general en el sistema político [...] es importante que el Estado posea un margen considerable para cumplir con su deber de proteger, el cual se infringe cuando no se han tomado precauciones de protección, si las regulaciones y medidas tomadas son evidentemente inadecuadas para lograr el objetivo de protección requerido o cuando no alcanzan el objetivo de protección». Así, KING-GREEN, T., “Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie”, *Juristische Ausbildung*, n.º 10, 2020, pp. 1019-1035, p. 1027.

(20) Para NIETO GARCÍA, Á. J., «El control social y la libre circulación de personas en tiempos de coronavirus», *Diario La Ley*, n.º 9611, 26/03/2020 (b), «el control social de la [...] libre circulación de personas generará eficacia si el ciudadano es consciente que en su ámbito geográfico se dan las condiciones de seguridad sanitaria si es contagiado o puede ser trasladado a los servicios sanitarios que garanticen la asistencia».

(21) NIETO GARCÍA, *op. cit.*, 2020 (b), señala que en el contexto de emergencia en el que nos toca vivir, no solo los avances científicos neutralizadores del contagio, sino todo tipo de medida y tratamiento a adoptar deben ser inmediatamente puestos en conocimiento de la comunidad de forma clara y expresa, empleando psicología social en la transmisión de la información.

(22) SILVIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 723.

(23) En la alocución del Director General de la OMS del 14/02/20, se indicó lo que se viene destacando desde el 2005 cuando se aprobó el RSI dirigido a la prevención de enfermedades transmisibles: «es de vital importancia destinar recursos y esfuerzos al fortalecimiento del sistema de salud del país y a la mejora de su preparación... la forma más inteligente de asegurar una rápida detección y control de los brotes es invertir en preparación». Disponible en: <https://cutt.ly/Ec89SIJ>

(24) Reseña esta situación en España, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», *Foro-FICP*, n.º 3, 2020, pp. 50-76, p. 61: «...Esta importante limitación obliga aún más al Estado español a depender de los remedios conductuales para intentar gobernar la pandemia. El principio es claro: a más recursos sanitarios disponibles, menos necesidad de restringir la libertad de acción de los ciudadanos; y viceversa. Es obvio, por ello, cuál es el camino que han decidido transitar los líderes políticos (estatales y autonómicos) del Estado español: en parte a la fuerza (por falta de dinero y de tiempo para revertir más de una década de recortes en la inversión sanitaria) y en parte voluntariamente (por haber decidido asignar el dinero disponible a otros objetivos), lo cierto es que –aunque con diferencias significativas entre comunidades autónomas– el patrón general está siendo hacer recaer el coste de la crisis sanitaria de manera muy importante sobre la ciudadanía; restringiendo significativa-

hacia el Derecho penal. En tal situación no se trataría tanto de que el virus fuera un enemigo de la salud pública(25), que se debe tutelar entre todos, sino de que como no se cuenta con los recursos sanitarios exigibles para prevenirlo y combatirlo, el virus se presenta más como un enemigo del sistema de salud, cuyo desarrollo es de competencia casi exclusiva del Estado y no del ciudadano(26). Y si esta es la situación, el Estado no podría (no debería) *cargar las tintas* sobre la sociedad de forma tan desmedida sin provocar una escandalosa deslegitimación de su proceder. Como mucho, ponderando que no quedara

mente su libertad en todos los casos (muchísimo, en el caso de ciertos grupos de personas institucionalizadas –reclusos, ancianos, enfermos, discapacitados–) y cargando incluso buena parte de los costes económicos (equipos de protección, reducción de ingresos, etc.), aun con riesgo para su salud (en el caso de personal sanitario y de “servicios esenciales”)).

(25) El virus, después de todo, está demostrando que no es tan grave como se lo presenta. Según los últimos resultados y varias alocuciones del Director General de la OMS (17/02 y 19/02/20) parece que el «COVID-19 no es tan mortal como otros coronavirus, incluidos el SARS y el MERS. Más del 80% de los pacientes presentan síntomas leves y se recuperarán. En aproximadamente un 14% de los casos, el virus provoca síntomas graves, como neumonía y disnea. Y aproximadamente un 5% de los pacientes presentan síntomas muy graves, como insuficiencia respiratoria, choque séptico e insuficiencia multiorgánica. En un 2% de los casos notificados, el virus es mortal y el riesgo se incrementa con la edad». Disponibles en: <https://cutt.ly/uc89JRI>; <https://cutt.ly/Lc89ZHb>. Más contundente es el mensaje de aliento en la alocución del día 02/03/20: «Nunca antes habíamos visto un patógeno respiratorio con capacidad de transmisión comunitaria, pero que también se pueda contener aplicando las medidas adecuadas. Si se tratara de una epidemia de gripe, cabría esperar que a estas alturas ya se hubiera producido una transmisión comunitaria generalizada en todo el mundo, y no habría ninguna forma viable de frenarla o contenerla. Pero contener la COVID-19 es factible y debe seguir siendo la máxima prioridad para todos los países. Si los países adoptan medidas agresivas con prontitud, pueden detener la transmisión y salvar vidas». Disponible en: <https://cutt.ly/Tc89NDt>. Y, en el discurso del 04/03/20 dijo: «Las características propias de este virus nos dan la oportunidad de cortar las cadenas de transmisión y contener su propagación». Disponible en: <https://cutt.ly/Qc899bB>. Por su parte, el 05/03/20 informó: «se trata de una enfermedad grave. No es mortal para la mayoría de las personas, pero puede matar». Disponible en: <https://cutt.ly/Fc8974P>. En definitiva: que el coronavirus ataca más al sistema de salud que a la salud puede leerse en la Sesión Informativa para las Misiones Diplomáticas de los Estados Miembros de la OMS del 02/04/20: «Las carencias de los servicios de salud esenciales pueden provocar muchas más muertes que el propio coronavirus». Disponible en: <https://cutt.ly/3c83rqS>; y en la alocución del 06/04/20: «Una de las enseñanzas que espero que el mundo extraiga de la COVID 19 es la necesidad de invertir en los trabajadores de la salud, no solo para proteger vidas, sino también para proteger medios de vida». Disponible en: <https://cutt.ly/tc830tj>

(26) Esta carencia, imputable a muchos Estados, y no necesariamente a los Gobiernos, se refleja hoy en día en la improvisada construcción de hospitales de campaña y modulares de emergencia, que pretenden fortalecer el endeble sistema de salud.

otra alternativa para paliar la situación de emergencia, se podrían justificar algunas de las medidas de prevención más extremas (como el aislamiento continuo y la paralización de actividades comerciales), pero lo que sería evidentemente improcedente justificar, sería recurrir en primer término al Derecho penal para hacerlas cumplir. Dada la eventual corresponsabilidad del Estado en la producción del delito, esto podría significar para el ciudadano infractor desde una atenuación de la responsabilidad penal hasta la impunidad de su conducta por razones de inexigibilidad, sin que ello desplace del todo la posibilidad de plena sanción en los casos en que el sujeto, a pesar de la situación de injusticia distributiva, pudo haberse comportado obedeciendo el Derecho(27).

En conclusión: el Estado solo podría calificar como sujetos de responsabilidad a todos aquellos a quienes simultáneamente pudiera calificar como sujetos de protección, en esta oportunidad, de la política sanitaria y de las infraestructuras ciudadanas. Es decir, si el Estado no pudiera proveer las condiciones materiales necesarias para proteger a los ciudadanos del avance de la pandemia, entonces, se habría de contemplar junto a la política criminal de prevención del delito, una política criminal de excepción de imputación del delito, con criterios flexibles de atribución o de una imputación blanda a favor del ciudadano, fundada en una corresponsabilidad del Estado en la generación del peligro o en la causación del daño que se quiere evitar.

3. EL ROL DEL CIUDADANO: RESPONSABILIDADES DE EMERGENCIA

Desde el comienzo de la pandemia, las normas sanitarias anticovid y la amenaza constante del virus han afectado los conceptos de planificación y de administración de la libertad del ciudadano y el alcance de la responsabilidad individual; así como también lo han hecho en cuanto a los umbrales del riesgo socialmente permitido, incluso desde el punto de vista valorativo y no solo empírico. La nueva indisponibilidad de algunos riesgos y la observancia obligatoria de nuevas normas de cuidado han venido a cercar el amplio campo de libertad individual y social hasta entonces practicadas. El rol profesional o técnico, la competencia como ciudadano y el papel como individuo, se encuentran hoy por hoy orientados a un objetivo común, cuál es la

(27) SILVIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, pp. 722-723.

preservación de la especie humana y, por ello, completamente sometidos a continuas modificaciones según el grado de incidencia que el virus tiene en la salud y en el sistema de salud de un país. Dentro de este nuevo escenario, el rol que se intensifica es el del ciudadano sanitario que, como agente activo del mantenimiento adecuado a Derecho de su esfera de competencia, cuenta con deberes específicos en el ámbito de la salud pública. ¿Pero, hasta dónde ha de llegar la tutela de la salud pública a costa de la restricción de las libertades básicas de los individuos? Esta es una pregunta que no puede responderse apresuradamente, sino que requiere algunas reflexiones previas. El principio de no dañar a otros (*neminem laedere*) se encontraría en el contexto de la pandemia algo superado por el principio de salvar a otros (*alterum salvare*)(28), por cuanto, comportamientos que en tiempos sin pandemia resultaban adecuados socialmente, hoy por hoy han dejado de serlo y pueden conducir –cuando concurren los extremos– a responsabilidad penal en caso de practicarlos. La nueva restricción sobre comportamientos anteriormente permitidos y hoy prohibidos (estornudar libremente o acercarse a terceros), o el mandato de salir a la calle con mascarilla de protección médica o el presentar un test negativo de coronavirus para ingresar a alguna tienda, revelan que el deber de informarse sobre las reglas de prevención y el deber de adaptar rápidamente el comportamiento individual a las mismas, son los dos pilares desde los cuales se tiene que orientar el comportamiento del ciudadano(29). Este mayor esfuerzo y compromiso, al que se encuentra sometido el ciudadano del mundo covid, repercute en el sacrificio, pero no renuncia, de algunos de sus derechos fundamentales, y sin cuya colaboración las normas de prevención de la pandemia resultarían un estrepitoso fracaso(30). Como en todo Estado de Derecho, estas nuevas restricciones no solo deberían ser comprensibles (razonables, entendibles, justificables) para los ciudadanos destinatarios, sino que a la vez las mismas deberían ser asumidas

(28) Sobre esta categorización *neminem laedere* y *alterum salvare* como incumbencias-fin o categóricas (y no como deberes negativos de la competencia por organización y deberes positivos de la competencia institucional o por solidaridad del modelo de JAKOBS), véase VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 154, 156.

(29) Ya la sola ausencia de interés en conocer la normativa podría llevar a crear un riesgo penalmente típico.

(30) Véase, RUSCHEMEIER, *op. cit.*, 2020, pp. 472 y ss., para quien las medidas de control de la pandemia se hubieran encontrado condenadas al fracaso si la población no las hubiera seguido en gran medida de forma voluntaria y espontánea, por cuanto ningún Estado de Derecho puede prescindir de la confianza apostando a la amenaza, que es un recurso limitado.

como una forma de autocontrol (autogobierno)(31). La responsabilidad de emergencia del ciudadano consistiría tanto en una gestión solidaria de la propia esfera para evitar lesionar a otros, incluso en caso de no estar infectados (afectados(32)), como en una gestión solidaria de la esfera común, abstracta, de contornos indeterminados, para procurar la salvación del máximo posible de ciudadanos(33). La negativa en adaptar la esfera propia a los nuevos mandatos o la de amoldar la propia imputatividad (condiciones por las cuales se puede ser responsable) podría, en consecuencia, enfrentar al ciudadano al Derecho penal y esto no es solo cuestión de la regla de no lesionar a otros, sino también de la regla de procurar mantener la salud de otros(34). Al tratarse de un bien jurídico colectivo, la tutela de la salud pública convertiría parte de la organización personal en una amalgama de deberes de solidaridad intensificada de un espacio común. En consecuencia, la situación de emergencia sanitaria global exigiría, desde las capacidades y conocimientos individuales, asumir un papel proactivo a nivel social, haciendo todo lo que está al alcance para evitar la infección(35), la propagación de la enfermedad o para evitar contagiar, lesionar o matar a otros. La proactividad individual se basaría, asimismo, en el deber moral de mostrar y actuar con consideración mutua, teniendo en cuenta que cada uno se encuentra hipotéticamente

(31) WINGERT, L., “Wir müssen abwägen—aber wie sollen wir abwägen? Fragen der Moral in einer pandemischen Corona-Krise”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, n.º 69, v. 1, 2021, pp. 29-66, p. 46: los ciudadanos deben aceptar las restricciones como una medida de autocontrol y deben considerarlas como una renuncia temporal del ejercicio de sus derechos básicos.

(32) Según el art. 1.º del RSI de la OMS, *afectado* significa una persona que está infectada o que es portadora de fuentes de infección, de modo tal que constituye un riesgo para la salud pública.

(33) En la alocución del Director General de la OMS del 05/03/20 se sostuvo: «Todos somos responsables de reducir nuestro propio riesgo de infección y, si estamos infectados, de reducir el riesgo de infectar a otros». Disponible en: <https://cutt.ly/rc83QVO>. En este sentido, WINGERT, *op. cit.*, 2021, p. 47, destaca que *se precisa una acción cívica colectiva y no solo una acción oficial para contener la pandemia*.

(34) Por el *neminem laedere*, el ciudadano tiene que evitar contagiar a otros (incluso manteniéndose saludable a sí mismo), mientras que por el principio del *alterum salvare*, el ciudadano tiene que mantener el estado de salud de los otros no como una obligación de resultado, sino de medios, por ejemplo haciendo mínimos sacrificios de la libertad personal para ampliar el ejercicio de la libertad del tercero: reduciendo las salidas, evitando viajar en tren o avión, haciendo teletrabajo para que otros compañeros puedan asistir presencialmente a la oficina, o como dicen todas las propagandas del mundo: *quédate en casa*.

(35) El art. 1.º del RSI de la OMS define *infección* como la entrada y desarrollo o multiplicación de un agente infeccioso en el cuerpo de una persona que puede constituir un riesgo para la salud pública.

a un lado y al otro de la situación de peligro común, esto es, en el lado de los protegidos y en lado de los protectores(36). Este equilibrio ideal no solo se alcanzaría desde un comportamiento ajustado a la esfera individual (ámbito de competencia personal) evitando afectar esferas ajenas (*neminem laedere*) sino también, y necesariamente, desde un comportamiento ajustado a esferas comunes generando buena salud (*alterum salvare*), por medio de un uso responsable de las libertades permitidas(37).

Esta clase de deber de solidaridad intensificada o cualificada no estaría prevista en un tipo penal especial(38), sino que sería el fundamento por el cual la restricción cualificada del ámbito del riesgo permitido legitimaría la intervención penal en tiempos de pandemia, donde el rol del ciudadano parecería asumir contornos específicos de mayor calado que los característicos en épocas de normalidad. En consecuencia, en tiempos de emergencia, como una pandemia mundial, no solo se presentaría el deber de observar el comportamiento de no infectar al prójimo evitando el contacto con él (*neminem laedere*), sino también el del comportamiento de no infectar al prójimo evitando contagiarse uno mismo o por medio de mantenerse a sí mismo saludable(39), ajeno al virus (*alterum salvare*), donde el campo permitido de la autopuesta en peligro(40) se encontraría casi totalmente clausurado a la disponibilidad individual: ¡no debes asumir el peligro ni siquiera para ti mismo porque te conviertes en peligro común para todos! (hete aquí el deber especial de solidaridad intensificada de evitar la autopuesta en

(36) WINGERT, *op. cit.*, 2021, pp. 49-50, para quien este deber de reciprocidad reside en la equidad: «quienes disfrutan de los frutos de una cooperación, en este caso la protección de la salud general o un tratamiento médico eficaz, también deben contribuir con su parte a la cooperación fructífera».

