

Una perspectiva jurídico-penal del coronavirus en la Comunidad de Madrid

DIEGO GARCÍA PAZ

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción: la pandemia del siglo XXI en Madrid.
2. Derecho Penal: parte general.
3. Derecho Penal: parte especial.
4. La posición de la Comunidad de Madrid en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la pandemia del coronavirus en residencias de mayores y en centros sanitarios públicos.
5. El conflicto de intereses entre los propios de la Comunidad de Madrid y las autoridades, empleados y funcionarios públicos, investigados en procedimientos penales por hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus con perjuicio a residentes o pacientes de centros públicos, y que interesen la asistencia particular del Letrado de la Comunidad de Madrid.
6. Conclusión.

RESUMEN

La pandemia ocasionada por el coronavirus ha dado lugar al recurso generalizado a la vía jurisdiccional penal para investigar y en su caso atribuir responsabilidades por los acontecimientos que durante los primeros meses de la misma tuvieron lugar en las residencias de mayores y en los centros sanitarios públicos de la Comunidad de Madrid. Transcurrido más de un año desde la denominada primera ola de la crisis sanitaria, resulta necesario exami-

nar cuál ha sido el resultado del referido recurso generalizado a la vía penal y los problemas para su prosperabilidad que se han manifestado desde la perspectiva tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho Penal, teniendo en cuenta el excepcional contexto social en el que tuvieron lugar los hechos y la posición procesal que la Comunidad de Madrid detenta desde la perspectiva penal.

PALABRAS CLAVE

COVID-19; imputación objetiva; antijuridicidad; aforamiento; delitos; responsabilidad civil; asistencia letrada.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The pandemic caused by coronavirus has given rise to the widespread use of the criminal jurisdiction to investigate and, where appropriate, attribute responsibility for the events that during the first months of the same took place in nursing homes and health centers public of the Community of Madrid. More than a year after the so-called first wave of the health crisis, it is necessary to examine what

has been the result of the referred generalized recourse to criminal proceedings and the problems for its prosperity that have been manifested from the perspective of both the general and of the special part of Criminal Law, taking into account the exceptional social context in which the events took place and the procedural position that the Community of Madrid holds from a criminal perspective.

KEYWORDS

COVID-19; objective imputation; unlawfulness; assessment; crimes; civil liability; legal aid.

1. Introducción: la pandemia del siglo XXI en Madrid

Cuando en marzo de 2020 fue declarado el estado de alarma en España, tras haberse recibido la noticia de la aparición en China de un nuevo agente infeccioso de altísima capacidad de contagio y verificarse, con meses de antelación, tanto su llegada a nuestro país como su sorprendente capacidad de propagación, desde la Comunidad de Madrid se implementaron múltiples medidas para combatir a un mal respecto del que la humanidad solo podía remontarse a la historia para ver alguna situación similar. El año 2020 se convirtió en el campo de la batalla de nuestro tiempo, en el que la Administración regional madrileña, con un carácter audaz y pionero, anticipándose a decisiones adoptadas a nivel central, combatió con todas las armas a su alcance a un enemigo microscópico, pero letal.

Como batalla que ha sido, ha generado mucho dolor, y pérdidas. Los hechos vividos durante la pandemia, en los centros de salud y residenciales, como cualquier fenómeno humano y social, no han quedado ajenos al Derecho. Se trató de un contexto totalmente novedoso, en el que los parámetros jurídicos previstos para un desenvolvimiento social ordinario fueron puestos a prueba, toda vez que esas normas no estaban configuradas para ser aplicadas en un estado de cosas completamente extraordinario, como el que aconteció.

Por estas razones, el trabajo jurídico durante la expansión y desarrollo de la enfermedad ha sido de una gran intensidad, como el que la propia Administración regional madrileña, desde sus facultades gestoras, ha realizado. En ambos casos ha sido preciso actuar con enormes dosis de iniciativa, previsión y de ajuste del ordenamiento jurídico a unos hechos inauditos.

Si cualquier rama del Derecho, ante el fenómeno ocasionado por una pandemia, se encuentra en un ambiente de extrañeza (pues a su difícil aplicación a unos hechos para los que no se concibió en su origen se añade la variabilidad, el cambio cons-

tante de los predisponentes fácticos, tan mutables como los propios virus) las normas jurídico-penales encarnan a la perfección las referidas dificultades, añadiendo a su naturaleza de *ultima ratio* una serie de principios técnicos, residenciados en la parte general del Derecho Penal, que hacen extraordinariamente compleja la hipotética dimensión penal de lo acontecido durante la crisis sanitaria.

Es desde este campo, propio del Derecho Penal, imbricado con la posición procesal que detenta la Comunidad de Madrid, en tanto que Administración Pública, como ha de abordarse la consideración de los hechos ocasionados por el coronavirus en la sociedad madrileña, uniendo, por lo tanto, a las peculiares características de esta rama del ordenamiento jurídico la singularidad de la posición de parte que ostenta la Comunidad de Madrid. Se trata de dos cuestiones que dotan de una naturaleza *sui generis* al examen de la pandemia desde esta particular perspectiva jurídica.

La especialidad del tratamiento penal de los hechos acontecidos se visualiza desde los prismas de la autoría y participación; de la causalidad e imputación objetiva, o las hipotéticas causas de justificación; desde la individualización de las responsabilidades que eviten una investigación general o prospectiva; y en el análisis de los elementos típicos objetivos y subjetivos de los delitos que, atendiendo a la experiencia acumulada, se han venido considerando como integrados por las conductas con resultado de lesiones o muerte: homicidio imprudente, lesiones imprudentes, omisión del deber de socorro, denegación de asistencia sanitaria, contra los derechos de los trabajadores e incluso prevaricación administrativa.

En el marco de esta atribución de delitos, resultará también imprescindible la referencia a dos cuestiones de importante sentido práctico: el proceso al efecto de proseguir una investigación en supuestos de aforamiento y el criterio, de carácter prevalente, que se ha fijado al respecto; así como la situación de las eventuales asistencias letradas que puedan ser solicitadas por empleados públicos o autoridades como consecuencia de una formal investigación que frente a ellos se dirige con ocasión de estos hechos.

El examen jurídico de los hechos y de los delitos ha de ser siempre un análisis técnico, objetivo y aséptico, de modo que los resultados de la aplicación de los principios penales y procesales a los diversos supuestos de hecho que se plantean son los que proceden en Derecho, desprovistos de elementos subjetivos, viscerales o sentimentales, pues la acción del Derecho y de la Justicia ha de estar marginada de componentes metajurídicos, inspirándose en la razón práctica. Solo de este modo se puede llegar a la solución ajustada a Derecho, que tal vez sea distinta de lo que las



emociones, también humanas, pero alejadas de una ciencia como la jurídica, puedan indicar¹.

2. Derecho Penal: parte general

El examen jurídico de las implicaciones penales de los hechos que tuvieron lugar durante la pandemia ocasionada por el coronavirus, específicamente durante la primera ola de la misma, en la que se desarrollaron los mayores acontecimientos lesivos para bienes jurídicos de terceros, entre ellos la vida, la salud o la protección en el trabajo, pasa por detallar aspectos técnicos de las diferentes facetas de la teoría general del delito, tomando como referente la situación que se materializó en los diversos centros residenciales y sanitarios.

a) Autoría y participación

El primero de los elementos a considerar se refiere a la autoría y participación, esto es, la condición de sujeto activo de los presuntos delitos de los que se deriva el perjuicio a bienes jurídicos ajenos. En este punto, el Código Penal contempla las figuras del autor y el cómplice; dentro del concepto de autor, existe una específica taxonomía conforme a la cual, además del autor material y directo de los hechos, se equiparan al mismo el inductor y el cooperador necesario, siendo cómplice aquel que contribuye a la materialización del resultado antijurídico con actos accesorios, anteriores o simultáneos a los del autor².