(37) Para WINGERT, *op. cit.*, 2021, p. 49, un uso es responsable si previsiblemente no reduce significativamente la capacidad del servicio de salud para evitar peligros colectivos mediante el ejercicio de los propios derechos, es decir, un uso que no perjudica, incluso teniendo en cuenta el comportamiento probable de los demás.

(38) Sobre el deber de solidaridad intensificada como *tertium* entre la solidaridad mínima y la organización o, lo que es lo mismo, las omisiones puras de garante y las omisiones de garante referidas al resultado como realidades intermedias entre la omisión pura y la comisión por omisión o, las omisiones de gravedad intermedia a mitad de camino entre las omisiones leves y las omisiones graves en el Código Penal español, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 153-172.

(39) Las tradicionales expresiones de deseo, ¡mantente saludable!, *Bleib gesund!* y *stay healthy!* pueden erigirse hoy como el contenido de estos deberes de solidaridad.

(40) Como potenciales víctimas de un riesgo común.

peligro)(41). Dada las características conocidas del riesgo de contagio de enfermedades transmisibles entre humanos altamente contagiosas, como el COVID-19, la autopuesta en peligro en cuestión, se trataría de una autopuesta en peligro cualificada por dos claras razones. En primer lugar, porque se trataría de una asunción de un peligro de doble filo, donde la potencial víctima no solo se autolesionaría con su comportamiento reflexivo o descuidado, sino que al mismo tiempo se convertiría en propagadora del riesgo y, con ello, en potencial autora de la creación o incremento de un riesgo prohibido para la salud individual y para la salud pública. En este primer aspecto, la infracción de deberes por parte de la víctima escalaría desde los de autoprotección hacia los de heteroprotección. Y, en segundo lugar, porque este tipo de riesgo, al aterrizar en una persona, potencia sus efectos multiplicadores indefinidamente, lo que lo tornaría humanamente incontrolable(42). Esta circunstancia anularía el consentimiento libre del contagiado en relación con la asunción del peligro. Dadas las características del virus, el sujeto no podría garantizar razonablemente *ex ante* un cierto dominio y por ello tampoco se podría esperar razonablemente de él que el peligro se mantendrá dentro de su esfera de control (no se podría asegurar mínimamente la no circulación del virus altamente contagioso). A esta última razón habría que añadir que tampoco concurriría a favor de la víctima un permiso particular de disponibilidad sobre un bien común porque la misma no tiene un exclusivo dominio sobre la salud pública(43). Así tampoco, se desplazaría por la misma razón la responsabilidad del autor del conta-

(41) Donde «cada prójimo comporta una sensación de peligro» (*Jeder Mitmensch ist ein Gefühl Gefahr*), según KINGREEN, *op. cit.*, 2020, p. 1019.

(42) A diferencia de la autopuesta o heteropuesta en peligro simple donde la víctima sufre la lesión y allí, en principio, *se acaba el riesgo*.

(43) Tomando como referencia los argumentos del profesor Gimbernat Ordeig sobre la autopuesta en peligro, resulta oportuno realizar la siguiente consideración. Al menos, desde un punto de vista estrictamente teórico, sería posible imputar al causante del contagio (que no se contagió adrede, pero sí conociendo el elevado riesgo que asumía en una fiesta clandestina o *coronaparty* y no tomó medidas de prevención posteriores) las lesiones y las muertes por COVID-19 del personal de salud que, en el ejercicio de su profesión y en el cumplimiento de su deber, sin incurrir en comportamientos imprudentes, pudieron haber contraído el virus que se materializó en un peligro o resultado típicamente relevantes; toda vez que el contagiante actuó antijurídicamente o, en palabras de Gimbernat Ordeig, «porque nadie tiene derecho –ni la ley penal puede aprobar ese comportamiento sin sancionarlo– a crear innecesariamente una situación de emergencia en la que, *en el ejercicio legítimo y no imprudente de su profesión*, otras personas deban arriesgar sus vidas y su salud para intentar aminorar los daños que gratuitamente ha provocado el incendiario» (en referencia a la «responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas jurídicamente obligadas a intervenir para paliar los efectos del siniestro»). Véase con más detalles, GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva y

gio. La prevención de emergencia residiría así, prácticamente, en el mantenimiento de la salud individual como instrumento de protección de la salud pública(44). En cualquier caso, con esto no se quiere decir que el ciudadano habría de convertirse en un superciudadano, sino que habría de tomar consciencia que la prevención a la cual él está llamado no se agota en el cumplimiento de las medidas asumidas por el Estado o en una simple omisión de interferencias en esferas ajenas, sino que incluye también, el empleo de todo tipo de cuidados activos, esfuerzos propios y conocimientos técnicos adquiridos en la medida de sus posibilidades(45).

4. LA PROPAGACIÓN Y TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE EMERGENCIA DE LA NORMA JURÍDICOPENAL

Por medio de la intervención penal en materia sanitaria, se puede persuadir contra la propagación y contagio de enfermedades peligrosas en pos de tutelar el derecho humano salud humana(46). El

conducta de la víctima», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LVIII, 2005, pp. 733-805, pp. 757 y ss., p. 759.

(44) BARDAYO ANTÓN, C., «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de COVID-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», *La Ley Penal*, n.º 144, 2020, pp. 1-30, p. 4 señala: «a diferencia de [...] otros tipos de contagio como el SIDA, no solo es riesgoso el comportamiento del contagiado sino también del no-contagiado que se salta sistemáticamente el confinamiento acudiendo a lugares de riesgo (cognoscibilidad del riesgo)... la alta contagiosidad por contactos cotidianos de COVID-19 lleva a considerar que se puede vulnerar la voluntad de una persona de no querer saber si está contagiada o es inmune. Y tampoco puede operar el *derecho a la intimidad* de un sospechoso de contagio por este virus, [...], en virtud del interés de los demás de conocer ese peligro. Por eso sobre aquel de quien se sospeche [...] que pueda estar contagiado, se puede vulnerar su integridad física al objeto de comprobarlo, y [...] en caso de contagio comprobado aislarle tomando las medidas terapéuticas aun en contra de su voluntad, pues su conducta ya no es una *autopuesta en peligro*, sino que él mismo es el peligro para los demás».

(45) VARELA, *op. cit.*, 2016, p. 157.

(46) El art. 25.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce el derecho a la salud y el bienestar de las personas como derecho humano interdependiente de otros derechos humanos. La salud humana ha sido definida por el Preámbulo de la Constitución de la OMS como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»; y a la vez se ha declarado que «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social». En todo caso, hay que indicar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de la Orga-

COVID-19 comporta hoy en día una seria amenaza para la salud colectiva global, que como bien jurídico supraindividual hace referencia a la salud del conjunto de la población mundial que no conoce fronteras(47). El art. 1.º del RSI de la OMS define *riesgo para la salud pública* como toda probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular de que se propague internacionalmente; definición que deja abierta la posibilidad que la salud se afecte a escala planetaria. Dentro del objeto de tutela no solo se contemplan las manifestaciones individualizadas de la salud (salud personal o de determinado sector vulnerable, como podría ser la población de riesgo), sino también el sistema sanitario o de sanidad pública, que es el mecanismo institucional por medio del cual el Estado realiza una de las prestaciones primarias más esenciales para la ciudadanía(48). El sistema de salud pública presenta una serie de agentes intervinientes como sujetos de derecho y de deber, entre los cuales se encuentran el ciudadano sanitario (paciente-usuario-cliente), que es el sujeto activo de la relación prestacional de la asistencia sanitaria; los profesionales sanitarios, que son los sujetos prestadores de dicha asistencia y, los llamados gestores de los recursos sanitarios y de los derechos de los pacientes y usuarios(49). Así como el cometido del Estado y los deberes de los ciudadanos merecían algunos correctivos en tiempos de emergencia sanitaria, así también habría que ajustar el contenido de los nuevos riesgos de transmisión de la enfermedad del COVID-19 cuando estos pudieran conformar un delito penal. Como el riesgo de propagación y contagio del COVID-19 se incrementa objetivamente de forma exponencial, las normas de prevención se fundamentan en un severo cercenamiento de la libertad civil. Por tal razón, habría que reconocer que el riesgo punible de propagación y contagio no tendría el mismo fundamento político-criminal en tiempos normales de salud,

nización de las Naciones Unidas (ONU), no es vinculante para los Estados sino a través de los Pactos suscritos, previstos para su obligatoriedad.

(47) La teoría de los bienes jurídicos globales, sin fronteras, también podría ser objeto de categorización porque la salud pública representaría, al menos en principio, un bien jurídico universal de valor supremo frente a otros bienes jurídicos universales, como el patrimonio cultural de la Humanidad. Sobre el valor moral de la salud, como condición para el ejercicio de la libertad, a propósito de las restricciones en tiempos de pandemia, WINGERT, *op. cit.*, 2021, pp. 51 y ss., pp. 59 y ss.

(48) En este sentido, se ha manifestado ANTEQUERA VINAGRE, J. M., «Fundamentos de Derecho sanitario», en ANTEQUERA VINAGRE (ed.), *Derecho sanitario y sociedad*, Madrid, 2006, pp. 1-42, p. 1, al considerar a la «salud como un bien social que fortalece el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y que define un modelo de organización jurídico-política como es el *estado de bienestar*».

(49) ANTEQUERA VINAGRE, *op. cit.*, 2006, p. 4.

que en tiempos de pandemia mundial (o brote o epidemia local) y ello sería, en principio, el punto de arranque para legitimar la serie de restricciones a los derechos fundamentales que se vienen imponiendo. Dicho esto, se advierte que la excepción se hizo regla cuando el ámbito del riesgo permitido ha quedado tan estrechamente cercado, que según en qué circunstancias, el hecho de salir a la calle o abrazar al prójimo podría conllevar la creación de un riesgo penalmente típico(50). En este escenario y teniendo en cuenta la envergadura del bien jurídico protegido, el binomio equilibrado en tiempos de emergencia sería «a menor riesgo permitido (libertad ampliamente cercenada) mayores exigencias al momento de imputar»(51), donde el criterio de oportunidad procesal podría cobrar especial protagonismo en la práctica(52). Dos manifestaciones de esta regla pueden enunciarse aquí como posibles. La primera pasaría por el siguiente razonamiento: si en tiempos normales, de máxima libertad, el peligro abstracto resulta punible, en tiempos de emergencia (como una pandemia) la minúscula libertad que se le deja al ciudadano debería, en muchos casos, desplazar la punibilidad hacia arriba, hacia el peligro concreto. La segunda sería que, para las formas imprudentes, el ámbito de infracciones penalmente relevantes se redujera a las más graves (y no a las menos graves o leves), siendo que es regla general que la imputación de la imprudencia opera con el sesgo retrospectivo de un modo más intensificado cuando se trata de delitos contra bienes de alto rango. Normalmente, la producción del resultado en el delito imprudente resulta predecible y evitable en retrospectiva y por ese sesgo es que *ex post delicto* se suelen encontrar innumerables argumentos para fundamentar que se podría haber evitado el resultado por parte de quien no lo evitó (por ejemplo, en el contagio del coronavirus se diría que se podría haber empleado mayor distancia de seguridad entre personas o que se debería haber procedido a una desinfección más cabal, entre otras variantes)(53). Algunas propuestas, para excluir las negligencias leves, sostienen que, en tiempos de coronavirus, las personas que se movilizan no solo colocan en peligro a los restantes

(50) Así, FAHL, C., “Das Strafrecht in den Zeiten von Corona”, *Juristische Ausbildung*, v. 10, 2020, pp. 1058-1065, p. 1064, señala que si fuera socialmente adecuado abrazarse (lo que no lo es en tiempos de pandemia), entonces, habría que recurrir al aspecto subjetivo (dolo eventual) para poder imputar el delito.

(51) Mayor exigencia acompañada de una aplicación rigurosa del principio de caridad hermenéutica.

(52) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1064, 1065, quien propone que los casos de coronavirus no se resuelvan en el Derecho sustantivo, sino en el procesal con la aplicación de los §§ 153, 153a StPO.

(53) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1060, 1061.

participantes, sino también a ellas mismas, por lo que habría de pensarse en limitar las exigencias de los delitos contra la salud individual al estándar civil de la *diligentia quam in suis* (§ 277 BGB)(54). Esta figura civil hace referencia al cuidado propio, al que emplea habitualmente la persona en el manejo de los propios asuntos(55). En todo caso, el fundamento del cambio de lógica del Derecho penal residiría en no alterar sus principios rectores, sino en reajustar su sistema de imputación en situaciones extraordinarias. Como un recorte significativo a la libertad *ex ante* del ciudadano conllevaría una reducción natural del abanico de opciones de observancia a la norma (todos los comportamientos se tornarían prácticamente antinormativos), se caería en un grosero exceso punitivo si tal libertad siguiera recortándose *ex post* al momento de imputar. Por ello, un Derecho penal de emergencia no significa un Derecho penal autoritario, avasallador de la libertad en pos de la seguridad de forma desmedida, sino un Derecho penal de garantías, respetuoso de las libertades civiles en razonable sintonía con la tutela de emergencia de un determinado bien jurídico y, para lo cual, precisaría de una corrección en su lógica de imputación(56). La mayor rigurosidad al momento de imputar quedaría vinculada, entre otras cosas, a la interpretación del riesgo penalmente típico en los delitos de propagación de enfermedades contagiosas (y de lesiones u homicidio). Para la atribución del riesgo típico habría de exigirse que se trate de infracciones graves o reiteradas de las normas de prevención, y no de meros descuidos o hipótesis de riesgos abstrac-

(54) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1060, 1061. El § 277 BGB (de la diligencia en los propios asuntos) señala que la persona que sea responsable del cuidado que habitualmente guarda en sus propios asuntos no estará exenta de la responsabilidad por negligencia grave.

(55) Habría de pensarse si este estándar civil subjetivo es viable en los casos de bienes jurídicos colectivos (salud pública), donde dejar librado el manejo del riesgo de contagio al estándar de cuidado que cada persona tiene en relación con sus propios asuntos no parecería ser una idea del todo sensata para estos supuestos. En todo caso, permitir que cada uno cuide la salud de todos como cuida la propia, solo sería recomendable para desplazar los supuestos de imprudencia leve, pero no la grave.

(56) Y ya en la lógica de iniciar la persecución penal por un hecho delictivo. Al respecto, NIETO MARTÍN, A., «El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global», *Almacén de Derecho*, 15/04/2020. Disponible en: <https://cutt.ly/QvOY5T5>. Señala este autor: cuando finalice la situación de emergencia del colapso de los hospitales se pasará al colapso de la Administración de Justicia, donde se intentarán hacer valer reclamos contra las personas de máxima autoridad que han gestionado la política pandémica. Para estos casos, sostiene, habría de arbitrarse una solución excepcional (distinta al estado de emergencia tradicional que persigue un *enemigo* público) para evitar un reclamo desmedido de responsabilidad penal a quienes han tenido que adoptar las decisiones más delicadas y complicadas en el estado de emergencia.

tos. También para la imputación subjetiva habría de exigirse algo más que conocimientos ligeros o creencias erróneas difíciles de vencer. Habría de exigirse –como mínimo– la concurrencia de un conocimiento eventual del alcance del riesgo generado, fundado en el conocimiento de los elementos necesarios para dar cumplimiento a la norma de prevención. Por ejemplo, estornudar con la mascarilla médica debidamente puesta, sin llevar el pliego del codo a la cara al momento de hacerlo, no debería, en principio, considerarse un riesgo penalmente relevante, teniendo en cuenta que la barrera de contención del riesgo de contagio derivado del estornudo ya se encuentra en el cumplimiento del deber de portar la mascarilla indicada y no haría falta, salvo excepciones, un sobreaseguramiento del riesgo empleando el codo (podría serlo, si se tratara de una mascarilla de tela); así tampoco, el acercamiento natural entre personas en una tienda concurrida no comportaría, en principio, un riesgo de suficiente entidad para erigirse como penalmente relevante o bien obviar la consulta al médico ante un aislado ataque de migrañas, en principio, tampoco lo sería y, así, muchos otros supuestos de la vida cotidiana. En relación con algunos elementos del comportamiento también es posible citar los siguientes ejemplos. El uso de mascarillas médicas de tipo FFP2, N95 o KN95 y OP-II es obligatorio en algunos Estados para las actividades rutinarias del ciudadano en la vida común(57). Para observar debidamente la norma de prevención, el ciudadano debería ser conocedor de cuáles son las mascarillas médicas y cuáles son las que se encuentran habilitadas para su uso permitido, aunque en el mercado abundan una serie de mascarillas de tela y otros materiales que simulan idoneidad(58). Dejando de lado supuestos muy excepcionales, la falsa creencia de que la mascarilla que se porta es quirúrgica (y no común) sería, en el contexto de la pandemia, algo poco probable de exculpar hoy en día por cuanto la exigencia del deber de verificar la calidad y condición de la mascarilla es actualmente la norma básica para el desarrollo de la vida social permitida y su conocimiento es de fácil acceso (en la farmacia se puede preguntar y en cualquier tienda se encuentran debidamente señalizadas). En este sentido, se ha vuelto saber común, socialmente estandarizado, el conocimiento de los tipos de mascarillas médicas de uso obligatorio. Como caso fronterizo, en cuanto a la vencibilidad de un posible error, se encontraría el uso de

(57) No son exigibles, pero se las puede emplear, las demás mascarillas de protección extrema como las FFP3, N99, N100, OP-IIR, R95, R99, R100, P95, P99 y P100.

(58) Aquí hay que diferenciar también el sentido de la prohibición. No está prohibido el uso de mascarillas de telas comunes, sino que está prohibido emplearlas para salir a la calle, entrar a una tienda, subir a un autobús y, en sí, realizar la vida social.

mascarillas FFP1 y OP-II, que poseen menor protección que las restantes y que no son las habilitadas para la vida civil. Como caso excepcional, de invencibilidad, se podría presentar el uso de mascarilla común por parte de una persona solitaria, de avanzada edad, que se halla desubicada en tiempo y espacio (aunque es imputable plenamente) y que adquiere mascarillas falsas o de tela similares a las médicas. Otro supuesto sería el de la persona que es engañada a portar una mascarilla supuestamente médica cuando no lo es, y fuera creíble el engaño e invencible por parte de quien lo padece; entre otros posibles ejemplos. Universo distinto de problemas se presenta con las actividades que se encuentran prohibidas o restringidas, siendo la más problemática la de viajar. Por ejemplo, en algunos países está prohibido viajar por motivos de ocio y turísticos, siendo el único permitido las «razones esenciales», de modo que los servicios de transporte y alojamiento no se encuentran suspendidos ni clausurados en su totalidad. Evidentemente, entre estos extremos de lo permitido y de lo prohibido hay un amplio abanico de situaciones intermedias difíciles de resolver, máxime cuando los mismos extremos comportan a su vez conceptos amplios y ambiguos. ¿Cuáles son las razones esenciales? Porque el ocio positivo sería una razón esencial para mantenerse mentalmente saludable... Estas situaciones intermedias, aunque parecen encontrarse a merced de la libre disponibilidad del ciudadano, no obstante, se encuentran regidas por un macro criterio, que es la recomendación de no hacer uso de ellas, por ejemplo, permaneciendo en el hogar y evitando trasladarse de un lugar a otro. Es decir, la recomendación sería que el ciudadano no hiciera uso de esa libre disponibilidad del riesgo intermedio y no buscara posibles lagunas a la normativa para realizar aquello que se recomienda no hacer. Esta especie de recomendación a la abstención de usar ese estrecho margen de libertad no prohibida se asemeja a la recomendación de no gastar los ahorros en tiempos de crisis, lo que supondría desde toda lógica una limitación desproporcionada a la libertad civil en un Estado de Derecho. Pero, habrá que esperar los pronunciamientos judiciales para ver cómo los tribunales resuelven estas cuestiones.

5. REFLEXIÓN SOBRE LA NORMATIVA ALEMANA Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE PROPAGACIÓN DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS

A continuación, se referenciará muy concretamente la normativa alemana y española para extraer algunas conclusiones útiles, adelan-

tando como ya se sabe, que en España no se prevé un delito específico de propagación de enfermedades peligrosas como sí en Alemania. Es por esta razón, que se analizará en primer lugar el Derecho alemán.

5.1 El contexto alemán

En Alemania la lucha contra la pandemia del coronavirus viene realizándose a través de determinadas medidas asumidas por el Estado central en coordinación directa con los dieciséis Estados Federados. La situación jurídica hasta el presente puede clasificarse en dos etapas tomando como puntos de referencia los años de la pandemia. El primer año fue el 2020 y el segundo año es el 2021, actualmente en curso(59). En relación con la primera etapa (11/03 a 31/12 de 2020), el Parlamento alemán declaró la situación epidémica del coronavirus por medio de la Ley para la Protección de la Población en Situación de Epidemia de Alcance Nacional (del 27 de marzo)(60) e incluyó nuevas medidas con otras dos leyes más, que llevan el mismo título, la Segunda Ley para la Protección de la Población (del 19 de mayo)(61) y la Tercera Ley para la Protección de la Población (del 18 de noviembre)(62). Por medio de esta última se refuerzan todavía más las medidas para combatir el virus y se incorporan mejoras a la legislación sanitaria. Todas estas leyes tienen una vigencia temporal hasta que finalice la crisis epidemiológica por coronavirus, puesto que su objeto es simplemente adaptar la legislación formal existente a las demandas de la situación de emergencia y aprovechar para introducir mejoras permanentes en materia sanitaria. En lo que aquí puede interesar, las principales modificaciones que introdujeron estas leyes lo son en el ámbito del Derecho de policía sanitaria comprendido en la llamada, en su versión abreviada, Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG), que data del año 2000(63) y en la Ley de Implementación

(59) Al momento de terminar este artículo, en Alemania y España se está presentando la cuarta ola de contagios del coronavirus (que comenzó aproximadamente a finales de marzo de 2021).

(60) *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 587].

(61) *Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 1018].

(62) *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 2397].

(63) Su nombre completo es Ley para la Prevención y Combate de Enfermedades Infecciosas en Humanos (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen Infektionsschutzgesetz*), de 20 de julio de 2000 [BGBL. I S. 1045].

del Reglamento Sanitario Internacional del 21 de marzo de 2013(64). En relación con la segunda etapa (01/01 hasta comienzos de abril de 2021), al día de la fecha no se han presentado novedades jurídicas que puedan tener relevancia en este trabajo.

5.1.1 DERECHO SANITARIO

El Derecho sanitario alemán(65), como rama transversal, aglutina una serie de normas jurídicas atinentes al sistema de salud humana (individual y comunitaria) y de sanidad pública del Estado, que van desde la tutela constitucional de la salud hasta la planificación y gestión, esto es, la reglamentación e implementación de la política institucional del orden sanitario. El Derecho sanitario se enfoca esencialmente en el Derecho administrativo y el penal, pero no descuida otras normas sanitarias como las contenidas en el Derecho civil y el laboral. A continuación, se harán algunas consideraciones sobre los principios constitucionales e instrumentos legales más significativos en el contexto de la pandemia lo que permitirá apreciar el modelo escalonado de prevención de enfermedades contagiosas. Como bien jurídico colectivo o como derecho subjetivo individual, ni la salud colectiva ni la salud individual se encuentran expresamente mencionadas en la Ley Fundamental alemana (GG de la corta sigla en alemán(66)), pero surgen inevitablemente del sentido de los derechos fundamentales recogidos en sus arts. 1.º y 2.º que, como tales, forman parte de un Estado federal, democrático y social de Derecho (art. 20.º, apartado 1.º)(67). Estos derechos fundamentales son la base ineludible para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales. Así, el apartado 1.º del art. 1.º reconoce la intangibilidad de la dignidad humana y el apartado 2.º reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana(68); y, además, el apartado 2.º del art. 2.º recoge el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. El Derecho de salud alemán se

(64) *IGV-Durchführungsgesetz* (IGV-DG).

(65) O Derecho de la Salud (*Gesundheitsrecht*), que es la rama del Derecho que se ocupa de la salud humana. Véase, IGL, G., “1. Kapitel. Begriff und System des Gesundheitsrechts”, en Igl y Welti (eds.), *Gesundheitsrecht. Eine systematische Einführung*, 3.º ed., München, 2017, pp. 1-9, p. 1.

(66) *Grundgesetz (für die Bundesrepublik Deutschland)*.

(67) KOSTORZ, P., *Basiswissen Gesundheitsrecht*, Berlin, 2020, pp. 5, 13 y ss.

(68) Al efecto, para Alemania, el derecho humano a la salud se encuentra contemplado en el art. 12.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el art. 35.º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

encuentra íntimamente vinculado al Derecho internacional y al Derecho comunitario europeo. Por compromisos asumidos internacionalmente, Alemania ha promulgado la IGV-DG de la OMS en el año 2013, desde la cual se regulan las medidas de prevención de enfermedades contagiosas en relación con el transporte y tráfico entre países. La misma contempla una serie de infracciones administrativas, además de algunos delitos penales castigados con penas de hasta cinco años de prisión. También, en su condición de Estado miembro de la Comunidad Europea, Alemania se halla protegida por un marco común de seguridad sanitaria, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE, por medio de la cual se regulan los mecanismos jurídicos y técnicos para hacer frente a las amenazas transfronterizas graves para la salud humana(69). Desde este frente mixto, la salud humana como derecho personalísimo y como derecho colectivo, se encuentra ampliamente protegida y regulada por el Derecho sanitario alemán. En materia sanitaria, el sistema federal establece que las medidas contra enfermedades humanas contagiosas y peligrosas para la sociedad pertenecen a la legislación concurrente de la federación. Esto significa que, desde el punto de vista legislativo, el sistema de salud y sanidad corresponde primordialmente a la legislación federal central (como la IfSG) y, para determinados casos, pertenece a la competencia de los Estados federados(70). Con esta base, los requisitos de la responsabilidad penal, así como la naturaleza y alcance de la sanción penal, deben ser previstos en la ley federal central (la ley formal), de forma tal que las posteriores regulaciones, ordenanzas y actos administrativos de los Estados federados solo pueden completar y precisar estos requisitos con mayores detalles (por ejemplo, técnicos)(71). La Ley de Protección contra las Infecciones, que a continuación se analiza, es el principal instrumento legal del Derecho sanitario alemán.

(69) Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del 22/10/13 *Sobre las Amenazas Transfronterizas Graves para la Salud*. A la fecha se encuentra en trámite una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud (11/11/2020), por el que se derogaría la Decisión 1082/2013/UE.

(70) Según el apartado 1.º, punto 19 del art. 74.º de la GG. La normativa del Estado federado ha de mencionar la base legal (según la exigencia del art. 80.º de la GG) y podrá concretar los detalles y alcance de la ley formal central, como lo es la IfSG, según lo dispone el § 54 de esta última ley.

(71) WEISSENBERGER, B., "Die Corona-Pandemie und das Strafrecht, insbesondere in Verbindung mit dem (neuen) IfSG", HRRS, 2020, pp. 166-181, pp. 170-171. Además, este autor añade que estas ordenanzas o actos administrativos también deben encontrarse formulados con suficiente precisión en el sentido del art. 103.º (punto 2) de la GG (regla de taxatividad del principio de legalidad).

5.1.II LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LAS INFECCIONES (IfSG):
OBJETO, MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y COORDINACIÓN
INTERNACIONAL

Esta ley contempla un régimen de medidas de prevención de enfermedades transmisibles y también contempla un sistema de contravenciones y algunas disposiciones penales (*Nebenstrafrecht*). La IfSG es la base legal exigida por la Ley Fundamental alemana para el despliegue de la política sanitaria por medio de los decretos de los Estados Federados(72), que pueden afectar los derechos fundamentales de las personas. Su propósito legal es prevenir enfermedades transmisibles para los seres humanos, detectar infecciones en una etapa temprana y prevenir la propagación (§ 1.1). Para cumplir con el propósito de la ley, el mismo cuerpo legal asume como tarea pública, que las políticas sanitarias de las autoridades federales, estatales y locales, los médicos, los veterinarios, los hospitales, las instituciones científicas y otras partes involucradas, deben diseñarse de acuerdo con el estado actual de la ciencia y la tecnología médica y epidemiológica. Asimismo, debe fomentarse la responsabilidad personal de los propietarios y administradores de las instalaciones comunitarias, las empresas de alimentos, las instalaciones de salud y las personas en la prevención de enfermedades transmisibles (§ 1.2). En el mismo sentido se indica, que la prevención comienza por la educación de la sociedad sobre los peligros de las enfermedades transmisibles y cómo prevenirlas (§ 3), siendo el ente coordinador de la política sanitaria el Instituto Robert Koch, el que para cumplir con el propósito de la ley debe trabajar con las autoridades federales y estatales correspondientes y con los centros científicos de referencia (§§ 4.1 y 4.2), así como desde la cooperación con organismos supranacionales, como la OMS (§ 4.3). Por otro lado, el § 13 establece otras formas de vigilancia epidemiológica y la autorización para emitir ordenanzas y reglamentaciones por parte del Gobierno central, los Estados Federados, el Ministerio Federal de Salud y el Instituto Robert Koch, así como la obligación de seudonimizar los datos de pacientes y estudios según los casos, y regula el trabajo de farmacovigilancia que realiza el

(72) El art. 80.º de la GG prevé la obligación de mencionar la base legal en los decretos de los Estados Federados. El apartado 1.º establece que el Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los Estados podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En esta ley se deberán determinar el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser delegada, la delegación debe efectuarse por decreto.

Instituto Paul Ehrlich en materia de vacunas(73). De igual manera, en los supuestos de restricción de circulación y aislamiento de personas infectadas, observación obligatoria y monitoreo de la infección y prohibición de trabajar (§§ 28 a 31), se faculta a los gobiernos estatales a dictar ordenanzas para combatir las enfermedades transmisibles (§ 32)(74). Asimismo, diferentes preceptos sobre medidas preventivas de la ley autorizan a las autoridades competentes a restringir los derechos fundamentales de las personas, como la libertad de circulación y reunión(75), así como la integridad física y el secreto postal(76) y la inviolabilidad del domicilio(77), además de otros(78).

Entre las principales modificaciones, que ha sufrido la IfSG, se encuentran la declaración del Parlamento alemán del estado de epidemia a nivel nacional, así como la implementación de algunas medidas de prevención de la enfermedad y el otorgamiento de facultades a las autoridades competentes para paliar la epidemia (§ 5); asimismo, la

(73) El Instituto Robert Koch (control y prevención de enfermedades) y el Instituto Paul Ehrlich (control de vacunas y medicamentos biomédicos) son entes en el seno del Ministerio Federal de Salud alemán, que trabajan coordinadamente según los mandatos de la IfSG.

(74) En el marco de las facultades otorgadas a los Estados Federados, estos pueden determinar cuáles serán las autoridades competentes para realizar los propósitos de la ley (§ 54).

(75) En particular, el § 28, sobre medidas de protección para evitar la propagación de enfermedades transmisibles, contempla la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de reunión y la libertad de circulación en relación con la medida de segregación de la persona presuntamente infectada o enferma durante un tiempo necesario en una determinada institución. También, contempla la posibilidad de obligar a la persona presuntamente infectada a no salir del lugar donde se encuentra (o a ingresar) o a hacerlo solo bajo ciertas condiciones. Así también, la autoridad competente puede restringir o prohibir eventos u otras reuniones de personas y cerrar establecimientos comunitarios.