¹ Así también lo ha expresado la Sala Segunda del Tribunal Supremo: «No deja de ser una obviedad afirmar que la calificación jurídico-penal de un hecho no puede hacerse depender de la indignación colectiva por la tragedia en la que todavía nos encontramos inmersos, ni por el legítimo desacuerdo con decisiones de gobierno que pueden considerarse desacertadas. Son otros los escenarios en los que la exigencia de ese tipo de responsabilidades tiene que hacerse valer. Como en tantas ocasiones hemos puesto de manifiesto, una resolución de archivo acordada por esta Sala no santifica actuaciones erróneas y de graves consecuencias sociales, aunque no tengan relevancia penal. Solo nos corresponde examinar la posible existencia de responsabilidad criminal y determinar si las querellas formuladas contienen elementos suficientes para concluir, al menos indiciariamente, que las personas aforadas podrían haber incurrido en alguna conducta tipificada en la ley como delito. Y además tratándose de un órgano que no es el llamado ordinariamente a investigar hechos penales, sino solo excepcionalmente, también estamos condicionados por la aparición de indicios cualificados contra personas aforadas, para no sustraer las investigaciones de su ámbito primario natural» (ATS de 18 de diciembre de 2021, Sala 2.ª, Causa Especial n.º 20542/2020, Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez).

² Código Penal, artículo 28: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

En definitiva, la cuestión fundamental al efecto de determinar el reproche penal de una conducta antijurídica que genera un perjuicio es determinar el alcance y dimensionamiento del ámbito subjetivo, esto es, quiénes son, en última instancia, los sujetos responsables de la acción causante de ese daño.

En los casos objeto de examen, acontecidos en centros residenciales y sanitarios públicos, en los que durante la denominada primera ola de la pandemia tuvieron lugar numerosos contagios del virus y fallecimientos derivados de esta enfermedad, dejando aparte las investigaciones preprocesales del Ministerio Fiscal, que partieron del análisis de unos hechos para finalmente determinar si estos, revistiendo los elementos típicos objetivo y subjetivo de cada concreto delito, son imputables a un sujeto concreto, fue una regla general el que en las denuncias y querrelas interpuestas por particulares y colectivos, en el legítimo ejercicio de su acceso a la Justicia, se plasmara un camino inverso: estas acciones penales fueron directamente dirigidas contra miembros del Gobierno, atribuyendo a los mismos una responsabilidad criminal determinante de los resultados lesivos. Desde un prisma jurídico-penal, la atribución de una directa responsabilidad de este tipo en términos generales, sin concretar con precisión la intervención en un resultado concreto de fallecimiento, lesiones o abandono, no puede prosperar, porque se transforma en un camino prospectivo, esto es, en una acusación genérica.

La intervención de los sujetos activos en los hechos debe ser siempre precisa y conectada en todo caso con la producción del desvalor jurídico, de modo que si su hipotética intervención en unos hechos es prescindible para que estos tengan el desenlace que da lugar al reproche penal, su responsabilidad en este ámbito queda excluida, pues no integran el concepto técnico de sujetos activos del delito, lo que precisa de una responsabilidad determinante, decisiva, imprescindible, por acción o por omisión, para producir el daño en la víctima, esto es, el resultado antijurídico.

Es en este punto en el que resulta de especial interés hacer referencia a la *teoría del dominio funcional del hecho*³ como esencial para atribuir el concepto de sujeto activo de los posibles delitos ocurridos en los centros. Se trata de una teoría

También serán considerados autores:

- a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.»

³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, (2.^a edición). Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 451.



clásica en el Derecho Penal, defendida por autores como Welzel o Claus Roxin, y en cuya virtud el verdadero autor de un delito es quien controla el suceso, aquel que tiene la capacidad y los medios necesarios para producir el concreto resultado anti-jurídico; esto es: el autor es quien toma la decisión y ejecuta el hecho conforme a esa decisión exclusivamente suya. Se trata, por lo tanto, de ubicar al sujeto activo de estos delitos dentro de las coordenadas objetivas de tener bajo su control, bajo su último criterio, la actuación de una u otra manera, haciendo o no haciendo determinada conducta que conlleva, merced a dicha decisión, a un fallecimiento, unas lesiones o una desprotección.

La atribución de la responsabilidad penal se encuadra, por lo tanto, en aquel sujeto agente que tiene en su mano, porque le corresponde según sus competencias y atribuciones precisas, la toma de la decisión concreta respecto de la salud, el tratamiento y las medidas a adoptar respecto de cada concreto residente o paciente, no en términos generales (o prospectivos). Se trata de una teoría que entronca, además, con la imprescindible individualización de hechos y responsabilidades penales. Si se trata de un delito que requiere actividad del sujeto activo, este será quien o bien no realiza esa acción cuando debe hacerlo, o bien la realiza, pero de una forma negligente; y del mismo modo, si el delito es de una naturaleza omisiva, el sujeto activo quedará en Derecho identificado como aquella persona o personas que tienen la capacidad de actuar y propiciar con su actuación la ruptura del curso causal de acontecimientos que llevan al fatal desenlace.

Todo ello, al margen de las orientaciones dadas a través de criterios generales y pautas ofrecidas por la Administración a través de protocolos, no correspondiendo a los referidos protocolos⁴ sustituir la acción concreta de los responsables de la adopción de las decisiones clínicas individualizadas.

b) Causalidad e imputación objetiva

Dentro de la teoría general del delito resulta imprescindible atender al nexo entre la acción y el resultado antijurídico, como elemento determinante de la atri-

⁴ Al respecto de los protocolos de la Comunidad de Madrid, y de su carácter general y orientativo, tiene expresado lo siguiente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «Los protocolos redactados tienen, y así lo explicitan, unos objetivos, general y secundarios, que no pueden tacharse de irrazonables, a la vista del fenómeno de la pandemia que empezaba a sufrir el país, con un total desconocimiento de su entidad y modo de enfrentarlo y que ya desde el principio empezó a encender las luces rojas sobre el posible desbordamiento del sistema sanitario y asistencial» (Auto n.º 62/2020, de 19 de noviembre, FD 4.º, Diligencias Previas 251/2020).

bución de la responsabilidad penal. La relación de causalidad vincula, desde la perspectiva empírica, una acción u omisión con la producción de un concreto resultado, de modo que, al efecto de obtener, con un grado incuestionable de determinación e individualización, la responsabilidad penal del sujeto activo es imprescindible que su acción se presente como el origen del resultado penalmente reprochable, como su *conditio sine qua non*, de forma tal que, eliminando hipotéticamente dicha acción del curso causal de los acontecimientos, el resultado también desaparece. Si la acción u omisión aparece naturalmente desconectada de la producción de un resultado anti-jurídico, ello implicará que el causante de dicha acción u omisión no pueda recibir atribución de responsabilidad penal. La relación entre acción y resultado es la propia del vínculo entre la causa y el efecto.

Por su parte, el principio de la imputación objetiva actúa de una manera inversa, a modo de reflejo de la relación de causalidad, de modo que opera ontológicamente desde el resultado hacia la acción, para determinar la atribución del reproche penal a un sujeto activo determinado. El criterio para realizar esta atribución de responsabilidad desde el resultado al autor se fundamenta en la posibilidad por parte del sujeto activo de ser, por sí misma, susceptible de producir el peligro de ocasionar ese resultado antijurídico, esto es, si entra dentro de su campo de actuación o no le corresponde; y correspondiéndole, si ese resultado materializa el peligro que con su acción u omisión el sujeto activo puede producir, siempre que la generación de ese peligro dé lugar a un resultado no permitido, antijurídico.

Desde la perspectiva de las causas penales derivadas de la pandemia ocasionada por el COVID-19, una de las principales deficiencias técnicas observadas ha sido la atribución genérica e imprecisa de responsabilidades, sin determinar con la debida individualización la imputación de un concreto fallecimiento, lesiones o abandono a un sujeto o sujetos específicos, de un modo jurídicamente viable, esto es, aportando elementos de prueba claros que vinculen causalmente a la persona o personas que se refieren en las denuncias y querellas con los resultados que en ellas se manifiestan, lo que ha sido especialmente evidente en las acciones que pretendían dirigirse contra miembros del Gobierno o, incluso, con mayor indefinición desde su origen, contra «el Gobierno» en general o en bloque. Esta forma de proceder no es correcta desde la perspectiva del Derecho Penal, que se rige por el principio de individualización de las responsabilidades penales, para no dar lugar con ello a causas generales o a las denominadas investigaciones penales prospectivas. Se ha evidenciado con frecuencia esta situación en las múltiples denuncias y querellas, siendo así que los diferentes Juzgados y Tribunales que las han inadmitido de plano han motivado esta decisión en la falta de precisión y en la carencia manifiesta de elementos de cargo que permitan, *a priori*, la imputación objetiva del fallecimiento de un residente o de