(76) El § 21 restringe el derecho fundamental de la integridad física de las personas en el caso de una vacuna ordenada por ley correspondiente. Además, el § 30, apartado 3.º, sobre la medida de aislamiento (*Absonderung*), contempla la restricción de los derechos fundamentales de la integridad física de la persona y el secreto postal en los supuestos de una persona infectada segregada en un hospital, quien debe tolerar las medidas que sirvan para mantener el funcionamiento adecuado de la instalación o para asegurar el propósito del alojamiento o si fueran necesarias para la descontaminación.

(77) El apartado 4.º del § 16 sobre medidas generales para prevenir enfermedades transmisibles, autoriza a la autoridad competente a ingresar a propiedades, habitaciones e instalaciones, así como medios de transporte e inspeccionar documentos [...], así como examinar objetos o tomar muestras para su examen.

(78) El § 17 sobre medidas especiales para prevenir enfermedades transmisibles, en su apartado 7.º determina la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de circulación, la libertad de reunión y la inviolabilidad del domicilio.

política sanitaria preventiva alemana, más robusta de lo que uno se imagina, va más allá de la situación actual; va hacia el futuro inmediato con efectos en lo mediato. Según el § 4.1a de la IfSG, el Ministerio Federal de Salud deberá presentar un informe al Parlamento (*Bundestag*), a más tardar el 31 de marzo de 2021, sobre los hallazgos de la epidemia causada por el nuevo coronavirus. El informe tiene como finalidad abordar propuestas para el fortalecimiento legal, de infraestructura y de personal del Instituto Robert Koch de cara a mejorar el sistema sanitario alemán para futuras epidemias(79). Por otro lado, el § 6.1.1, que contiene la obligación de informar acerca de la sospecha o existencia de determinadas enfermedades, incorporó en su letra (t) la enfermedad del coronavirus (COVID-19) y el § 7, que contiene la obligación de informar sobre la evidencia notable de determinados patógenos, incorporó en su punto (44a) el Síndrome Respiratorio Agudo Severo del Coronavirus (SARS-CoV y SARS-CoV-2). Por su parte, en relación con el control y vigilancia del sistema de vacunas, al § 13.5 se incorporó el punto 10 relativo a la vacuna contra el COVID-19 y, al § 20 sobre vacunas y otras medidas de profilaxis específica, se introdujo el punto 2a, el cual menciona los objetivos de la Comisión Permanente de Vacunación en materia de COVID-19 (prevención del coronavirus, protección de personas de riesgo elevado de infección debido a una discapacidad, por su trabajo o residencia, entre otros objetivos). Así también se incorporó el § 28a 1, que prevé un conjunto de medidas de protección especiales para prevenir la propagación del COVID-19, que pueden implementarse durante la situación epidémica de alcance nacional, entre las cuales se encuentran: (1) mantenimiento de la distancia en el espacio público; (2) obligación de portar la mascarilla en boca y nariz; (3) restricciones de salida y de contactos en espacios públicos y privados; (4) obligación de crear una cultura de higiene en las empresas e instalaciones abiertas al público; (5) prohibición o restricción de realización de eventos de ocio, culturales y deportivos; (6) prohibición total o parcial de distribución o consumo de alcohol en espacios determinados; (7) prohibición o imposición de condiciones para la realización de eventos religiosos o ideológicos; (8) prohibición o restricción de viajes y ofertas de alojamiento (en particular con fines turísticos); (9) prohibición o restricción del funcionamiento de instalaciones gastronómicas; (10) cierre total o parcial de negocios y comercios, mayoristas y minoristas; (11) prohibi-

(79) El § 5 (9) señala la obligación del Ministerio de Salud de enviar un informe interdisciplinar sobre los efectos de la normativa en el contexto de la situación epidémica de alcance nacional al Gobierno Federal y este debe hacerlo en relación con el Parlamento alemán antes del 31/12/21 y 31/03/22, respectivamente.

ción o restricción de ingresar y visitar instalaciones de atención médica o social(80); (12) organización del tratamiento de datos de contacto de clientes o participantes en un evento con la finalidad de rastrear y poder interrumpir cadenas de contagio del COVID-19; entre otras. También, el § 28a 3 señala que la implementación de las medidas de protección para prevenir la propagación del COVID-19 deben estar orientadas a la protección de la vida y la salud y al funcionamiento del sistema sanitario, teniendo en cuenta en la toma de decisiones los cambios en el proceso de infección debido a las nuevas variantes más contagiosas del virus, que ejercen mayor presión en el sistema de salud. Además, teniendo en cuenta que Alemania forma parte de la Unión Europea y se encuentra sometido al Derecho Comunitario, la *IfSG* faculta en su § 55 la alineación de las ordenanzas de los Estados Federados con los Estados Miembros, en la medida en que ello se relacione con la implementación de Directivas o Decisiones del Consejo o la Comisión de la Unión Europea que afecten a la salud pública. Asimismo, en cumplimiento del compromiso vinculante asumido con la OMS, el § 12, apartado 1.º, le ordena a la autoridad competente a notificar a los Estados Federados todo clase de enfermedad transmisible, declarada de emergencia sanitaria de alcance internacional(81) (como el coronavirus); mientras que, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre amenazas transfronterizas graves para la salud derivadas de peligros de origen biológico o desconocido, el § 12, apartado 2.º le ordena a la autoridad competente a notificar a los Estados Federados toda la información necesaria al respecto.

5.1.ii.a Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen contravencional

El sistema de contravenciones de la *IfSG* se rige por la Ley de Infracciones Administrativas (*OWiG*) y se complementa con la normativa de los diferentes Estados Federados, que son los que establecen los montos de las multas según las medidas de prevención localizadas. Es decir, cada Estado Federado según su situación virósica posee sus normas de conducta y sus sanciones pecuniarias ante la infracción de las mismas. Se mencionarán, a modo de ejemplo, algunas infracciones previstas en el § 73 de esta ley.

(80) En todo caso, se especifica (§ 28a, 2.3), que las medidas de protección no deben conducir al aislamiento completo de las personas y que deben garantizarse unos contactos sociales mínimos.

(81) En los términos del art. 1.º, párrafo 1 del RSI de la OMS del 23/05/05.

(a) El § 73 (1a) 2 considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contra la obligación de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en el § 6(82), no hiciera el informe, lo hiciera mal, lo hiciera incompleto o no lo hiciera de manera oportuna sobre la sospecha de enfermedad, y la muerte en relación con la enfermedad de una persona.

(b) El § 73 (1a) 6 considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contravenga una orden ejecutoria de la autoridad competente(83), como la prevista en el § 17 (1), que faculta a la autoridad competente a tomar las medidas necesarias, como la descontaminación sobre objetos afectados por patógenos de obligada notificación, que se teme que se propaguen; así como la prevista en el § 25 (3) puntos 1 y 2, que establece que si una persona está enferma, se sospecha de que lo está o que está infectada o que es excretor(84), el Departamento de Salud podrá realizar las investigaciones que estime pertinentes para averiguar el tipo, la causa y la fuente de propagación de la enfermedad. Las personas en cuestión deben someterse a los exámenes y extracciones que la autoridad considere, debiendo tolerar todo tipo de intervención al efecto y debiendo proveer el material de prueba que se le solicite.

(c) El § 73 (1a) 6 sanciona como infracción administrativa el comportamiento doloso o culposo en contravención de una orden ejecutoria prevista para evitar la propagación de una enfermedad, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse (§ 28.1), así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar (§ 30.1, 2.^a parte(85)) o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional (§ 31).

(82) O de los patógenos contemplados en el § 7 IfSG.

(83) Una orden ejecutoria es cuando se ha convertido en definitiva o cuando ha sido declarada ejecutable de inmediato. Cuando una orden aún no es ejecutable su infracción no constituye infracción administrativa en los términos de la ley, NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., "IfSG § 73 Bußgeldvorschriften", en Eckart y Winkelmüller, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (a), numeral 11.

(84) Para comprender el significado de excretor (*Ausscheider*) en los términos de la ley, hay que recurrir al § 2, punto 6 de la misma, que lo define como toda persona que excreta (elimina) patógenos y, por tal razón, puede ser una fuente de infección para el público en general sin estar enferma o sin sospecharse que lo está.

(85) El mismo § 30.1, 2.^a parte prevé que, para el caso de los excretores, la orden de aislamiento obligatorio solo procederá si estas personas no siguen, no seguirían o no pueden observar otras medidas de protección y, por tal motivo, colocaren en peligro su medio ambiente.

Para las infracciones previstas, el § 73 (2) contempla multas desde 2.500 hasta 25.000 euros(86).

5.1.ii.b Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen penal accesorio

La política sanitaria preventiva alemana revela la genuina fragmentariedad del Derecho penal, cuando apela a disposiciones penales como último recurso de prevención (y represión). Las disposiciones penales de la Ley de Protección contra las Infecciones se encuentran recogidas en los últimos dos párrafos: los §§ 74 y 75; no encontrándose el § 74 libre de críticas de inconstitucionalidad dada su remisión al § 73 que, a su vez, se remite a otras normas reglamentarias en blanco, lo que lesionaría el principio de certeza de la Ley Fundamental(87). Teniendo en cuenta el objeto de la ley, el bien jurídico tutelado por la misma no se limita a la salud de las personas, sino que también incluye al sistema sanitario, como bien institucional, que es el medio indispensable para asegurar la prevención de enfermedades y evitar su propagación(88). De hecho, desde los primeros mensajes a la población y hasta los actuales (respecto de las nuevas cepas del virus más peligrosas), la trascendencia de la pandemia se relaciona antes con la indominabilidad del peligro contra el sistema de salud, que con el peligro para la salud de las personas. En este sentido, se sigue manifestando que, dado que aún no existe una vacuna ni tratamiento eficaces completos, sino vacunas y tratamientos de eficacia relativa, deben seguir tomándose todas las medidas necesarias para retrasar la propagación del virus y evitar el colapso del sistema sanitario. El objetivo es, a través de la ralentización de la aparición de infecciones, reducir la presión general sobre el sistema sanitario, evitando que se

(86) En supuestos extremos como violaciones a aislamientos obligatorios de personas infectadas se procedió directamente a denuncias penales. Algunos ejemplos en LORENZ, H. y OĞLAKCIOĞLU, M., “Keine Panik im Nebenstrafrecht. Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 2, 2020, pp. 108-115, pp. 112 y ss.

(87) HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 85 señala que el legislador penal está constitucionalmente impedido de colocar a los destinatarios de las normas penales en un dilema en el que desconozcan qué es legal y en el que se encuentren sometidos a responsabilidad penal al ejecutar conductas de la vida cotidiana.

(88) Algunos pronunciamientos judiciales han señalado la razón tuitiva del sistema sanitario. Así, la decisión del Tribunal Administrativo de Kassel del 02/06/2020 (VGH Kassel, Beschluss vom 02.06.2020, 8B 1399/20.N, Rn. 21.): «La intervención se lleva a cabo con un fin legítimo, a saber, proteger la salud de la población y, en particular, evitar que el sistema de salud se sobrecargue» (*Der Eingriff erfolgt zu einem legitimen Zweck, nämlich dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere einer Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems*).

produzcan picos de carga para garantizar la prestación eficiente de la asistencia. Al Estado no solo le interesa proteger la salud individual de las personas y con ello la salud de todos, sino también los medios que le sirven de instrumento de protección, a la vez de resguardarse del abuso y mal uso del sistema sanitario a cuya óptima gestión él está obligado. A continuación, se mencionarán algunos ejemplos de delitos previstos en los §§ 74 y 75 de la respectiva ley.

(a) El § 74 castiga con pena de prisión de hasta cinco años o multa a quien cometa alguno de los ilícitos administrativos del § 73, como los anteriormente mencionados del punto (1a) 2 y 6, y de esta manera *propagare* (89) dolosamente alguna de las enfermedades contempladas en el § 6 o uno de los patógenos mencionados en el § 7 IfSG(90)/(91). Materialmente, la disposición penal opera como barrera de prevención indirecta de la transmisión o propagación de

(89) Propagación significa la transmisión de una enfermedad o un patógeno a otras personas, en circunstancias en las que se puede esperar la infección incontrolada de un número indefinido de personas; la forma en cómo se propaga no es decisiva, en cuanto a que existen múltiples modos y medios. Véase DEUTSCHER, A., “Die Corona-Krise und das materielle Strafrecht”, *StRR – Straf Rechts Report*, n.º 4, 2020, p. 15. En sí, la propagación se trata de actos de extensión de la enfermedad, directa o indirectamente (por medio de la persona, de un tercero, de un objeto), bastando con que el riesgo de propagación aumente la extensión de la enfermedad exponencialmente, aunque no se produzca en proporciones epidémicas. Para algún sector, el delito de propagación del § 74 IfSG como un delito de resultado (no de peligro) parece requerir la infección de al menos una persona o la transmisión del patógeno, por ejemplo, por medio de gotitas en el picaporte de una puerta. Así, NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., “IfSG § 74 Strafvorschriften”, en Eckart y Winkelmüller, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (b), numerales 26 y 27. Por su parte, HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 71, parece comprender que, según la voluntad histórica del legislador, la propagación debe entenderse como la transmisión objetiva de la enfermedad a otra persona con la intención de infectar a un número indefinido de personas y, de hecho, señala que el § 74 IfSG pretende reforzar de forma eficaz lo que se debe y no se debe hacer para prevenir las enfermedades transmisibles.

(90) Tanto la infracción a la normativa administrativa como el acto de propagación penal deben ser cometidos con dolo (bastando el dolo eventual), donde la imprudencia no es punible. Así, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numerales 29-31; también, LORENZ y OĞLAKCIOĞLU, *op. cit.*, 2020, p. 110.

(91) Al tratarse, la salud pública, de un bien jurídico colectivo, el mismo resulta individualmente indisponible. Así, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numerales 32-33, indican que ni el consentimiento, ni la autopuesta en peligro de la víctima desplazan la responsabilidad penal del delito de propagación de la IfSG. Respecto del delito de propagación del código austríaco, BIRKLBAUER, A., “Die Verhältnismäßigkeit der Covid-19-Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht”, en Kröll, Platzer, Ruckebauer Y Schaupp (eds.), *Die Corona-Pandemie Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise*, Baden-Baden, 2020, pp. 137-152, p. 139, señala que solo el bien jurídico individual de la salud puede ser comprometido por su titular, mediante el cual el autor del daño gana en impunidad.

enfermedades transmisibles por medio de la amenaza de un castigo de pena de prisión a la infracción de la reglamentación respectiva(92); en su mayor parte en relación con determinado sector de destinatarios(93).

Algunas de las varias infracciones administrativas como presupuestos de la propagación pueden ser las que se mencionaron anteriormente, siendo dos de ellas: (a) el incumplimiento por parte de las personas obligadas del deber de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en la ley, no realizando el informe, realizándolo mal, haciéndolo incompleto o no realizándolo de manera oportuna sobre la sospecha de la enfermedad en relación con una persona [§ 74 en vinculación con el § 73 (1a) 2, en referencia al § 6]; y, (b) la contravención de una orden ejecutoria de la autoridad competente, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse, así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional [§ 74 en relación con el § 73 (1a) 6 en relación con los §§ 17, 25, 28 y 31].

(b) El § 75 recoge otras infracciones penales(94). En lo que aquí puede interesar, el § 75 (1) 3 castiga con pena de prisión de hasta 2 años o multa a quien dolosamente exporte, almacene, entregue o trabaje con patógenos sin permiso de la autoridad competente en los términos del § 44; y el § 75 (1) 4 castiga con la misma pena a quien entregue los patógenos a una persona que no tuviera licencia para tratarlos, en los términos del § 52. Por su parte, el § 75 (3) prevé penas agravadas, de tres meses a cinco años de prisión, para cuando por medio de esos hechos se *propagare* una enfermedad de las previstas en el § 6 o un patógeno del § 7(95), a menos que el acto esté amenazado con una pena más severa en otras regulaciones(96).

(92) HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 71.