un paciente directamente a un miembro del Gobierno, quien, por el contrario, de partida carece del dominio funcional del hecho, al no ser el responsable de las competencias inmediatas del cuidado y protección de los perjudicados. La proliferación de este tipo de escritos iniciadores, de carácter marcadamente prospectivo, lleva a la consideración de que en el momento de su presentación, los denunciante y querellantes que los promovían habían de partir del conocimiento de la insuficiencia de los elementos de cargo necesarios para poder atribuir la responsabilidad a sujetos ubicados más allá del contexto de producción de los presuntos hechos delictivos, sin que se ajuste a Derecho atribuir al órgano que haya de realizar la investigación la función de averiguar si un miembro del Gobierno denunciado o querellado incurre *ab initio* en una responsabilidad penal por estos hechos, sino que un correcto proceder jurídico implica que el denunciante o querellante sea capaz, si dirige su acción contra miembros del Gobierno, de enlazar causalmente un fallecimiento, unas lesiones o un abandono, esto es, esos hechos concretos y respecto de personas precisas, a la intervención del alto cargo, aportando pruebas directas, inmediatas, concretas y precisas de esa necesaria intervención, y no meras especulaciones, opiniones o críticas sobre su gestión; una responsabilidad por el cargo que no se equipara en Derecho Penal a los elementos atributivos de una responsabilidad criminal sobre un resultado antijurídico⁵.

Resulta especialmente ilustrativa, desde una perspectiva práctica, la siguiente conclusión referente a la imprescindible precisión en la atribución de responsabilidades y a la necesidad de acompañar elementos de cargo a las imputaciones que se efectúen para poder ser meramente admitida a trámite la correspondiente denuncia o querrela: *«No es acorde a las exigencias propias del carácter personal del Derecho Penal la realización de una imputación difusa, indiscriminada y global, ajena por completo a la concreta intervención en unos hechos determinados y claramente delimitados de personas o entidades. Ello supondría tanto como validar cualquier atribución de responsabilidad criminal de naturaleza abstracta, indefinida y genérica realizada en exclusiva atención*

⁵ A este respecto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha expresado que *«no se identifica en la misma denuncia contra quienes pretende acotarse bajo la denominación de "altos cargos" de las distintas Consejerías que se relacionan en el escrito, ni se explica en modo alguno por qué razón la denuncia se plantea con tal indiscriminada extensión, ajena diametralmente a la más elemental proyección del principio de personalidad que rige en Derecho Penal. Tan desmesurada imputación no puede entenderse colmada con la simple anexión al "relato" de los organigramas de las diferentes Consejerías, que no vienen a ser más que el diseño estructural de cada departamento, concebido desde un punto de vista organizativo y apriorístico. En realidad, la exposición de la plataforma denunciante (o realizada en su nombre) se asemeja más a lo que pudiera conceptuarse como una causa general, a un intento de indagación indefinido y prospectivo de imposible seguimiento por razones en las que —por conocidas— no consideramos necesario detenernos»* (Auto n.º 64/2020, de 1 de diciembre de 2020, FD 1.º, Diligencias Previas 325/2020).

a la valoración o dimensión subjetiva que cualquier persona pudiera otorgar a una acción o conjunto de acciones. No puede residenciarse en el conocimiento de un órgano judicial con pretensión de denuncia un relato tan abstracto. En conclusión: el más que considerable grado de indefinición de hechos que ofrece dicha denuncia, su naturaleza híbrida entre crítica y queja, y la falta manifiesta de perfil de su presentación penal no pueden conducir a otra conclusión que a la de su inviabilidad procesal» (Auto n.º 64/2020, de 1 de diciembre de 2020, FD 4.º, Diligencias Previas 325/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal).

c) **Antijuridicidad: la excepcionalidad de los acontecimientos pandémicos no es una posible causa genérica de justificación**

La denominada antijuridicidad es el elemento de la teoría general del delito en cuya virtud la acción ilícita desarrollada por el sujeto activo integra los elementos típicos del delito, tanto objetivos como subjetivos, sin que sea posible que la conjunción de ambos datos (esto es: la acción ilícita además incurso en tipicidad, al colmar los elementos configuradores del delito, siendo así, por ello, antijurídica) quede excluida de tal carácter por concurrir alguna causa tasada que justifique dicho proceder y su resultado. El elemento antijuridicidad se puede definir con una mayor claridad desde un punto de vista pasivo o negativo: la acción típica será antijurídica cuando no concurra sobre ella una causa de justificación que elimine la ilicitud penal (la antijuridicidad) de la conducta desarrollada.

El Código Penal español reconoce una serie de precisas causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo (artículo 20, apartados 4.º, 5.º y 7.º). Entre ellas no se encuentra, por lo tanto, la excepcionalidad de una situación de hecho como es, en efecto, una pandemia, de modo que, si bien desde un punto de vista suprallegal puedan llegar a entenderse las consecuencias desfavorables derivadas del desbordamiento de los servicios, por el carácter desconocido y sobrevenido de la novedosa situación propiciada por el coronavirus, con resultados ciertamente calamitosos⁶, el solo hecho de que hayan tenido

⁶ En este sentido, existen pronunciamientos judiciales que, dentro del alcance jurídico que procede darles, sin extralimitaciones, no excluyen en la valoración y atribución de las eventuales responsabilidades penales la naturaleza desbordante y desconocida de la enfermedad cuando esta comenzó a dar las primeras manifestaciones de la verdadera entidad de su dimensión, entonces imprevisible: *«De lo ya expuesto no puede deducirse que los hechos denunciados sean constitutivos de un ilícito penal por el mero hecho de que la residencia haya solicitado el auxilio de la autoridad sanitaria, dada la situación en la que los residentes se encuentran, habiendo fallecido alguno de ellos y encontrándose otros presuntamente afectados de la enfermedad COVID-19, y ello por cuanto no puede ignorarse la situación de pandemia por la que atraviesa en la actualidad nuestro país y la saturación de la ad-*



lugar en el contexto extraordinario de una enfermedad con alto nivel de contagio y mortalidad no excluye *per se* la antijuridicidad de los concretos resultados, de ser esta concurrente al apreciarse la integración de los elementos propios de cada delito en los individualizados casos objeto de examen jurídico-penal. Ello, de forma acorde con la incuestionable realidad de que le corresponde a la Administración disponer los medios y desarrollar las gestiones necesarias para evitar la propagación descontrolada del virus, en definitiva, velar por la salud y la protección de la población, máxime en un estado de alarma originado por una pandemia. Esto no es, desde luego, óbice para que las eventuales responsabilidades penales que pudieran existir, si bien no justificadas técnicamente por la situación excepcional ocasionada por la enfermedad, sean atribuidas única y exclusivamente a quienes en Derecho corresponde, no de una forma genérica o indiscriminada.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado con claridad sobre este particular: *«La declaración del estado de alarma, como escenario constitucional de excepción, proyecta sus efectos jurídicos en muy distintos órdenes, pero no subvierte las premisas sobre las que descansa la responsabilidad penal. El ejercicio de las competencias asumidas en esa situación de excepcionalidad, incluso cuando implica la adopción de decisiones que ex ante podían considerarse atinadas pero que, ex post, se revelan ineficaces o contraproducentes, no convierte al responsable político en responsable penal. Afirmar lo contrario solo puede contentar a quienes ven en el derecho penal un ciego e implacable instrumento retributivo, ajeno a los principios que legitiman el más grave reproche que puede hacer un Estado, el penal. Pero nada impide la apertura de una investigación jurisdiccional encaminada a determinar, en cada caso, quién era la autoridad legalmente obligada a prestar los medios indispensables para que los trabajadores desempeñaran su actividad conforme a las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata, pues, de promover, en el marco definido por un proceso penal, si las autoridades o funcionarios respecto de las que pueda predicarse su condición de garantes omitieron de forma consciente o negligente su deber de actuar»* (ATS de 18 de diciembre de 2021, Sala 2.^a, Causa Especial n.º 20542/2020, Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez).

ministración sanitaria, lo que ha motivado el dictado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, lo que ha conllevado que los centros hospitalarios y su personal difícilmente se encuentren posibilitados de prestar la asistencia sanitaria que la denunciante demanda, escaseando además el material sanitario que tiene por objeto evitar el contagio de la infección, no pudiendo en atención a estas circunstancias imputarse a la administración sanitaria autonómica o estatal un delito de omisión del deber de prestar auxilio a un particular dada la clara inexistencia de dolo o intencionalidad en la falta de atención o prestación de estos servicios vista la situación a la que antes se ha hecho mención» (Auto n.º 235/2020, de 30 de marzo, RJ 1.º, Diligencias Previas 233/2020, Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 6 de Valdemoro).

El contexto pandémico, en conclusión, no es una causa legal de justificación, pero sí debe ser tenido en cuenta en el momento de aplicar la norma penal, pues, sin perjuicio de la especial naturaleza que peculiariza a la ley penal, esta es, en todo caso, una norma jurídica; por lo tanto, sin excluir el que la norma penal solo puede aplicarse a los supuestos concretamente comprendidos en ella, sin interpretaciones desnaturalizadoras o extensivas, atender al tiempo y a la coyuntura en el que la norma debe ser aplicada al caso resulta jurídicamente exigible, máxime cuando esas circunstancias transitorias se caracterizan por su objetiva excepcionalidad⁷.

d) Los supuestos de aforamiento de las autoridades de la Comunidad de Madrid

Un gran número de las denuncias y querellas presentadas, que tienen como presupuestos fácticos los perjuicios ocasionados por la pandemia sobre la vida, la integridad física, el cuidado y protección de los mayores, los pacientes de los centros sanitarios y los propios trabajadores que han prestado sus servicios en un contexto de gran riesgo como el acontecido durante los momentos agudos de la crisis sanitaria, se caracterizan por dirigirse de forma directa frente a los altos cargos de la Administración regional madrileña, incluyendo a la Presidenta, a los Consejeros o bien al Consejo de Gobierno en su conjunto.

Además de los problemas técnicos inherentes a la presentación de este tipo de acciones, desde una perspectiva material, como son la indefinición, esto es, la falta de individualización o de una imputación técnica, clara y manifiesta, de los hechos objeto de *notitia criminis* a los altos cargos de la Administración, partiendo, como elemento fundamental, de que tales altos cargos no han intervenido en el curso causal que ha producido un resultado concreto de muerte, lesiones o abandono, desde una perspectiva formal, la dirección de las acciones penales *ab initio* respecto de los miembros del Consejo de Gobierno supone una práctica procesal errónea, equivalente a iniciar una investigación respecto de unos concretos hechos desde el que debería ser su final y, en tal caso, si se dieran los requisitos jurídico-materiales para ello.

Esta realidad ha tenido las correspondientes consecuencias procesales, que han sido definidas elocuentemente por el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de

⁷ El artículo 3.1 del Código Civil establece: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Cuando el artículo 4.2 del mismo texto legal se refiere a la ley penal, dispone que: «*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*».



Justicia de Madrid, órganos competentes para conocer, en exclusiva, de aquellas causas penales que se pudieran dirigir contra la Presidenta de la Comunidad de Madrid o sus consejeros, respectivamente⁸, al margen del cumplimiento de unos mínimos requisitos de admisibilidad material, que no se han dado por las razones antes expuestas.

En el examen de aquellas pretensiones dirigidas frente a la Presidenta de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Supremo se ha expresado con gran nitidez para, en primer lugar, declarar su competencia respecto de las denuncias y querellas fundamentadas en los hechos derivados de la pandemia y, a continuación, proceder a la inadmisión y archivo de estas denuncias y querellas por no estar debidamente justificada la comisión de los hechos punibles atribuidos a la querellada con fuero procesal en esa Sala, previo informe en este sentido evacuado por el Ministerio Fiscal, dentro de un criterio general así conformado.

Atendiendo al decisivo Auto de la Sala Segunda de 18 de diciembre de 2021, «(...) esa jerarquización (de la Administración) puede conducir a la paradoja de que cuanto más relevante sea la capacidad de decisión, más lejano se encuentra el responsable respecto de las acciones u omisiones llevadas a cabo por los últimos eslabones de la cadena de mando. Este dato, constatable empíricamente, no puede, sin embargo, oscurecer la presencia de otra idea sin la que nuestro análisis se distorsiona. Y es que aquellos que ocupan el puesto más alto de la estructura jerárquica de la Administración, por este mero hecho, no pueden ser considerados responsables in integrum de todas y cada una de las conductas ejecutadas por otros y que han podido generar o incrementar el riesgo para la vida o la salud de los trabajadores o funcionarios. Su posición no les convierte en "garantes" de todas las actuaciones que tengan lugar en el ámbito de la Administración en el que ejerzan sus competencias. Ninguna interpretación de las normas reguladoras de su funcionamiento puede conducir a dicha conclusión, y, mucho menos, a la aplicación de un tipo penal, que no se puede amparar responsabilidades objetivas». Y de este modo «la mera atribución competencial de la gestión de una determinada materia al departamento, Ministerio o Consejería dirigido por uno de los querellados no es suficiente. Es necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada, lo que exige la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron».

⁸ El artículo 25.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en su vigente redacción, dispone: «La responsabilidad penal del Presidente de Gobierno, Vicepresidentes y de los Consejeros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, la de los Vicepresidentes y Consejeros para los delitos cometidos en el ámbito territorial de su jurisdicción será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid».

Por lo tanto, la articulación de acciones penales inmediatas o directas contra los altos cargos, si no resultan acompañadas de una prueba de su intervención directa, precisa e inmediata en el curso causal de un concreto y preciso resultado antijurídico, no puede en Derecho dar lugar a la incoación de un proceso penal, pues las apreciaciones, opiniones, inferencias, noticias o comentarios no son, en ningún caso, pruebas de la intervención directa y necesaria en los hechos.

Ahora bien, nada obsta a que, dado que el camino emprendido por los denunciantes y querellantes ha sido erróneo, el Alto Tribunal lo reconduzca en los siguientes términos: *«Las querellas formalizadas, por tanto, no producirán el efecto asociado a la voluntad de los querellantes de iniciar un proceso penal contra los aforados y de ejercer la acción penal en ese marco. Pero en la medida en que esas querellas son también vehículo de transmisión de una noticia criminis, van a ser remitidas, en unión de las denuncias que sobre los mismos hechos han tenido registro en el Tribunal Supremo, al Juzgado Decano de Madrid para que proceda a su reparto. Será entonces cuando el desarrollo de las investigaciones permita discernir quiénes podrían ser objetivamente considerados como garantes y qué autoridades o funcionarios pudieron desoir el deber de actuar impuesto por las normas reguladoras de seguridad e higiene en el trabajo. Solo cuando las diligencias practicadas evidencien, en su caso, la existencia de indicios de responsabilidad contra algún aforado, deberá el Juez de instrucción recabar dictamen del Ministerio Fiscal y elevar exposición razonada ante esta Sala»,* añadiendo que *«también ahora la Sala va a remitir testimonio de las querellas y denuncias formuladas por las muertes padecidas en las residencias de la tercera edad. Las diligencias a practicar por los Jueces de Instrucción, en el marco definido por los procedimientos penales que habrán de ser incoados, permitirán esclarecer si esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquéllas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho».*

El Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2002 requiere que el proceso penal se tramite ante el órgano judicial que sea competente conforme a las normas generales de nuestras leyes procesales y, si este órgano entendiera que hay indicios de responsabilidad criminal contra algún aforado, agotada la investigación en todo lo que fuere posible, sin dirigir el procedimiento contra este, procederá a remitir a esta Sala la correspondiente exposición razonada. En igual



sentido, el ATS de 12 de enero de 2000 afirmó el carácter excepcional de las reglas constitucionales que atribuyen la competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para instruir y enjuiciar las causas contra determinadas personas, de modo que solo se iniciarán en el Tribunal Supremo tales procedimientos penales contra personas aforadas cuando haya quedado individualizada la actividad delictiva concreta de tal persona y, además, exista algún indicio o principio de prueba que pudiera servir razonablemente de base para la imputación criminal que de esa conducta individualizada pudiera derivarse.