(93) LORENZ y OĞLAKCIOĞLU, *op. cit.*, 2020, p. 110, señalan que las normas de conducta de la ley se dirigen a un grupo específico de destinatarios (y no a todos), esto es, a personas que, debido a ciertas características, representan un mayor riesgo de propagación de enfermedades.

(94) El § 76 prevé la confiscación de los objetos del delito en relación con algunas de las conductas del § 75, párrafos 1 o 3, esto es, por ejemplo, en los casos de manipulación de patógenos sin licencia.

(95) La propagación del § 75 también es un delito de resultado como en el § 74 IfSG, según NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., “IfSG § 75 Weitere Strafvorschriften”, en ECKART y WINKELMÜLLER, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (c), numerales 10 y ss.

(96) El delito se retira del nivel del concurso debido a la subsidiaridad formal respecto de otro delito más grave. Si el autor comete al mismo tiempo una lesión cor-

(c) El § 75 (4) castiga la exportación o almacenamiento imprudentes, así como la entrega de patógenos a personas no autorizadas con penas de hasta 1 año de prisión o multa.

5.1.III LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL (IGV-DG)

En esta Ley se regulan las medidas de prevención de enfermedades contagiosas en relación con el transporte y tráfico entre países. Además de una serie de infracciones administrativas, en lo que aquí puede interesar, el § 22 castiga como delito, con prisión de hasta cinco años o multa, a quien cometa dolosamente alguno de los actos mencionados en el § 21 (1) número 6 y con ello *propagare* una enfermedad amenazante o peligrosa; esto es, el piloto al mando, que no entregare la Declaración General de Aeronaves (o no hiciera una entrega correcta, completa o a tiempo) a la autoridad responsable del control policial del tráfico transfronterizo inmediatamente después del primer aterrizaje [en relación con el § 10 (2) frase 1](97).

5.1.IV CÓDIGO PENAL (StGB)

Ciertamente, una completa legislación sanitaria como alternativa a la penalización resulta mucho más eficaz (a la vez que respetuosa de la fragmentariedad) para proteger la salud pública y el sistema de salud, que el Derecho penal. La segregación obligatoria que se puede mandar a ejecutar forzosamente (orden ejecutoria de la ISfG) antes y/o conjuntamente con el pago de multa por la infracción a la orden de aislamiento (infracción administrativa de la ISfG) son ya dos escalones previos al Derecho penal accesorio (delito de la ISfG) y tres en relación con el Derecho penal nuclear (delitos de lesiones a la salud y homicidio del StGB). En Alemania la situación se estaría canalizando de esta manera, al existir una regulación sanitaria robustamente completa, que contempla la normativa de prevención de enfermedades contagiosas y peligrosas para los seres humanos, a la vez que un régimen contravencional y disposiciones penales accesorias. El régimen de infracciones administrativas estaría operando en este momento crí-

poral peligrosa de acuerdo con el § 224 StGB, que se castiga con prisión de 6 meses a 10 años, entonces, el § 75 (3) se desplaza. Véase, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (c), numeral 11.

(97) Como infracción administrativa, el hecho mencionado puede ser cometido también por imprudencia según el § 21 (1) 6. Las penas previstas, en general para las contravenciones de esta ley [§ 21 (2)], oscilan entre los 30.000 y 100.000 euros de multa. Para el caso comentado rige la multa de hasta 30.000 euros.

tico como una auténtica barrera de contención de la intervención penal y en donde, en principio, la aplicación del Derecho penal no se estaría empleando para las infracciones a la normativa de la pandemia sino que se lo estaría reservando para los casos más graves, esto es, para los casos de contagios e infecciones concretas, dolosas o imprudentes, que pudieran terminar produciendo los delitos de lesiones (o daños a la salud) o de homicidio (con o sin concurso del delito de propagación(98)). La transmisión o contagio de la enfermedad del coronavirus cae dentro de las posibles conductas típicas de los delitos contra la integridad física (§§ 223-231 StGB) y la vida de las personas (§§ 211 y 222 StGB), esto es, una infección de una persona a otra persona del SARS-CoV-2 puede conllevar responsabilidad penal por daño corporal y, en caso extremo, por homicidio (un simple estornudo sin protección en frente de otras personas por parte de una persona que sabe que porta el virus(99) o la transmisión dolosa del virus en una fiesta ilegal, *fiesta del fin del mundo* o *fiesta de encierro*). Sin embargo, mucho depende de las circunstancias particulares del caso porque, al respecto, no son menos importante los siguientes aspectos:

(a) el comportamiento de la víctima, que, como infracción a los deberes de autocuidado, autopuesta en peligro o consentimiento del § 228 StGB ya no tendrían el mismo alcance que en la doctrina tradicional(100), en los términos del *alterum salvare* señalado al inicio. En este sentido, así como el bien jurídico como salud pública se encuentra al servicio de la salud individual, también esta se halla a merced de la primera (lo que comporta una considerable restricción de la voluntad del sujeto pasivo de autocolocarse en peligro o de consentir la lesión o daño a su salud; manifestación de una renuncia –algo impuesta– de un aspecto de su esfera de organización personal a favor

(98) La doctrina ha señalado que, si un acto produce el delito del § 74 IfSG, a la vez que un delito de lesión o de muerte del StGB, concurre una unidad de acto (*Tateinheit*) según el § 52 del StGB y, al tener las normas diferentes ámbitos de protección, ningún acto queda en segundo plano frente al otro. Así, NEUHÖFER y KIND-HÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numeral 41.

(99) FISCHER, T., “Virus strafbar!”, *Spiegel*, 09/03/2020. Disponible en: <https://cutt.ly/wc84APg>; CERNY, L. y MAKEPEACE, J., “Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 3, 2020, pp. 148-151; DEUTSCHER, *op. cit.*, 2020, pp. 6 y ss.

(100) Para BARDAVÍO ANTÓN, *op. cit.*, 2020, p. 13, en los tiempos de COVID-19, «la responsabilidad penal de los ciudadanos en la organización se ha *ampliado* notablemente por *mor* de la variación del entorno propiciado por el COVID-19. Los ciudadanos han de manejar su libertad ahora con mayor cuidado, es decir, se ha restringido en parte el *derecho* de autopuesta en peligro y de autolesión a favor de los demás ciudadanos en no sufrir riesgos, y esto precisamente deviene de una menor tolerancia al riesgo».

de terceros). En consecuencia, en este trabajo se entiende que, si bien para los casos tradicionales el bien jurídico como salud individual resulta disponible por parte de su titular, para algunos supuestos de enfermedades transmisibles y altamente contagiosas entre personas la disponibilidad de la salud individual debería cercenarse en algún punto, en tanto no se presenten alternativas de control eficaz (tratamientos o vacunas). Para estos supuestos también habría de sostenerse que el bien jurídico como salud individual resulta indisponible dada la naturaleza transmisible de la enfermedad, en donde la persona infectada se convertiría en un foco de infección y en parte componente de la cadena de contagio, que ya no es de su exclusivo dominio, comprometiendo gravemente la salud pública en general.

(b) los serios problemas que presenta la determinación de la causalidad y del dolo concreto del autor(101); así como los casos de error del autor del contagio (§§ 16 y 17 StGB) y el de los conocimientos especiales del sujeto activo en relación con la constitución vulnerable de la víctima(102) (población de riesgo: mayores de 60 años y personas con dolencias previas);

(c) los supuestos de imprudencia, previstos como contagios involuntarios o inintencionados, donde se hace complejo delimitar el deber de cuidado infringido y que puede dar espacio a una imputación por lesión corporal imprudente (§229 StGB)(103);

(d) el tipo penal de propagación de enfermedades peligrosas, infecciosas o contagiosas para los seres humanos, como delito de peligro contra la salud pública, permite el concurso con el delito de resultado de lesiones a la salud individual, aunque no admitiría el desplazamiento de la responsabilidad penal del autor del contagio por el consentimiento o autopuesta en peligro de la víctima respecto del delito de propagación (y según se entienda el autopeligro en tiempos de pandemia tampoco lo permitiría respecto del delito de lesiones).

(101) WEISSENBERGER, *op. cit.*, 2020, p. 180. También, menciona los problemas de causalidad e imputación, FISCHER, *cit. ut supra*, 2020.

(102) Para WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Benlloch Petit (trad.), Barcelona, 2004, pp. 31-89, p. 49, nota al pie 44, los casos de conocimientos especiales del autor sobre riesgos especiales eliminan el carácter socialmente adecuado de la conducta y la convierte en típica (caso del conocimiento especial del autor acerca de la enfermedad cardíaca de la víctima, de la que puede derivarse un riesgo para la vida). Cita en VARELA, *op. cit.*, 2016, p. 512, nota al pie 1557.

(103) FAHL, *op. cit.*, 2020, p. 1060.

En este sentido, el panorama que presenta el mundo covid en relación con el Derecho penal es de puro desafío, no solo para las políticas de Estado, sino también para los juristas en la interpretación y aplicación del Derecho. De este modo, es muy probable, que si se comienzan a imputar contagios de coronavirus como lesiones a la salud (incluso homicidios en caso de muerte), se comiencen a desempolvar las teorías que la doctrina y jurisprudencia desarrollaron durante la epidemia del HIV en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado(104). Teorías relativas al curso causal, al deber de informar de la persona infectada, la autopuesta en peligro consentida del sujeto pasivo, los supuestos de creencia errónea sobre la entidad del riesgo (minimización, indiferencia o desprecio), entre otros, conforman el rico inventario de problemáticas que se presentaron en los delitos contra la salud pública y los delitos contra bienes jurídicos individuales, como la integridad física y la vida. La jurisprudencia del Tribunal Federal alemán ha señalado en materia de infecciones típicas, que las infecciones cotidianas y comunes forman parte del riesgo permitido (adecuación social de la conducta), tales como los resfriados, que por encontrarse en el aire y no comportar un riesgo significativo para la salud de la población no tienen suficiente relevancia jurídicopenal. Además, para protegerse de estos virus que circulan en el aire y se transmiten fácilmente por medio de gotitas, la única alternativa sería cerrar completamente la vida social, es decir, que para proteger a la población de un contagio masivo habría que renunciar a la libertad(105). Y es, curiosamente, lo que está sucediendo con el

(104) Similar, WEISSENBARGER, *op. cit.*, 2020, p. 180; FISCHER, cit. *ut supra*, 2020. La literatura que se ha generado en torno al tratamiento penal del SIDA es extensa. Solo por mencionar alguna obra de referencia en Alemania, consúltese, *AIDS und Strafrecht*, editado por Szwarc (Berlín, 1996), con contribuciones de SCHÜNNEMANN, HERZBERG, HÖPFEL, MEURER, BUCHALA, KOCH, NESTLER, GEPPERT y BOTKE. En España, se puede consultar el libro *Problemas jurídico penales del SIDA*, editado por Mir Puig (Barcelona, 1993), con contribuciones de LUZÓN PEÑA, SCHÜNNEMANN, SILVA SÁNCHEZ, HERZBERG y BURGSTALLER. Sobre la crisis del ébola en España en el 2014, que afortunadamente no derivó en epidemia, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, 2014, pp. 1-32.

(105) Sin embargo, en el supuesto de infecciones de enfermedades como el HIV no puede decirse lo mismo. El contacto sexual sin protección de una persona infectada representa un alto riesgo para la salud y la vida de la pareja del acto. La jurisprudencia mencionada es la del conocido fallo del SIDA o *HIV-Fall* del BGHSt 36, I, 1988. En todo caso, como lo sostiene DEUTSCHER, *op. cit.*, 2020, pp. 7-8, el grado de peligro del COVID-19 se encuentra entre el virus del HIV y los simples resfriados, de forma tal que para que la conducta de la persona infectada quede dentro del umbral de lo permitido, la misma debe blindarse adecuadamente para reducir sig-

coronavirus: por ahora, la sociedad solo puede protegerse si se paraliza en gran medida la vida social. Pero, está claro, que con el tiempo se advertirá que las consecuencias lesivas de las enfermedades virales para la salud individual no pueden justificar restricciones tan amplias a la libertad individual por mucho más tiempo, al menos en un modelo de Estado que, entre otros cometidos, está orientado a salvaguardar la libertad y posibilitar la coexistencia social pacífica; máxime cuando según el conocimiento actual, el cuadro clínico del coronavirus no difiere esencialmente de otros virus circulantes(106)/(107). Por lo tanto, es razonable suponer que en un futuro no muy lejano se podrían pasar a tolerar los riesgos individuales para la salud y la vida derivados del COVID-19, como lo es en relación con muchas otras enfermedades víricas pululantes(108).

5.2 El contexto español

La situación jurídica en España también puede explicarse desde dos etapas, tomando como punto de referencia a las declaraciones de estado de alarma en todo el territorio nacional para controlar los efectos de la pandemia(109). En la primera etapa, se declaró el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, que duró hasta el 21 de junio de 2020(110) y en la segunda etapa, dada la no finalización de la situación de emergencia sanitaria, se volvió a declarar el estado de alarma por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que durará hasta el 9 de mayo de 2021(111). Las medidas extremas asumi-

nificativamente el riesgo de contagio, comportándose de acuerdo con las normas previstas. Si, a pesar de ello, la infección se produce, la persona infectada no responde penalmente por cuanto se trataría de un riesgo general de la vida.

(106) De esta idea, CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, pp. 149-150.

(107) En la alocución del 21/08/20, el Director General de la OMS señaló que si bien es cierto, que muchos países apelaron a los confinamientos para neutralizar la transmisión del virus y aliviar así la presión sobre el sistema de salud, no obstante, esta medida tan extrema no es una solución a largo plazo para ningún país; «todos debemos aprender a controlar y manejar este virus con los medios de los que disponemos ahora y hacer los ajustes necesarios en nuestra vida diaria para protegernos a nosotros mismos y a los demás». Disponible en: <https://cutt.ly/Ve883gn>.

(108) De esta idea, CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, pp. 149-150.

(109) Estado de alarma autorizado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, publicada en el BOE n.º 134 del 5 de junio de 1981.

(110) Publicado en el BOE n.º 67 del 14 de marzo de 2020. El estado de alarma, que finalizó el 21/06/20, tuvo seis prórrogas, siendo la última la prevista por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, publicado en el BOE n.º 159 del 6 de junio de 2020.

(111) Publicado en el BOE n.º 282 del 25 de octubre de 2020.

das por el Gobierno con la declaración del estado de alarma se justifican en la intención del mismo de «proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública» o «los sistemas sanitarios y sociosanitarios», según lo indica la respectiva parte expositiva de los decretos mencionados. La pandemia del coronavirus enfrenta a los ciudadanos a severas sanciones recogidas en el régimen sancionador tal como se verá a continuación, así como a las sanciones recogidas en el régimen penal tradicional(112).

5.2.1 DERECHO SANITARIO

Al igual que el Derecho sanitario alemán, el español también aglutina de forma descentralizada pero no por ello desordenada la materia de la salud, desde los principios constitucionales que le dan fundamento hasta las diferentes leyes y reglamentos administrativos, penales, sociales y de otro orden que la regulan en los diferentes niveles: nacional, autonómico y local(113). La colección de códigos de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, relativa a la Sanidad, comprende los siguientes cinco códigos(114). (1) El Código del Sistema Sanitario, actualizado al 31 de marzo de 2021, que contiene toda la regulación de las instituciones, centros, servicios y prestaciones sanitarias. (2) El Código Sanitario español, actualizado al 30 de marzo de 2021, que contiene todas las normas legales y reglamentarias a nivel nacional en cuanto a la administración sanitaria, el personal sanitario y los pacientes. (3) El Código de Vigilancia Epidemiológica, actualizado al 30 de marzo de 2021, que recoge la regulación sobre la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, el catálogo de enfermedades infecciosas de obligada denuncia, la normativa sobre las autoridades sanitarias y sanidad exterior. (4) El Código de Profesionales Sanitarios, actualizado al 19 de febrero de 2021, que contiene las normas sobre las profesiones sanitarias y los derechos y deberes de los profesionales en relación con los pacientes y las instituciones de salud. Por último, (5) el Código de Control Sanitario, actualizado al 10 de junio de 2020, que es una obra compilatoria de la normativa sobre vigilancia, investigación y control de la salud. En verdad, estos

(112) Véase el art. 20.º del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

(113) El reparto de competencias viene determinado en la Constitución; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo (última modificación 30 de marzo de 2021), publicada en el BOE n.º 128 del 29 de mayo de 2003.