En definitiva, una vez que las causas penales cuenten, en los Juzgados de Instrucción, con una mínima investigación ubicada en el contexto procedente (no en genérico), en el que se halla el centro efectivo de la toma de las decisiones médico-asistenciales respecto de cada concreto residente o paciente (esto es, residencias u hospitales) según sus condiciones personales de salud, si surgen indicios sólidos, de carácter cualificado, como entre otras expresa y exige la STS 277/2015, de 3 de junio (no meras referencias nominativas al cargo, hipótesis, conjeturas, opiniones o disconformidades con la gestión) de la responsabilidad penal en esos concretos hechos de algún alto cargo aforado, podrá efectuarse la exposición razonada por parte del Juzgado y previo informe del Ministerio Fiscal, ser elevado de nuevo a la Sala, cuya competencia es legal y jurisprudencialmente restrictiva, y precisa de que esa exposición sea muy fundada y exhaustiva, con una imputación objetiva incontestable, para proceder válidamente contra el alto cargo.

Este es el criterio final que se puede verificar que se está llevando a la práctica, atendiendo a los procedimientos penales efectivamente abiertos, que se encuentran circunscritos a pacientes, residentes y trabajadores concretos, y respecto de los responsables directos de la toma de decisiones sobre su salud, conforme a la tesis establecida por el Ministerio Fiscal, quien en el momento de presentar denuncia o interponer querrela actúa con arreglo a estas referidas premisas, que apuntan a un ámbito de la investigación acotado en sus precisos límites de causalidad e imputación objetiva, apreciándose incluso la consideración de que las normas y protocolos de la Administración actúan como el parámetro orientador de la actuación conforme a Derecho por parte de quienes son los responsables últimos de la toma de las concretas decisiones, de modo que su no cumplimiento, en tanto no sea debidamente explicado, habilita la apertura de una investigación penal justificada frente a ellos⁹.

⁹ Este criterio general de la Fiscalía en cuanto a los procedimientos penales derivados de la pandemia se exterioriza con claridad en las denuncias interpuestas por su parte, en las que se recogen, dentro de sus antecedentes de hecho, manifestaciones como la siguiente: «Durante el periodo de pandemia ocurrido entre los meses de marzo a junio de 2020, la residencia, con su directora al frente, desarrolló medidas de prevención y organización para tratar de paliar los efectos de la enfermedad COVID-19,

3. Derecho Penal: parte especial

La parte especial del Derecho Penal comprende el examen de los diversos ilícitos penales, atendiendo a su singularidad, en los elementos que los configuran, de modo que supone la traslación de la teoría general del delito a cada tipo de injusto, que queda integrado con una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Sobre esta premisa, cada delito manifiesta una naturaleza jurídica propia en los elementos de la teoría general, y al mismo tiempo se dota de diferencia y sustantividad en relación con otras conductas jurídico-penalmente reprochables.

La experiencia acumulada con el análisis en profundidad de las múltiples vías de acceso a la jurisdicción penal que se han llevado a cabo con ocasión de los hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus, cristaliza en la imputación *a priori*, y de una forma dominante, de una serie de delitos en los que los denunciadores y querellantes los encuadran: delito de homicidio imprudente (y lesiones imprudentes), delito de omisión del deber de socorro (junto con el delito de denegación de asistencia sanitaria), delito contra los derechos de los trabajadores y finalmente delito de prevaricación administrativa.

a) Delito de homicidio imprudente (y delito de lesiones imprudentes)

Uno de los delitos que, con carácter general, han sido objeto de atribución a muy diversos sujetos activos en las denuncias y querellas interpuestas es el de homicidio imprudente, al entender que el fallecimiento de residentes en centros asistenciales o de pacientes en hospitales es el resultado directo de la praxis del sujeto activo denunciado, llevando incluso el título de imputación más allá de la relación causa-efecto, para asignar las hipotéticas responsabilidades penales nacidas del fallecimien-

incluyendo el refuerzo de la atención sanitaria y el desarrollo de un sistema de comunicación diario con el médico geriatra de enlace del hospital designado por las autoridades competentes, quien era el encargado, en base en su criterio médico, y tomando en consideración los elementos orientativos descritos en el "Protocolo de Coordinación para la atención de pacientes institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el covid-19", remitido a la residencia de mayores el día 20 de marzo de 2020, de decidir qué usuarios se beneficiarían más de una estancia hospitalaria y quiénes deberían permanecer en la residencia, recibiendo un tratamiento que, no obstante, era coordinado y seguido desde el centro hospitalario, que proveía, además, los fármacos y oxigenoterapia necesarios. Sin embargo, los doctores de la residencia no activaron el referido mecanismo de coordinación, a pesar de que concurrían los presupuestos para hacerlo y sin que conste razón justificada en contrario, respecto de dos concretos residentes, habiendo provocado con su actuación que no pudieran ser valorados por el médico geriatra del hospital de referencia, e incluso trasladados a sus instalaciones, al tiempo que tampoco les proveyeron en la residencia un adecuado seguimiento y control médico, de todo lo cual era conocedora la directora del centro, que tampoco realizó acción alguna para solventar la situación».



to del residente o del paciente (extremo que constituiría la consumación del delito) a los titulares de las más elevadas áreas de gestión administrativa, como pudieran ser miembros del Consejo de Gobierno de una determinada Administración.

La naturaleza jurídica del delito de homicidio imprudente, en el que no existe una acción planificada con la finalidad de ocasionar la muerte de la víctima, que se pueda ver interrumpida por una acción ajena a quien la realiza, sino que esta sobreviene como consecuencia de un desajuste en la corrección de la acción desarrollada por el facultativo, dificulta considerablemente la posibilidad de una imperfecta ejecución, o tentativa, en estos casos de eventual homicidio por imprudencia; por ello, más que una imperfecta forma de ejecución o tentativa de homicidio imprudente en el supuesto de acreditarse una mala praxis sanitaria, si no se materializa el resultado antijurídico del fallecimiento, esto es, si el paciente o residente sobrevive, pero lo hace con secuelas en su salud, por lo tanto en su integridad física, la acción se consume con ese desvalor sobre la salud, materializado en las lesiones, por lo que quedaría integrado el tipo objetivo del delito de lesiones por imprudencia, y no el delito de homicidio imprudente en grado de ejecución tentativa, al ser requerido el resultado muerte para diferenciar ambos tipos de injusto.

El delito de homicidio imprudente, que el Código Penal tipifica en el artículo 142¹⁰, supone la afectación del bien jurídico *vida* de la víctima como consecuencia

¹⁰ Dispone el artículo 142 del Código Penal: «1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años. 2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses. El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

inmediata, directa y necesaria de la intervención por parte del sujeto activo quien, en el ejercicio de sus atribuciones, o bien no actúa con la debida diligencia profesional, cuyas pautas vienen definidas de forma objetiva por normas profesionales o protocolos, o bien genera un riesgo con su forma de proceder que quebranta el deber de cuidado que le corresponde como profesional, y que no solventa o impide en el momento de cristalizar en un resultado desfavorable para el bien jurídico de la víctima. El artículo 142 bis del Código Penal¹¹ contempla una cualificación del delito que agrava también la penalidad, y subraya precisamente la nota que define al homicidio imprudente, como ilícito que implica la generación de un riesgo en contra de las normas que rigen la *lex artis* del profesional y el deber especial de cuidado, que como tal, le corresponde guardar; y añade, desde la perspectiva de la legalidad, la relación antes referida entre los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, cuyas características hacen compatible su relación concursal, al primar la diferencia de los bienes jurídicos protegidos en cada delito y la dificultad de apreciar una ejecución imperfecta del delito de homicidio imprudente.

La aplicación de ambas figuras delictivas a los hechos acontecidos como consecuencia de la pandemia ocasionada por el coronavirus en las residencias de mayores y hospitales públicos implica, en primer lugar, desde la perspectiva estrictamente técnica, la imposibilidad en Derecho de imputar objetivamente el desvalor antijurídico de los fallecimientos de residentes y pacientes, si estos llegan a reputarse constitutivos de delito, a quienes no se encuentren directa y materialmente relacionados con las acciones u omisiones desencadenantes de dichos resultados, pues los tipos objetivos de ambos delitos se refieren a quienes tienen el deber, en sus ámbitos competenciales, ejecutivos, de velar por la salud de los titulares de los bienes jurídicos vida e integridad física. En segundo lugar, los protocolos médico-asistenciales aprobados desde los órganos de gobierno de la Administración no solo carecen, *per se*, de las características de acción, tipicidad y antijuridicidad para dar lugar, ellos mismos, a integrar un delito de homicidio o de lesiones imprudentes, sino que, por el contrario, se erigen en el parámetro de legalidad de la actuación conforme a Derecho de los profesionales que deben aplicarlos en su desempeño, siendo estos quienes integran la condición de sujeto activo de los referidos delitos. De este modo, los protocolos se integran en el acervo de normas que rigen su *lex artis* y a ellos deben acudir para que, en caso de producirse un daño, no les sea criminalmente reprocha-

¹¹ Dispone el artículo 142 bis del Código Penal: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado».



ble por haber actuado de forma ajena a las normas rectoras de su actividad. Por otro lado, dichos protocolos se fundamentan en criterios médicos e individualizados, de modo que lo que imponen al facultativo, aparte de su carácter orientativo en lo particular, siendo aquí médica y singular la decisión, es estar siempre al caso concreto que atienden y a consensuar su decisión clínica con otros profesionales, los denominados «geriatras de enlace», si lo necesita.