(114) Ordenación a cargo de María José Aguado Abad, exceptuando el Código de Vigilancia Epidemiológica.

códigos comparten en algunos extremos la materia regulada y contienen las mismas normativas, pero organizadas de forma diversa. En esta oportunidad solo se hará referencia a la normativa que se relaciona directamente con la materia penal.

Desde el punto de vista constitucional, y a diferencia de la Ley Fundamental alemana, el art. 43.º de la Constitución española sí que reconoce expresamente el derecho a la salud, y no solo como criterio orientador del legislador, que concreta su contenido y regulación, sino como un auténtico derecho fundamental del individuo y de la colectividad. En el Título I, de los derechos y deberes fundamentales, el Capítulo Tercero contiene los principios rectores de la política social y económica, donde se encuentra el art. 43.º, que reconoce el derecho a la protección de la salud (punto 1); así como también determina que compete a los poderes públicos la obligación de organizar y tutelar la salud pública por medio de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios (punto 2). Acompañan al mandato constitucional, en lo que aquí puede interesar, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública(115) (última modificación 11 de marzo de 2020); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad(116) (última modificación 6 de diciembre de 2018), la cual proclama el derecho a la salud como un genuino derecho subjetivo, jurídicamente exigible y de carácter universal; el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica o RENAVE(117) (última modificación 10 de junio de 2020); la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública(118) (última modificación 28 de marzo de 2014), por la cual se refuerza expresamente la protección del derecho a la salud; la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana(119), y, eventualmente, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil(120). En lo que toca al estado de pandemia por coronavirus hay que mencionar la orden del Ministerio de Sanidad, Orden SND/404/2020, de 11 de mayo, de medidas de vigilancia epidemiológica de la infección por SARS-Cov-2 durante la fase de transición hacia una nueva normalidad(121) y, el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas

(115) Publicada en el BOE n.º 102 del 29 de abril de 1986.

(116) Publicada en el BOE n.º 102 del 29 de abril de 1986.

(117) Publicado en el BOE n.º 21 del 24 de enero de 1996.

(118) Publicada en el BOE n.º 240 del 5 de octubre de 2011.

(119) Publicada en el BOE n.º 77 del 31 de marzo de 2015.

(120) Publicada en el BOE n.º 164 del 10 de julio de 2015.

(121) Publicada en el BOE n.º 133 del 12 de mayo de 2020. Según el art. 1.º, «esta orden regula las obligaciones y procedimientos de obtención y comunicación de

urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(122), documento sustituido tácitamente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(123). Para finalizar, a nivel internacional y al igual que Alemania, España ha sellado su compromiso sobre la salud como derecho universal y humano en diversos documentos y forma parte de los Estados miembros de la OMS(124); y en su condición de Estado miembro de la Comunidad Europea, España se halla protegida también por un marco común de seguridad sanitaria, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE, por medio de la cual se regulan los mecanismos jurídicos y técnicos para hacer frente a las amenazas transfronterizas graves para la salud humana. Desde este frente mixto, la salud humana individual y colectiva, se encuentra tutelada y regulada por el Derecho sanitario español.

5.2.II LEY GENERAL DE SANIDAD Y LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA: OBJETO, MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y COORDINACIÓN INTERNACIONAL

Antes de reseñar las leyes mencionadas en este título, como normativa de contexto hay que referenciar la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y el Real Decreto 2210/1995 por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. En relación con la primera ley, esta tiene por objeto proteger y evitar el deterioro de la salud pública por medio de la adopción de medidas preventivo generales y especiales de enfermedades transmisibles, medidas fundadas en razones sanitarias de necesidad y urgencia (arts. 1.º a 3.º). Y, en relación con el real decreto, este crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, como entidad al servicio del Sistema Nacional de Salud, que realiza la recogida y el análisis de la información epidemiológica de la población para contribuir a determinar medidas de control individual y colectivo en todos los casos en que exista un riesgo para la salud de incidencia nacional o internacio-

información para la vigilancia epidemiológica en relación a la infección del COVID-19, con el objetivo de asegurar que esta información sea relevante, oportuna, operativa y homogénea a nivel de todas las comunidades autónomas...».

(122) Publicado en el BOE n.º 163 del 10 de junio de 2020.

(123) Publicada en el BOE n.º 76 del 30 de marzo de 2021.

(124) España ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 2008 y cuya entrada en vigor data de 2013, entre otros comités de los cuales forma parte.

nal (art. 1.º)(125). Asimismo, en relación con la declaración obligatoria de enfermedades por parte de los médicos en ejercicio del sector público y privado (art. 9.º), el decreto recoge en el Anexo 1 la lista de estas enfermedades, encontrándose en el punto 48 el SARS (en español: Síndrome Respiratorio Agudo Grave) y, en el Anexo II sobre las modalidades de la declaración de enfermedades, estableciéndose en el punto B), que el SARS pertenece al tipo de enfermedades de declaración urgente con envío de datos epidemiológicos básicos (según art. 22.º del Real Decreto-Ley 21/2020, sustituido tácitamente por la Ley 2/2021).

La Ley 14/1986, General de Sanidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública son las dos principales leyes que regulan integralmente la materia sanitaria en España. En ellas, se contemplan las normas reglamentarias del derecho a la protección de la salud desde la coordinación del Sistema Nacional de Salud y las Comunidades Autónomas. Asimismo, recogen un apartado de infracciones administrativas y, a diferencia de la normativa alemana, no contemplan delitos penales. La Ley 14/1986 establece en su art. 1.º que el objeto de la ley es la regulación de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43.º de la Constitución española; estableciendo como principios generales del sistema de salud, la promoción de la salud y la prevención de enfermedades (art. 3.º 1) y la promoción del interés individual y social por la salud mediante una adecuada educación sanitaria de la población (art. 6.º 1. 2). Asimismo, la ley prevé como obligaciones de los ciudadanos en relación con las instituciones del sistema sanitario, el cumplir con las prescripciones sanitarias generales comunes a toda la población, así como cuidar y hacerse responsable del uso adecuado de las prestaciones del sistema sanitario (art. 11.º). Como medidas de prevención, el art. 26.º otorga la facultad a las autoridades sanitarias para adoptar medidas preventivas en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de algún riesgo inminente y extraordinario para la

(125) La Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (con sus centros o comisiones de las Comunidades Autónomas) está gestionada desde el Centro Nacional de Epidemiología (CNE) del Instituto de Salud Carlos III, que depende de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) del Ministerio de Sanidad, así como por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES); el cual, entre otros cometidos, ejerce de Centro Nacional de Enlace con la OMS en virtud de las funciones asignadas por el RSI/2005, con contacto permanente las 24 horas los 7 días de la semana. Además, hay que contemplar que la Ley 33/2011, General de Salud Pública (art. 13.3.º) creó la Red de Vigilancia en Salud Pública que incluye un sistema de alerta precoz y respuesta rápida en continuo e ininterrumpido funcionamiento las 24 horas del día.

salud, por el tiempo que dure la situación. En relación con los acuerdos sanitarios internacionales, el art. 39.º prevé la colaboración del Estado español con países y organismos internacionales en el control epidemiológico, la lucha contra enfermedades transmisibles y todas las acciones necesarias para el campo de la salud.

Por su parte, la Ley 33/2011 señala en su Preámbulo que esta ley viene a «dar respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución española y, en consecuencia, tratar de alcanzar y mantener el máximo nivel de salud posible de la población», previniendo la enfermedad y promoviendo la salud de las personas, tanto en la esfera individual como colectiva (art. 1.º). Entre los principios generales de la salud pública, el art. 3.º recoge el principio de pertinencia (punto c), el principio de precaución (punto d) y el principio de seguridad (punto h). Estos tres principios cobran especial protagonismo con la crisis del coronavirus. En primer término, el principio de pertinencia orienta la plausibilidad de la actuación de la autoridad, por cuanto se debe atender a la magnitud del problema de salud que se pretende corregir, justificando la necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. En segundo lugar, el principio de precaución establece que la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave a la salud colectiva determinará la cesación, prohibición o restricción de la actividad sobre la que concurren tales indicios (aun cuando existiere incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo). Y, en último lugar, el principio de seguridad establece que las actuaciones en el campo de la salud pública se ejecutarán previa constatación de la seguridad en términos de salud, lo que podría resultar necesario en la campaña de vacunación contra el COVID-19. Otro punto interesante de esta ley es que el art. 8.º prevé el deber de colaboración de los ciudadanos, quienes «facilitarán el desarrollo de las actuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución», y en su art. 9.º contempla el deber de comunicación del siguiente modo: «1. Las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que las leyes imponen a los profesionales sanitarios»; deberes que ayudarán a una mejor aplicación de las normas jurídicopenales que puedan llegar a tener alguna incidencia en la salud pública.

5.2.ii.a *Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: régimen administrativo-sancionador*

En el contexto de la pandemia, algunas de las infracciones administrativas contempladas en las leyes de sanidad podrían cobrar especial interés. La Ley 14/1986, General de Sanidad, tipifica como infracciones sanitarias un buen conjunto de conductas.

Como infracciones leves, que se castigan con multas que se extienden hasta los 3.005,06 euros (art. 36.º 1 a) se prevén: (a) las simples irregularidades en la observancia de la normativa sanitaria, siempre que no tuviere trascendencia directa para la salud pública (art. 35.º a 1); y (b) la infracción cometida por simple negligencia, siempre que el riesgo sanitario producido fuere de escasa entidad (art. 35.º a 2). Como infracciones graves, que se castigan con multas desde 3.005,07 a 15.025,30 euros (art. 36.º 1 b) se prevén: (a) el incumplimiento de los requerimientos de la autoridad sanitaria (art. 35.º b 4); y (b) la resistencia a suministrar datos, facilitar información o prestar colaboración a las autoridades sanitarias (art. 35.º b 5). Finalmente, como infracciones muy graves, que se castigan con multas desde 15.025,31 a 601.012,10 euros (art. 36.º 1 c), se prevén: (a) la infracción de forma consciente y deliberada, que produzca un daño grave (art. 35.º c 2); y (b) la resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias (art. 35.º c 6).

Por su parte, la Ley 33/2011, General de Salud Pública, prevé un régimen sancionador de infracciones administrativas junto a las que se establecen a nivel local o autonómico (art. 56.º 1).

Entre las infracciones leves, la ley contempla la siguiente (cuyas multas pueden llegar hasta 3.000 euros según el art. 58.º 1 c): (a) el incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, siempre que la repercusión producida haya tenido escasa incidencia en la salud de la población (art. 57.º 2 c 1.º), como podría ser el supuesto de salir a hacer deporte en horario nocturno, durante el toque de queda, en un parque a las afueras de la ciudad, de escasa concurrencia. Entre las infracciones graves, la ley contempla la siguiente (cuyas multas pueden oscilar entre los 3.001 y 60.000 euros según el art. 58.º 1 b): (a) el incumplimiento de comunicación de información cuando revista carácter de gravedad (art. 57.º 2 b 5.º), que podría producirse cuando el individuo que sospecha de ser portador del virus oculta la información a la autoridad competente. Y, finalmente, entre las infracciones muy graves, la ley contempla las siguientes (cuyas multas pueden oscilar entre los 60.001 y 600.000 euros según el art. 58.º 1 a): (a) la realización de conductas u omisiones que generen un riesgo o produz-

can un daño muy grave para la salud de la población (art. 57.º 2 a 1.º), que en el contexto del coronavirus podría configurar el comportamiento de propagación de la enfermedad; (b) el incumplimiento de un requerimiento de la autoridad competente, si comporta daños graves para la salud (art. 57.º 2 a 2.º), el cual podría encuadrar el no acatamiento de la orden de guardar aislamiento por parte de la persona infectada.

5.2.III LEY SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PREVENCIÓN DEL COVID-19

La Ley 2/2021, de Medidas Urgentes de Prevención, Contención y Coordinación para hacer frente a la Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, tiene por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para paliar la crisis sanitaria generada por el COVID-19, así como también tiene por objeto la prevención de rebrotes con vistas a la transición hacia una nueva normalidad en algunos sectores del territorio nacional y, eventualmente, a la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado en marzo de 2020 por el Gobierno Nacional (art. 1.º). La ley inicia con la previsión de un deber general de cautela y protección a cargo de los ciudadanos (y titulares de determinadas actividades reguladas), quienes deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la creación de riesgos de propagación de la enfermedad del COVID-19 y también para evitar la propia exposición a estos riesgos (art. 4.º). Para ello, la ley recoge una serie de medidas de prevención e higiene (arts. 6.º a 21.º), entre las que se incluyen: el uso obligatorio de mascarillas por las personas a partir de los 6 años de edad en las condiciones que prevé la ley; la adopción de medidas de ventilación, limpieza y desinfección en los centros de trabajo, centros educativos, servicios sociales, establecimientos comerciales, hospedajes, hoteles y alojamientos turísticos, establecimientos de hostelería y restauración, centros culturales y deportivos; medidas de prevención en materia de transporte público y medidas relativas a medicamentos, productos sanitarios y productos necesarios para la protección de la salud; así como también prevé medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario (arts. 28.º a 30.º). Por su parte, también se contempla de forma expresa la obligación de declaración obligatoria urgente del COVID-19 a efectos de lo previsto en relación con la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (art. 22.º). Esta obligación de información consiste en facilitar a la autoridad competente los datos necesarios para el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19, en el formato adecuado y de forma diligente; obligación que resulta aplica-

ble al conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro o agencia dependientes y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la prevención, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos de COVID-19 (art. 23.º). Finalmente, la ley prevé un régimen sancionador determinado, donde el incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en la ley, cuando constituyan infracciones administrativas contra la salud pública, será sancionado en los términos previstos en la Ley 33/2011, General de Salud Pública (art. 31.1.º). De este modo, el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas se considera infracción leve y se sanciona con multa de hasta 100 euros (art. 31.2.º); además se prevén otras infracciones sanitarias que, cuando constituyan infracciones administrativas en el ámbito del transporte, serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en las leyes sectoriales correspondientes (art. 31.3.º). Finalmente, el incumplimiento del empleador de las obligaciones a la normativa en materia de salud pública, que afecten a los trabajadores, constituye infracción grave, que será sancionable en los términos, por los órganos y con el procedimiento establecidos para las infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales (art. 31.5.º).

5.2.IV ¿LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL?

Si bien España ha ratificado el RSI de la OMS (en vigencia desde 2007), no obstante, el Estado no cuenta con una ley reglamentaria al respecto, a diferencia de Alemania, que sí cuenta con una desde 2013. Sin embargo, ello no significa que España se encuentre en deuda con este compromiso asumido. De hecho, en el Código de Vigilancia Epidemiológica se recogen una serie de normativas sanitarias que hacen directa referencia al cumplimiento de diferentes aspectos del RSI (seguridad fronteriza, comunicación de enfermedades, colaboración internacional, etc.). En este ámbito en el año 2006 se instituyó a la Dirección General de Salud Pública como la máxima autoridad sanitaria responsable en condición de Centro Nacional de Enlace con la OMS(126), con la cual comparte información relativa a sucesos peligrosos para la salud pública, siendo el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) el encargado de las funciones operativas desde entonces.

(126) Por orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, Orden SCO 3870/2006, de 15 de diciembre, publicada en el BOE n.º 304 del 21 de diciembre de 2006.