El Tribunal Supremo ha exigido una serie de requisitos para apreciar la concurrencia del delito de homicidio imprudente:

1. La producción de un resultado de lesión o de riesgo, propio del tipo penal.
2. Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, exigiendo que la no evitación del resultado equivalga a la causación.
3. Que el omitente hubiese estado en condiciones de haber realizado voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
4. Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual de actuar, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquel a actuar para evitar el resultado típico.

La STS 716/2009, de 2 de julio, identificó la posición de garante con el deber de cuidado, y la STS 482/2017, de 28 de junio, en cuanto al tipo subjetivo del delito, establece que consiste en que *«no se emplee el cuidado debido, o que no se consiga impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que se intentó el deber de garantía»*.

Las residencias de mayores son centros que exigen un especial deber de cuidado, atendiendo a las condiciones de salud de los residentes, de modo que, cuanto más elevada sea la dependencia o fragilidad de la salud de los residentes, tanto más también lo será el deber de diligencia de los profesionales que los atienden. Los centros residenciales deben cumplir con la normativa autonómica y comunicar las diversas resoluciones y protocolos que las consejerías competentes dicten para subvenir al cuidado de los residentes. La actividad de protección a los residentes es una obligación de medios, esto es, de la puesta en activo de toda la buena praxis posible para proteger a los residentes, pero no puede hacerse extensiva a la evitación de resultados, como los derivados de una pandemia, que resultan inexorables, máxime en unas condiciones objetivas de salud desde su base muy precarias en muchos casos. Los profesionales de las residencias han de materializar su buen hacer, aplicar las

normas correspondientes y actuar bajo los criterios médicos que recomienden el tratamiento en el propio centro o bien en el hospital, si así se decide clínicamente y resulta beneficioso para el residente.

Si, en el caso concreto, se acredita que el centro residencial adoptó las medidas de prevención y restricción de visitas dispuestas por las autoridades competentes; sectorizó las plantas y habitaciones; informó sobre los protocolos a todos sus profesionales; dotó de medios de protección en la medida de los que estuvieran disponibles en un escenario de escasez, y contó con un servicio médico propio para atender a los residentes, con un contacto, según protocolo, con el geriatra de enlace del hospital designado, no resulta jurídicamente posible apreciar la concurrencia de los elementos típicos del delito de homicidio o de lesiones imprudentes, pues se habría actuado lealmente desde la posición de garante por parte de los sujetos responsables de velar por los residentes, no omitiendo ni generando ninguna acción que incrementase el riesgo antijurídico de producir un resultado que, en muchas ocasiones, resultó además inevitable conforme a la situación de la ciencia en el momento inicial del brote pandémico, en el que la enfermedad empezaba a mostrar su verdadera faz, y por lo tanto a iniciarse el conocimiento científico necesario para saber cómo luchar contra ella.

b) El delito de omisión del deber de socorro (y denegación de asistencia sanitaria)

Una de las modalidades delictivas que ha sido objeto de mayor imputación en relación con los hechos derivados de la incidencia de la pandemia del coronavirus en las residencias de mayores y en los centros sanitarios es de carácter omisivo, consistente en atribuir a quienes se configuran como sujetos activos una reconocida pasividad en el ejercicio de sus competencias profesionales, cuando no una dejación absoluta de las mismas, con el resultado de ocasionar, a consecuencia del incumplimiento del deber de protección que, dada su posición de garante, compete al denunciado o querrellado, el fallecimiento o las graves secuelas en la salud de aquellas personas que residen en un centro socio-sanitario.

El Código Penal español tipifica el delito de omisión del deber de socorro en el artículo 195¹², estableciendo en dicho precepto el tipo básico, para, a continuación,

¹² Dispone el artículo 195 del Código Penal: «1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*



disponer el delito específico de omisión del deber de socorro en el ámbito de la competencia en materia sanitaria en el artículo 196¹³, que, participando de los elementos del tipo base, añade la condición de profesional sanitario al sujeto activo, dando así lugar a un delito con sustantividad propia, como es la denegación de asistencia sanitaria.

La conducta que integra el tipo consiste en la inacción, esto es, en la omisión de la actuación debida que ocasiona un daño. Supone, con carácter general, por el sujeto activo no ayudar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, añadiendo, desde el punto de vista volitivo, su plena conciencia, su certeza absoluta, de que dicha persona se encuentra en peligro y que debe socorrerla, tanto desde una perspectiva humanitaria, como específicamente si tal sujeto activo es además un profesional que debe velar por el cuidado de sus pacientes o residentes.

El Tribunal Supremo (entre otras, en la STS 18-5-91 o STS 13-5-97) establece los requisitos para apreciar la concurrencia de este ilícito penal:

1. Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, esto es, cuando necesite protección de forma patente y conocida, y no existan riesgos propios o para un tercero.
2. La repulsa por la sociedad de la conducta omisiva del agente.
3. Una culpabilidad constituida no solo por la conciencia del desamparo de la víctima y de su necesidad de auxilio, sino también de la asunción del deber de actuar.

El dolo se debe dar por acreditado en la medida en que el agente tenga conocimiento del desamparo y necesidad de ayuda de la víctima, ya sea de forma directa, cuando la situación es incontestable, o bien incluso como un dolo eventual, previniendo la situación de desamparo como cierta y a pesar de ello no haciendo nada.

La relación de causalidad en esta modalidad delictiva es siempre de naturaleza hipotética, pues no existe una acción a la que vincular un resultado, sino una omisión

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.»*

¹³ El artículo 196 del Código Penal establece: «*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*»

que debe ser enlazada racionalmente con este (en forma de fallecimiento o lesiones); de modo que se trata de una conexión teórica, en la que el único extremo material es el resultado, que ha de anudarse a una inacción como su elemento desencadenante. La forma de verificar este enlace es mediante el razonamiento conforme al cual se suponga, sin ninguna duda y necesariamente, que la acción que se hubiera llevado a cabo por el sujeto obligado a desarrollarla habría dado lugar, en lugar de no haber actuado y de haberse materializado, a la desaparición del resultado antijurídico.

Jurisprudencialmente se establece una distinción clave en cuanto a la atribución de responsabilidad por omisión, entre la posición de garante que el sujeto activo ostenta por su cargo y el *plus* que precisa el reproche penal, de modo que el solo dato objetivo de la detentación de una posición de garantía sobre los bienes jurídicos de terceros, *per se*, no puede conllevar a una automática asunción de responsabilidades penales si a ello no se acompaña un elemento adicional. La realización omisiva del hecho debe ser estructural y materialmente idéntica a la realización activa. Si el peligro ya preexiste a la omisión por parte del sujeto activo, y su omisión no crea, ni aumenta, el riesgo de lesión de los bienes jurídicos, no puede existir una equivalencia a una acción u omisión en un contexto en el que ese peligro no existe, basando, en consecuencia, que dentro de ese ambiente de riesgo inevitable, el sujeto activo haya realizado lo posible por su parte para confrontarlo, de acuerdo con las normas y protocolos existentes, no pudiéndosele exigir la evitación de un resultado inexorable.

Por lo tanto, en términos generales, y excluyendo por supuesto aquellas situaciones concretas en las que se pueda apreciar que se pudo objetivamente haber realizado algo más, según el estado de la ciencia en el momento de los hechos, atendiendo a los medios disponibles y a la situación desconocida propiciada por un virus nuevo y altamente expansivo, el contagio de una enfermedad, que deriva de un acontecimiento tan natural como trágico, no es jurídicamente atribuible a una persona en particular, por lo que tampoco se le pueden imputar los resultados derivados de la infección, pues tal atribución objetiva es contraria el principio penal básico de culpabilidad.

Si el profesional médico realiza su actividad en el contexto descrito, y dentro de esas características circunstanciales, hace todo lo posible por el paciente, no se colman los elementos típicos del delito especial propio que supone el tipo de denegación de asistencia sanitaria, pues la falta de acción en ciertos supuestos, en los que esta se vincula a una inexistencia de medios materiales de protección y de respuesta clínica tan inevitables como la propia enfermedad vírica y su desconocimiento, en un estado objetivo de escasez de tales medios, en absoluto le puede ser reprochable a



título personal, pues sería tanto como hacerle responder por los resultados de hechos naturales y lógicamente incontrolables por el ser humano. Si además se verifica una adecuación de la actuación del profesional a las normas y protocolos, un interés y preocupación en su desempeño a través de manifestaciones externas tales como el contacto con otros facultativos, la voluntad que se manifiesta, aun cuando no se consiga por razones inevitables, es la de luchar porque no acontezca el resultado negativo, aun cuando ya sea una realidad proyectada en el horizonte. En definitiva, concurriendo estos extremos, no solo no se integraría el tipo objetivo del injusto, sino ni tan siquiera el subjetivo, pues la voluntad exteriorizada es la de intentar resolver la situación, aunque la realidad lo impida de una forma inevitable.

c) El delito contra los derechos de los trabajadores

El delito contra los derechos de los trabajadores, que el Código Penal español tipifica en su artículo 316¹⁴, tiene por objeto el reproche penal de aquellas omisiones, realizadas por quienes tienen la obligación normativa de velar por la seguridad de los trabajadores, en la aportación de los medios de protección necesarios para que puedan desarrollar sus funciones, generando de esta forma un riesgo grave para sus bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, se trata de un delito de peligro concreto grave, que, en el caso de producir un resultado lesivo, concursará con otras modalidades delictivas. Admite la comisión dolosa e imprudente, de conformidad con el artículo 317 del Código Penal¹⁵, si bien la dimensión del elemento subjetivo de la imprudencia exigida en el tipo ha de ser grave. En el caso de la modalidad dolosa, el obligado a proporcionar los medios de protección a los trabajadores, desde su posición de garante, es consciente del peligro existente y con dicho conocimiento voluntariamente deja de proteger a quienes realizan su actividad laboral, omitiendo toda actuación con consciencia de ello. En la modalidad imprudente, el sujeto activo del delito, con su omisión, genera e incrementa un riesgo para los bienes jurídicos de los trabajadores, no siendo su voluntad determinada omitir dicha protección, pero tal y como desarrolla sus funciones de garante, asume de hecho la posibilidad de que sus trabajadores tengan un perjuicio en sus bienes jurídicos propios; esto es, no quiere provocar el peligro propio del tipo objetivo del injusto, pero asume las conse-

¹⁴ Dispone el artículo 316 del Código Penal: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

¹⁵ Establece el artículo 317 del Código Penal: «Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado».

cuencias de su deficiente actuación protectora. La responsabilidad penal puede hacerse extensiva a la persona jurídica de la que dependen los trabajadores afectados, siguiendo una cadena de mando dentro de la empresa o entidad, atendiendo al contenido del artículo 318 del Código Penal¹⁶.

Dispuestos de este modo los elementos objetivo y subjetivo del injusto, en esta modalidad delictiva resultan determinantes dos aspectos: su carácter de ley penal en blanco y su esencial dependencia del contexto en el que tiene lugar la acción u omisión en materia de protección de los trabajadores.

En cuanto al primer aspecto, la integración de la conducta típica precisa la remisión a la normativa sectorial en materia de prevención de riesgos laborales, si bien en modo alguno puede realizarse una identificación entre los incumplimientos hipotéticos en materia de prevención de riesgos laborales y el reproche penal, constituyendo ambas vías legales en una identidad que permita acudir indistintamente a una u otra. Esta posibilidad ha de quedar directamente excluida por el principio de intervención mínima o *ultima ratio* del Derecho Penal, ámbito jurídico que tendrá lugar en supuestos límite, esto es, en aquellos casos en los que se aprecie un *plus* de antijuridicidad penal que trascienda al ámbito sancionatorio que le es propio, para lo que habrá que acudir necesariamente a cada caso concreto y al examen de las precisas circunstancias en las que las omisiones de quien ostenta el deber legal de otorgar la protección a los trabajadores han tenido lugar. La gravedad de la dimensión penal se refleja en la literalidad del artículo 316 del Código Penal, que dispone que el incumplimiento sobre la protección a los trabajadores debe recaer sobre los medios *necesarios* que permitan desarrollar la actividad en condiciones de higiene *adecuadas*. Por lo tanto, no adquiere dimensión penal el hecho de que, con carácter puntual y respecto de alguna concreta obligación de prevención, esta no sea cumplida en su plenitud (cuestión que podrá ser objeto de una sanción), sino que precisará que tenga lugar una abierta dejación de tales funciones de cuidado y que esta carezca de cualquier contexto que pueda llegar a explicarla.

Es precisamente en este segundo aspecto, de índole contextual, en el que se establece el canon real del reproche penal. No es posible identificar una situación circunstancial, de partida, ordinaria, en el que el empleador debe facilitar los medios de protección a los trabajadores, evitándoles los riesgos previsibles o habituales de

¹⁶ El artículo 318 del Código Penal establece: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».



sus cometidos, a un entorno de pandemia, con escasez de medios de protección (como son, por ejemplo, los equipos de protección individual —EPIS—) derivados de una desbordante demanda. En tal contexto, el elemento relevante que llega a excluir el reproche penal es la posición proactiva del empleador, como sujeto activo del delito, quien exterioriza la voluntad de proteger a sus trabajadores, y a tal fin realiza una pluralidad de actuaciones de búsqueda de dicho material de protección, aunque por razones ajenas a su intención, y anudadas a las condiciones del mercado, no pueda obtener todo aquello que efectivamente quisiera. Si queda acreditado que esta haya sido la forma de proceder por parte del empleador, en un contexto de excepcionalidad como el ocasionado por la pandemia del coronavirus, no será jurídicamente admisible el reproche penal¹⁷.

d) El delito de prevaricación administrativa

En algunas denuncias y querellas presentadas se consideraba la concurrencia de un delito de prevaricación administrativa en la actuación del Gobierno de la Comunidad de Madrid, tipificado en el artículo 404 del Código Penal¹⁸, pero sin especificar qué resolución o resoluciones podrían tener los elementos configuradores de tal delito, esencialmente, el carácter arbitrario¹⁹, esto es, la separación del Derecho en su contenido y dictado.

¹⁷ Así lo tiene expresado la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: *«No pueden desconocerse las singulares condiciones de explosión de la pandemia ni negarse —la documentación integrada en las Diligencias Previas y de la que hemos dejado sucinta referencia así lo acredita— que la Comunidad de Madrid, a impulso de su Consejería de Sanidad, desplegó un esfuerzo de contratación, adquisición y suministro de medios de protección al personal sanitario encargado de enfrentarse al virus COVID-19, además de otros instrumentos y efectos para la atención de los pacientes. A la vista de los datos aportados, no puede hablarse por tanto de esa omisión de actuar que ha de concurrir para que se consolide el reproche penal, cuando se acredita la importación de un total de 1.610 toneladas de material sanitario y de protección individual de distinta tipología, transportadas en el período ya analizado por 22 aviones fletados por el gobierno autonómico, y teniendo en cuenta además —lo que es un hecho notorio que no necesita prueba— las dificultades que atravesó en los primeros días el mercado mundial de estos productos, ante la coincidencia en los principales focos suministradores internacionales, de multitud de países en demanda masiva de los mismos objetos y productos»* (Auto n.º 65/2020, de 16 de diciembre, FJ 6.º, Diligencias Previas 132/2020).

¹⁸ Dispone el artículo 404 del Código Penal: *«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años»*.

¹⁹ Sobre el elemento arbitrariedad en el delito de prevaricación administrativa, vid. GARCÍA PAZ, Diego, *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos*, Big Data Jurist (ISDE-Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2016).