5.2.v CÓDIGO PENAL

El abanico criminal que se abre ante el COVID-19 se limita a los delitos contra la integridad física (arts. 147.º y 152.º CP) y la vida de las personas (arts. 138.º y 142.º CP), presentando problemas la posible aplicación del consentimiento del ofendido (art. 155.º CP). A diferencia del régimen alemán, el español no contempla el delito de propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas –ni en el Código penal ni en leyes especiales– como tipo de peligro (ni de resultado) contra el bien jurídico colectivo salud pública(127), que pudiera ser empleado actualmente para frenar la pandemia (en lo que al Derecho penal le toca), aunque sí existió algo similar como delito y como falta penal contra la salud pública en ocasiones anteriores. La primera ocasión fue la del Código penal de 1822 que tipificó el delito de propagación de enfermedades contagiosas y quebrantamiento de cuarentena en el art. 378.º; con el Código penal de 1848 (y otros sucesivos) se introdujo la falta penal de infracción a las reglas de salubridad pública en tiempos de epidemia; por su parte, el Código penal de 1928 tipificó el delito de propagación maliciosa de enfermedades peligrosas y transmisibles a las personas en el art. 549.º y el de infracción dolosa de las medidas preventivas de aislamiento y vigilancia de transmisión de enfermedades contagiosas en el art. 547.º; mientras la reforma del Código penal de 1958 (vigente hasta el Código penal de 1995) recogió una vez más el delito de propagación maliciosa en el art. 348.º bis(128). En cualquier caso, si actualmente resulta necesario

(127) Al respecto, ESCANILLA, M., «Sobre la intervención del Derecho penal en la transmisión de enfermedades contagiosas», *Diario La Ley*, n.º 9622, Tribuna, 07/04/2020, señala que en el Código penal español no existe actualmente «un precepto específico que sancione el contagio o propagación de una enfermedad desde la perspectiva de la tutela de un bien jurídico supraindividual como es la salud pública y, estando por tanto excluida la tipificación y penalización del riesgo de pandemia, no es posible analizar las posibles responsabilidades penales por la comisión del mismo».

(128) Un panorama sobre este delito en SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, Madrid, 1967; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿curso de leyes?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, n.º 2, 1994, pp. 111-140, pp. 132 y ss.; 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 de SIDA», *Derecho y Salud*, v. 4, n.º 1, 1996, pp. 1-7; DOVAL PAIS, A., «Epidemias y Derecho penal», *Foro-FICP*, n.º 1, 2019, pp. 106-138, pp. 114 y ss.; recientemente, a raíz de la crisis del coronavirus, también, ESCANILLA, *op. cit.*, 2020; MAPELLI CAFFARENA, B., «El delito de contagio de enfermedades infecciosas», en LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA (dirs.), *Pandemia y Derecho: una visión multidisciplinar*, Murcia, 2020, pp. 109-124, y VERCHER NOGUERA, A., «Derecho penal, coronavirus y medio

contemplar un régimen en este sentido es todavía una valoración de política criminal que no se ha puesto en las agendas políticas, pero que debería hacerse urgentemente(129).

5.2.v.a Vías posibles para criminalizar la propagación del COVID-19 como delito de peligro para la salud pública

A pesar de que no existe el delito de propagación de enfermedades contagiosas en la normativa penal en vigor, sí existen algunas propuestas doctrinarias de afrontar la propagación del coronavirus por medio de otros tipos penales hoy existentes, que incluyen como bien jurídico inmediato o mediato a la salud pública(130).

Dos son en particular los tipos penales propuestos como delitos de contención de la propagación del SARS Cov-2. El primero de ellos es un delito contra la seguridad colectiva, el llamado delito de manipulación o transporte de organismos peligrosos para la vida, integridad física, salud y medio ambiente del art. 349.º CP, que contempla a la salud (pública o individual) como bien jurídico directamente tutelado (y que en el régimen alemán tendría su equivalente en el § 75 IfSG). La característica más determinante de este delito es que la conducta típica (manipular, tener o transportar) debe realizarse infringiendo las normas de seguridad establecidas y de este modo se coloque en con-

ambiente», *Diario La Ley*, n.º 9634, Sección Doctrina, 18/05/2020, pp. 1-13, pp. 5-6 en comentario a una Sentencia del Tribunal Supremo.

(129) Se ha manifestado a favor de una regulación penal específica para el coronavirus y las pandemias en España, VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 5. La propuesta de este autor incluye las siguientes ideas (pp. 8-9): (a) la regulación de los delitos sobre el coronavirus y pandemias debería ir incluido en el Título XVII contra la seguridad colectiva; (b) deberían contemplarse los delitos como modalidades de peligro (sin especificar si de peligro concreto o abstracto) y tanto la versión dolosa como la imprudente; (c) se tendría que considerar el componente ambiental de la propagación del virus; (d) habría de incorporarse, además, alguna agravación penológica en los supuestos delictivos existentes de resistencia y desobediencia a la autoridad, que se relacionen con la situación generada por el coronavirus. También NIETO MARTÍN, cit. *ut supra*, 2020, es partidario de introducir infracciones administrativas y penales de protección de la salud pública en tiempos de pandemia (antes que recurrir a los delitos y contravenciones de desobediencia a la autoridad, que tutelan el principio de autoridad), por ejemplo, como la introducción de una modalidad actualizada de la propagación maliciosa de enfermedades (derogada) en su versión imprudente y constitutiva de infracción administrativa.

(130) Acerca de las enfermedades contagiosas y peligros de epidemia se manifestó DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 137, señalando que el debate sobre el delito de propagación de enfermedades transmisibles continúa aletargado en el ámbito penal. Este autor, si bien no se refiere al problema de la pandemia del coronavirus, porque escribe el artículo antes del 2020, no obstante, ofrece varios argumentos perfectamente trasladables a la situación actual.

creto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, lo que significa que cualquier manipulación o transporte de organismos peligrosos para los objetos de referencia que contraviniese las normas sin colocar en peligro concreto a los mismos no resultaría de trascendencia penal. En este aspecto, el legislador ha demarcado claramente el umbral de relevancia penal, que es la creación del peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados de modo expreso(131). El segundo delito al que podría recurrirse es el de emisiones peligrosas del art. 325.º CP como delito contra el medio ambiente y los recursos naturales, aunque su vinculación con la salud pública vendría determinada de forma indirecta y a modo de tipo de peligro abstracto-concreto. El apartado *in fine* del art. 325.º CP castiga con la misma pena en su mitad superior las emisiones en la atmósfera, suelo, etc., que afectaran a la salud humana, creando un grave riesgo para la salud de las personas. En todo caso, al igual que el delito de manipulación de organismos peligrosos, el delito de emisiones ilícitas ha de realizarse en infracción de las disposiciones protectoras del medio ambiente(132).

Fuera del ámbito de la salud pública, el legislador español sí que tutela de forma directa la salud individual por medio del delito de lesiones tanto en su forma dolosa como de imprudencia grave (arts. 152.º y 147.º CP), lesiones que pueden producirse por medio de una transmisión o transfusión virósica o contagio directo entre el infectado y la víctima. El primer supuesto podría presentarse cuando una persona inoculara a otra el virus por medio de una transfusión o inyección (como sucedió en España con el conocido caso del brote de hepatitis en Valencia en los años noventa del siglo pasado y cuyo anestesista se encuentra hoy en día cumpliendo condena de prisión). El segundo supuesto, quizá el más fácil de producirse, sería el contagio de una persona enferma a otra sana, y cuya imputación penal sería solo posible en la medida en que una vez creado (o incrementado) el riesgo de contagio del virus, el mismo fuera ejecutado con dolo (desde el conocimiento cierto o eventual de la conducta peligrosa) o por imprudencia grave (desde la creencia errónea vencible que se asume un riesgo permitido, eludiendo gravemente el seguimiento a las nor-

(131) VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 6, advierte que este tipo penal carece de desarrollo doctrinal y jurisprudencial que permita ofrecer una amplia explicación al respecto.

(132) En relación con el coronavirus, VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 8, señala que el tipo penal debería completarse con su referente normativo-administrativo dictado con ocasión del estado de alarma para evitar la difusión del virus (como la Orden SND/271/2020, de 19 de marzo, del Ministerio de Sanidad).

mas de prevención e higiene). Para el caso de la imprudencia debería, además, acreditarse que el riesgo de contagio se concretó en el resultado de infección. Un ejemplo de contagio doloso se presentaría cuando una persona sabiendo que es portadora del virus no observara las medidas de prevención de contagio, lo que incluye desde un grave descuido(133) a un descuido intencional(134). Solo el descuido leve de una persona que se sabe positiva en COVID-19 podría configurar un supuesto de lesiones imprudentes graves(135), al igual que el caso de la persona que, por infringir gravemente las normas de prevención (quitarse la mascarilla en varias ocasiones dentro de un espacio cerrado), debió proceder con prudencia posterior, pero no lo hizo. Por ejemplo, la persona no verificó *ex post* si se habría infectado de COVID-19 y continuó con total normalidad su rutina llegando a contagiar a un tercero (en el supuesto de advertir síntomas y no proceder a verificarlos, se estaría ante un posible dolo eventual). El deber de cuidado de cerciorarse acerca de si se es portador del virus, ya sea para el dolo o la imprudencia, se presentaría siempre en aquellos supuestos en que la persona contara con algunos síntomas del virus, o hubiera tenido contacto estrecho con algún individuo infectado o hubiera permanecido sin protección en algún lugar de alta incidencia

(133) Esto es así porque en el caso de conocer que se porta el virus, la persona debe extremar las medidas de cuidado y de prevención. El conocimiento necesario para el dolo tiene como objeto el riesgo típico de contagio, el cual es probable de conducir a una lesión de la salud ajena cuando no se toman las medidas idóneas para evitar el contagio. Si tales medidas fueron eludidas con conocimiento cierto (se podría decir con conciencia plena), se estaría ante un caso de dolo directo de primer grado, mientras que si tales medidas fueron inobservadas de un modo gravemente imprudente, esto es, infringiendo medidas básicas de cuidado que eran obligatorias de observar en la situación de riesgo, entonces, concurriría un supuesto de dolo eventual, porque el sujeto que porta el virus sabe que cualquier comportamiento descuidado derivará muy probablemente en un contagio, de forma tal, que en su quehacer se encuentra el neutralizar todo tipo de riesgo al respecto. Por esta razón es que la imprudencia grave en la elusión de la medida básica de cuidado, acompañada al conocimiento cierto de que se sufre la enfermedad contagiosa, resulta ser la base del conocimiento eventual de la causación de la lesión.

(134) A finales de abril de 2021, en la prensa española se dio a conocer un caso de una persona que sospechando seriamente que portaba COVID-19 se realizó una PCR y sin esperar a los resultados habría ido a trabajar y al gimnasio, haciendo alarde de que contagiaría a sus compañeros, lo que parece ser que sucedió. El resultado arrojó que habría contagiado de forma directa e indirecta a un total de 22 personas.

(135) De otra opinión, POLLOS CALVO, C., «Delitos e infracciones por no cumplir las medidas preventivas del contagio por Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9705, Tribuna, 14/09/2020, para quien se presentará un delito de lesiones imprudentes cuando la persona conocedora de que porta el coronavirus no adopta medidas para evitar contagiar a otras personas.

del virus(136), entre otras alternativas. En todo caso, aquí se entiende que para el supuesto de presentar síntomas se podría pensar primero en el dolo eventual. Para los demás supuestos, como el contacto estrecho con un infectado, debería dejarse la imprudencia grave. Teniendo en cuenta el peso que intersubjetivamente se atribuye a cada uno de estos riesgos, el indicio de peligrosidad difiere. Mientras que los síntomas generan una representación de un riesgo más concreto, dado el padecimiento directo en la salud individual(137), el contacto estrecho con un infectado se relaciona mucho más con la representación de un riesgo abstracto, lejano aún de la salud personal. El deber de verificar si se porta el virus es por ello más autoevidente en el riesgo de contar con síntomas, que en el riesgo de haber permanecido con alguien enfermo.

También, en el ámbito del delito de lesiones a la salud individual, podrían ofrecerse dos vías más de criminalización de la propagación del COVID-19 como peligro para la salud pública. Al menos desde un punto de vista estrictamente teórico, existirían dos formas posibles de canalizar el castigo de la propagación dolosa de una enfermedad contagiosa por medio del delito de lesiones dolosas y, con ello, se podría ofrecer cobertura penal al bien jurídico como salud pública por medio del bien jurídico como salud individual(138).

La primera vía sería castigar la propagación dolosa del virus como riesgo común para la salud pública dentro del desvalor de acción del contagio doloso del delito de lesiones; esto es así, porque todas las enfermedades contagiosas, transmisibles de persona a persona, son las que mayor riesgo de propagación previsible presentan y por ello son esencialmente enfermedades de riesgo colectivo. El juez al momento de determinar la pena podría considerar, si concurren las circunstancias que fundamentan el desvalor en mención, como un aspecto de la gravedad del hecho (art. 66.º 6. CP), el riesgo de propagación del virus

(136) Ofrece una variada reseña casuística de conductas de contagio del ciudadano con sus respectivas posibles formas de resolución, NIETO GARCÍA, Á. J., «El contagio de Covid-19 desde el Código penal», *Diario La Ley*, n.º 9724, 2020 (a).

(137) Las personas asintomáticas no podrían verse perjudicadas por esta circunstancia natural, de modo que para ellas solo sería posible la vía de la imprudencia grave si se presentaran las otras variantes del riesgo (como el contacto estrecho).

(138) La protección de un bien jurídico colectivo por medio de un bien jurídico individual no es ninguna novedad. Ya en los delitos societarios se da que el bien jurídico directamente protegido es el patrimonio societario por medio del cual se protege, aunque sea remotamente, también el bien jurídico orden socioeconómico. Por esta razón a estos delitos se los cataloga como delitos económicos en sentido amplio. De igual modo, podría sostenerse para la lesión de la salud individual por medio de una enfermedad contagiosa transmisible de persona a persona, que se catalogaría como un delito contra la salud pública en sentido amplio.

como elemento implícito en el contagio a una persona determinada. Siendo que el riesgo de propagación del virus podría afectar (en abstracto) al bien jurídico supraindividual salud pública, este quedaría tutelado de forma indirecta a través del castigo del contagio concreto. Un ejemplo posible sería el contagio de una persona que deriva en un nuevo riesgo de contagio a otra persona u otras personas, por cuanto el sujeto contagiado puede contagiar a otro sujeto y así sucesivamente. No obstante, hay que considerar al menos dos variantes en esta cadena de contagio para poder imputar la creación del riesgo común al primer contagiante (incluso al segundo a partir de su propio riesgo en adelante, y así también sucesivamente respecto de cada uno de los que intervienen en la cadena de contagio). La primera variante sería que el riesgo de propagación de la enfermedad fuera previsible *ex ante* por el contagiante y la segunda variante sería que el mismo no hubiese asumido medidas de neutralización, dentro de lo que le compete, para evitar el desenvolvimiento de la dinámica del virus. La previsibilidad *ex ante* del riesgo de propagación por parte del contagiante no incluiría el comportamiento autorresponsable del contagiado, es decir, cuando el nuevo contagio depende exclusivamente de la conducta de este último y no de aquel primero(139). En esta cadena solo podría presentarse la posibilidad de imputación del riesgo de propagación al primer contagiante cuando este advirtiera que la no neutralización del riesgo por él mismo desembocaría en un peligro no cubierto (como la fórmula de Herzberg(140)), abierto e incontrolable que comportaría con rayana seguridad un riesgo de propagación del virus. Ejemplo de esto último sería el caso de que el contagiante conociera que el tercero no se ha enterado de estar contagiado y tampoco le diera aviso o advertencia de ello, o le diera aviso tardíamente de forma ineficaz cuando el nuevo sujeto contagiado ya ha incrementado el riesgo de propagación de la enfermedad. El sentido del suficiente grado de lesividad del riesgo para la salud pública se explica desde la lógica de los daños cumulativos, mientras que el fundamento de la imputación de la creación del peligro común de propagación de la enfermedad contagiosa (y no de los sucesivos contagios más allá del primero) reside en

(139) Para DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 124, «no siempre que se activa una fuente de riesgo de transmisión de una enfermedad el peligro de una nueva transmisión permanece activo amenazando a otros individuos tras la lesión de la víctima. En efecto, cuando la propagación de la enfermedad a otro individuo depende de un nuevo acto del sujeto agente, sin posibilidad de transmisión de otro modo de la enfermedad a terceras personas, la conducta no generará la amenaza de un peligro colectivo».

(140) HERZBERG, R. D., “Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes”, *Juristische Schulung*, 1986, pp. 249-262.

el argumento de la injerencia desde la cual se puede explicar cómo el riesgo *ex ante* previsible de indominabilidad una vez puesto en marcha, le pertenece al sujeto injerente en todos sus extremos conocidos, siendo un extremo conocido el peligro común para la salud pública(141). El inconveniente que podría presentar esta vía de penalización residiría en la posible vulneración del principio de legalidad, por cuanto el riesgo de propagación del virus no se encuentra tipificado en el Código penal actual y por tal razón no sería posible que, de forma encubierta, se desvalorara cualificadamente el delito de lesiones para dar cobertura a la criminalización de un aspecto del riesgo de contagio que el legislador no contempló en el desvalor de la conducta del delito de lesiones. Si *nullum crimen sine lege*, entonces, no sería posible penalizar el peligro de propagación de enfermedades por medio de las lesiones a la salud individual, agravando la pena. A pesar de este razonamiento en contra podría argumentarse a favor una vez más, que el factor objetivo de medición de la pena de los delitos dolosos contenido en el art. 66.º 6. CP, que hace referencia a la gravedad del hecho, sería el que cubriría la legalidad del castigo, toda vez que el hecho que se desvalora es el riesgo de contagio, que, si bien afecta a la salud de una persona, posee la capacidad intrínseca de propagación del virus a personas indeterminadas. En efecto, el riesgo de contagio que conduce a un riesgo de propagación resulta ser un riesgo mucho más grave que el mero riesgo de contagio de enfermedades no peligrosas o de enfermedades transmisibles, pero no entre personas, porque en estos últimos casos el riesgo de propagación es leve o muy remoto. Es toda esta magnitud lesiva del mismo riesgo lo que se desvaloraría en el monto de la pena, sin desbordar la legalidad del castigo(142).

La segunda posible vía también presenta algún problema, pero se entiende, en principio, que resultaría perfectamente válida. Desde la lógica jurídica y bajo todas las garantías, parecería viable atribuir

(141) En relación con los contagios de enfermedades, DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 121, sostiene que el riesgo de contagio no solo supone el peligro de transmisión de la enfermedad a una persona determinada, sino de forma simultánea supone el riesgo de transmisibilidad a terceros y esto es un peligro común; a pesar de que esta característica no permitiría desvalorar la situación de peligro común que desata la transmisión de la enfermedad con riesgo de propagación en los delitos de lesión y homicidio del Código penal español.

(142) En cualquier caso, habría que analizar en profundidad, si acaso por medio de la consideración del riesgo implícito no se podría estar cometiendo una analogía *in malam partem* extendiendo el sentido del tipo (conducta de contagio a conducta de propagación) a través de un castigo más grave, el cual contemplaría no solo el desvalor del contagio sino el desvalor de la propagación implícita en el contagio.

objetivamente el riesgo previsible *ex ante* de propagación de una enfermedad contagiosa y subjetivamente imputar el dolo (también eventual)(143) del injusto de peligro común, al peligro individual concreto de contagio. En el actual Código penal español, el título de imputación posible para el castigo del riesgo común sería, que junto a la imputación de la lesión (dolosa o imprudente) de la salud individual de una persona, producida por el contagio del virus, se acomodara en concurso la imputación de una tentativa de lesiones (dolosas) de la salud individual de personas indeterminadas. En el injusto de la tentativa residiría el peligro común de la propagación y eventual lesiones indeterminadas (infinitas), configurándose como un injusto global, que abarca el peligro abstracto para la salud pública y para la salud individual.

En definitiva, y al igual que en el régimen jurídicopenal alemán, en España también se presentaría, con independencia del delito que se trate, una serie de problemas relacionados con la determinación y prueba del nexo de causalidad, de la naturaleza y envergadura del riesgo, el juicio de atribución de comportamientos de contagio del virus con resultado de lesión o muerte y el juicio de imputación del dolo y la imprudencia.

6. ALGUNOS PROBLEMAS COMUNES DE LA NORMATIVA ALEMANA Y ESPAÑOLA

Primera: el objeto de tutela jurídicopenal

Los bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física y la salud se encuentran tutelados contra cualquier virus o amenaza; no importa qué infección los afecte. También, la salud pública se encuentra protegida contra enfermedades peligrosas y contagiosas, solo que el alcance de protección penal en los sistemas jurídicos analizados presenta algunas diferencias. Mientras que en el régimen alemán la protección jurídicopenal de la salud pública por medio de la propagación de enfermedades peligrosas es directo, en España habría que recurrir, cuando fuera posible, a ciertas vías indirectas de criminalización, como las mencionadas en líneas anteriores, para poder ofrecerle tutela.

(143) Por ahora, no se advierte la posibilidad de incluir la imprudencia grave como título de imputación.

Segunda: riesgo permitido versus riesgo penalmente típico de propagación y/o contagio

El riesgo de propagación de enfermedades peligrosas y/o riesgo de contagio en el contexto de la actual pandemia de COVID-19, se encuentra hiperregulado por parte de la normativa sanitaria actual, a diferencia de la reglamentación relativa a la prevención de otro tipo de enfermedades. Con ello, el campo de libertad en el uso del riesgo permitido es bastante reducido en el supuesto del coronavirus, pero algo más amplio, en relación con la gripe y otros riesgos asumidos como riesgos generales de la vida. Si bien esta especie de hiperregulación presenta un problema con la concepción contemporánea del ejercicio de la libertad individual (que ha quedado bastante reducida), por otro lado, curiosamente, redundan en su beneficio, al permitir que los ciudadanos conozcan a ciencia cierta cuáles son las fronteras de lo adecuado socialmente. Así, también, las eventuales consecuencias jurídicas de la infracción a estas normas generan un juego de tensión entre la libertad individual y la seguridad de todos(144), lo que se agudiza en los supuestos de personas enfermas o sospechosas de encontrarse infectadas(145), al igual que un juego de tensión entre la solidaridad intensificada y la distancia social.

Tercera: conocimiento de las normas de cuidado debido para evitar el riesgo de propagación y/o de contagio

A nivel de tipicidad subjetiva el desconocimiento del ciudadano de las normas de cuidado debido y el alcance del riesgo permitido sería, en principio, irrelevante para la aplicación de la normativa sobre el coronavirus en tiempos de pandemia. Esto es así, porque en la sociedad contemporánea la información sensible se encuentra ya al alcance de todas las personas y la mayoría de ciudadanos, si no acceden por otros medios a su conocimiento, lo hacen cotidianamente por medio de las redes y plataformas sociales donde no solo adquieren la información, sino que también la comentan, la comparten y hasta la editan.

(144) Esto es, «el riesgo permitido en el área conflictiva entre libertad y seguridad» (“Das *erlaubte* Risiko im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit”), según CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, p. 149.

(145) El art. 1.º del RSI de la OMS define *persona enferma* como la que sufre o está afectada por una dolencia física que puede suponer un riesgo para la salud pública, y *sospechosa* hace referencia a toda persona, que un Estado Parte considere que haya estado o podría haber estado expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedad.

En sí, el hecho de que las autoridades competentes emitan nuevas órdenes de rápida sucesión en el tiempo y vayan derogando las anteriores, podría tornar problemática la posibilidad de mantenerse actualizado en cuanto a las normas de cuidado debido y en cuanto a la cantidad de información que podría tornarse inmanejable desde el punto de vista del ciudadano promedio. No obstante, y para aquellos supuestos en los que el ciudadano ha perdido la visión general de las medidas actuales de la autoridad competente, siguen en pie las disposiciones relativas al error de tipo y error de prohibición (§§ 16 y 17 StGB y 14 CP) en materia penal. Sin duda, estos preceptos sobre el error adquirirán gran relevancia en la práctica por cuanto no pueden descartarse los casos de ciudadanos que si no son víctimas de informaciones falsas, no se informan a diario o que no se han informado durante un buen tiempo y que por tal motivo no han advertido los cambios en la normativa pertinente, así como tampoco los casos en donde el ciudadano pueda suponer erróneamente que se le aplica una determinada regulación legal cuando se le aplica otra distinta que, incluso, puede ser más restrictiva que la primera(146).

Cuarta: tipos de dolo e imprudencia en el delito de propagación y de lesiones

La forma dolosa de propagación o de contagio, según sea, contempla un amplio abanico subjetivo, que puede ir desde el dolo directo de primer grado, pasando por el dolo directo de consecuencias necesarias hasta alcanzar el dolo eventual, lo que significaría que el sujeto conoce en grado de certeza o incerteza el riesgo que genera o incrementa a partir de su estado de salud en relación con la enfermedad contagiosa. Los indicadores que podrían conformar los diversos grados de dolo del autor serían: los propios síntomas, la indicación del médico acerca de encontrarse infectado o la prueba positiva de COVID-19(147), entre otros posibles indicios; mientras que los indicadores de la imprudencia podrían ser el contacto estrecho con alguna persona infectada, el haber estado en algún país o lugar de riesgo elevado, entre otros

(146) WEISSENBERGER, *op. cit.*, 2020, p. 171.

(147) Las medidas de cuidado habrían también de extremarse en aquellos supuestos de los superpropagadores (que lo supieran), que son las personas infectadas que pueden transmitir el virus a muchas más personas que lo que habitualmente puede hacer un propagador estándar. Algunos estudios revelan que los niños y los jóvenes tienen más probabilidades de ser superpropagadores, que los adultos, lo que plantea un problema en relación con la imputabilidad y las posiciones de garante de los progenitores y tutores.

factores. En el manejo del riesgo y los deberes a observar, se presentan a su vez dos posibles escenarios: las personas infectadas y las personas no infectadas (pero infectables, dejando de lado –en esta oportunidad– a las personas vacunadas y a los falsos positivos y negativos). A su vez, dentro de estos dos escenarios, se deberían contemplar las diferentes alternativas según el grado de conocimiento de la enfermedad y los deberes de conocer. El caso más evidente, que podría derivar en un comportamiento doloso, sería el de la persona contagiada de COVID-19, que sabe que lo está y que infringe los deberes de cuidado, siendo el principal la observancia de abstención de relacionarse directamente con otras personas. Para dar cumplimiento a este deber, la persona enferma debería orientarse por las medidas de prevención que la autoridad competente le haya indicado, como el deber de cumplir la cuarentena en el hospital o institución de salud al que haya sido derivada, o en la residencia domiciliaria para los casos menos graves. En el siguiente orden de gravedad, que también podría derivar en un comportamiento doloso, pero ahora eventual, sería el de la persona que advierte la posibilidad concreta de que podría encontrarse infectada del virus y no se auto-recluye espontáneamente como medida de prevención hasta cerciorarse de su real estado de salud. En estos supuestos, el deber de cuidado inicial consistiría en dar aviso inmediato a la autoridad sanitaria más accesible, así como el deber de evitar todo tipo de acercamiento con otras personas (extremando las medidas de precaución relativas al estornudo y secreciones). Fuera de estos casos evidentes, que resultarían más sencillos de resolver, se presentarían casos mucho más complejos como el de los llamados infectados o positivos asintomáticos, eliminadores, portadores sanos o transmisores silenciosos, siendo muchos de ellos superpropagadores, lo que dificulta aún más la situación. Estas personas que pueden tener el virus, pero no haber desarrollado la enfermedad en su sistema, carecen del conocimiento del riesgo de propagación respecto de una enfermedad en ellas *subjetivamente* inexistente. En estos supuestos, se dice que el virus está o pasó por el cuerpo de la persona, pero no hay ni hubo signos clínicos evidentes de su presencia (esto es, síntomas) así, como mucho menos, daños o lesiones a su salud, panorama que dificulta el reproche subjetivo al autor. También resulta difícil de solución el caso de las personas que sufren síntomas muy leves (o levísimos), prácticamente imperceptibles, o que son fácilmente confundibles con un simple resfriado, por cuanto la representación del riesgo de portar el virus podría resultar en estos casos obligatoria, teniendo en cuenta que dada la excesiva información de advertencia de dar aviso a la autoridad sanitaria ante el mínimo síntoma, sería

poco probable que la persona no hubiera sospechado la presencia de la enfermedad. Además, y considerando la intensificación del principio del *alterum salvare* en situaciones de emergencia y dada la elevada cognoscibilidad de la entidad del COVID-19 (dañosidad y fácil transmisibilidad), la situación sanitaria actual parecería exigir un acentuamiento de los deberes de atención y vigilancia, advertencia y precaución, donde la cognoscibilidad o conocimiento potencial (aquello capaz de ser adquirido), podría operar como el fundamento de todos estos deberes(148). En última instancia, para saber si el autor de la propagación o contagio habría realizado el comportamiento de forma dolosa o imprudente se debería apelar al contexto típico de la enfermedad. Así, no sería lo mismo propagar o contagiar cualquier otra enfermedad que el coronavirus, teniendo en cuenta, según lo manifestado anteriormente, que para este último existen una serie de medidas de prevención de carácter obligatorio dictadas por la autoridad competente. Con lo dicho no puede negarse que el umbral mínimo del riesgo penalmente relevante en el coronavirus se encontraría actualmente bastante bien delimitado en comparación con otras enfermedades, asumiendo el riesgo de propagación y/o contagio una taxatividad indirecta que redundaría en beneficio de la libertad del ciudadano. Paradójicamente, aunque parezca riguroso, el *covidelito* poseería mayor certeza de lo que está prohibido, y de lo que no, que otras enfermedades virósicas.

7. REFLEXIÓN FINAL

Las desgracias suceden más de lo que las personas quieren aceptar, por lo que muchas sociedades se han mal acostumbrado al hecho de que cuando algo no funciona bien, se busca rápidamente la forma de hallar un responsable para culparle de ello, incluso por la calamidad(149). Esa necesidad imperiosa de asignar culpas y responsabilidades solo tiene como aliado perfecto la falsa creencia de que el Derecho penal lo podría resolver todo, aun cuando la lógica de la vida cotidiana señale lo contrario. La experiencia lo ha demostrado una y otra vez, que los mecanismos normativos no funcionan y no son

(148) Sobre el conocimiento potencial como insuficiente para la imputación ordinaria del dolo, pero suficiente para la imprudencia y para los supuestos de imputación extraordinaria del dolo (infracción a deberes cualificados de conocer), véase VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 309 y ss. (con notas al pie), pp. 654 y ss., *passim*.

(149) FISCHER, cit. *ut supra*, 2020; NIETO MARTÍN, cit. *ut supra*, 2020.

eficientes sin mecanismos cognitivos, de allí que resulta imperioso que los ciudadanos asuman el infortunio como propio y se esfuercen por el bien común acatando las normas de emergencia espontáneamente. Asimismo, el Estado no debería enfocarse en generar dependencia del Derecho penal, sino recurrir antes a minimizar el impacto por medios menos lesivos, desde el cumplimiento coactivo de las órdenes de la autoridad, pasando por la sanción a infracciones hasta la aplicación de reglas procesales de oportunidad y de imputación estrictas en el ámbito penal. Con mayor énfasis, el Derecho penal debería reducir su protagonismo en aquellos Estados que, por cierta (ir)responsabilidad en la causa, no pudieran paliar la pandemia por medios sanitarios. Solo un Estado cumplidor de sus cometidos y defensor de los derechos fundamentales podría proceder legítimamente por medio del Derecho penal para neutralizar la propagación y efectos lesivos de los contagios masivos por COVID-19. De allí, que a la pregunta titular de este artículo ¿necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? habría que responder: solo si..., entonces sí.