Además de la precitada indefinición, que en sí misma determina la imposibilidad de admitir a trámite escritos iniciadores de un proceso penal en los que no se detalle el acto concreto que se considera arbitrario, sin que sea válida una atribución global o genérica de dicho carácter antijurídico a toda la actuación de gobierno en una crisis sanitaria (pues le corresponde al denunciante o querellante explicitar qué acto o actos pueden reunir esas condiciones injustas, que incluso se podrían estimar, en su caso, continuadas, pero sobre unas bases materiales, esto es, unos actos expesos, lo que no acontece y supone iniciar una causa general que en modo alguno es admisible) se ha considerado, en mera hipótesis, que la atribución de este delito en algunas denuncias y querellas lo fue con un carácter omisivo, de modo que, como quiera que en la Comunidad de Madrid se adoptó un plan de choque el día 26 de marzo de 2020, la falta de anticipación o de dictado de resoluciones equivalentes entre el día de entrada en vigor del estado de alarma en España y la precitada fecha de aprobación del plan de choque supuso un vacío de respuesta administrativa que se estima arbitrario e injusto, además de ser el causante de una serie de fallecimientos en ese ínterin en las residencias de mayores.

Dejando a salvo la cuestión de los fallecimientos, que tiene su encaje en los delitos de homicidio imprudente y de omisión del deber de socorro, en los términos ya expresados en el sentido de no colmar esos hechos los requisitos típicos de tales modalidades delictivas, el extremo referente a una presunta prevaricación omisiva no resulta, del mismo modo, ajustado a Derecho; por una parte, porque resulta notorio que, incluso con antelación a la fecha de entrada en vigor del estado de alarma en España, por la Comunidad de Madrid se adoptaron medidas precisas y activas atendiendo a la evolución que presentaba la enfermedad y, por otra parte, como ha afirmado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *«la prevaricación omisiva es de una admisibilidad excepcional, concretada solo en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelido al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio equivalga legalmente a la denegación de lo solicitado, o bien porque exista una norma que de forma obligatoria imponga la adopción de una resolución, de forma que no toda omisión de la autoridad se considera equivalente al dictado de una resolución (SSTS 82/2017, de 13 de febrero y 371/2016, de 3 de mayo), y además, en el presente caso, el plan de choque que se critica se presentó en momentos muy próximos a la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional»*²⁰.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Auto n.º 12/2021, de 26 de febrero, FJ 8.º, Diligencias Previas 255/2020.



4. La posición de la Comunidad de Madrid en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la pandemia del coronavirus en residencias de mayores y en centros sanitarios públicos

La Comunidad de Madrid, en los procesos penales que puedan resultar incoados como consecuencia de los hechos acontecidos durante el periodo crítico de la pandemia ocasionada por el coronavirus, no ostenta en Derecho una posición ajena a ellos, sino que, *ex lege*, existe un título jurídico atributivo de responsabilidad a la Administración Pública que determina su concreto estatus procesal y que puede ser reclamado en cualquier fase de la tramitación del procedimiento a solicitud de las acusaciones.

El fundamento de la referida posición de responsabilidad se encuentra en que las personas titulares de los bienes jurídicos afectados por la enfermedad, residentes en centros públicos de mayores o pacientes de hospitales públicos, se hallan bajo el cuidado de la Comunidad de Madrid, de modo que los perjuicios que puedan sufrir mientras se encuentren en dependencias de la Administración implican que esta se configure legalmente como responsable civil en los procesos penales seguidos por aquellos hechos de los que se derivan tales perjuicios.

La responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad de Madrid en los procesos penales tiene una doble dimensión: de base civil y con implicaciones penales desde dos perspectivas.

Civilmente, la Administración, respecto de los residentes o pacientes de centros públicos se erige en guardadora de hecho²¹ respecto de ellos, esto es, en garante *de facto* de la preservación de sus bienes jurídicos ante las contingencias que sobrevengan en tanto presta el servicio público a los usuarios de sus centros, en los que residen o reciben el correspondiente tratamiento médico. La consideración, como pre-

²¹ La figura jurídica de la guarda de hecho se encontraba regulada en el artículo 303 del Código Civil, que ha sido derogado, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A partir de dicha fecha, se encuentra regulada en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, conforme al cual: «1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.»

suntamente delictivo, del hecho que causa el daño al residente o paciente, implica tanto el ejercicio de la acción penal frente a las personas concretas que con su acción u omisión ocasionan o participan causalmente en la producción de ese resultado, como el posible ejercicio de la acción civil al objeto de reparar, resarcir o indemnizar el daño causado²², siendo esta la consecuencia civil que la Administración Pública debe afrontar en el procedimiento, tras los penalmente acusados y, en su caso, a continuación de la correspondiente compañía aseguradora cuya póliza la Administración haya suscrito para afrontar dichas responsabilidades.

Desde el prisma jurídico-penal, la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración Pública queda legalmente configurada en dos parámetros: de carácter locativo y de naturaleza personal. En relación con el primero, si los hechos tienen lugar en dependencias de la Administración, de las que sea titular, y sus empleados o funcionarios son investigados por quebrantar las normas que rigen el deber objetivo de cuidado establecidas por la Administración, se genera la primera dimensión de la responsabilidad civil derivada del delito²³, que se complementa con la legal e inmediata atribución de dicha responsabilidad civil subsidiaria a la Administración Pública cuando la acción u omisión procede de una autoridad, empleado o funcionario de la misma, de conformidad con el relevante artículo 121 del Código Penal²⁴.

En definitiva, la posición procesal de la Comunidad de Madrid como responsable civil subsidiaria en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la

²² Dispone el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*».

²³ Así, dispone el artículo 120.3 del Código Penal: «*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º) Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción*».

²⁴ El artículo 121 del Código Penal establece: «*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.*»



pandemia ocasionada por el coronavirus en residencias de mayores y hospitales públicos se configura por imperativo de la ley, al concurrir en la Administración Pública los presupuestos de titularidad sobre los establecimientos, prestación del servicio público y actividad u omisión de sus autoridades, funcionarios o empleados, que desencadenan el resultado lesivo objeto de investigación judicial. Cumplidos los referidos predisponentes, la Administración Pública puede ser llamada al procedimiento en esa condición procesal a propuesta de las acusaciones personadas en cualquier momento, sin que su rol procesal sea susceptible de discusión, al originarse inmediatamente en la ley, quedando solo subordinado su llamamiento al impulso acusatorio, existiendo supuestos en los que en las propias denuncias o querrelas ya consta *ab initio* el llamamiento del representante legal de la Administración o entidad pública competente en materia de servicios sociales o sanitarios en calidad de responsable civil subsidiario²⁵, o bien la atribución de dicha responsabilidad civil puede producirse más tarde, en el momento en que el que se confirme la existencia de indicios de criminalidad, lo que tiene lugar con el fin de la investigación y el pase a la fase intermedia, por medio del auto de transformación en procedimiento abreviado.

5. El conflicto de intereses entre los propios de la Comunidad de Madrid y los de las autoridades, empleados y funcionarios públicos, investigados en procedimientos penales por hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus con perjuicio a residentes o pacientes de centros públicos, y que interesen la asistencia a título particular del Letrado de la Comunidad de Madrid

En conexión con la posición jurídica de la Comunidad de Madrid como responsable civil subsidiaria en aquellos supuestos en los que técnicamente sea viable la incoación del proceso penal por hechos acontecidos en residencias de mayores y

²⁵ De forma ciertamente excepcional y aislada, dentro de la casuística, se ha podido observar algún supuesto de llamamiento *ab initio* de la Administración al procedimiento con la figura jurídica de querrelada/investigada, lo que no resulta ajustado a Derecho, al contravenir el artículo 31 quinquies del Código Penal, conforme al cual: «Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas». Esta situación, una vez advertida por el Letrado de la Comunidad de Madrid con ocasión del propio escrito de personación en el procedimiento, solicitando la corrección del rol procesal de la Administración, que ha de ostentar la condición de responsable civil subsidiaria, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, es rectificada por el Juzgado sin mayor litigiosidad.

centros sanitarios públicos, cuando un empleado público, funcionario o autoridad de la Comunidad de Madrid resulte formalmente investigado en tales procedimientos, existe la posibilidad de que solicite la asistencia del Letrado de la Comunidad de Madrid para que lo represente y defienda en ese procedimiento.

No obstante, así como existe el derecho del empleado público, funcionario o autoridad a solicitar (esto es, a incoar) un expediente de asistencia letrada por parte de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, no existe el mismo derecho a obtener en todo caso la referida asistencia, pues el procedimiento administrativo a tal fin puede concluir con una resolución otorgando o denegando la asistencia letrada, en el caso de concurrir, o no hacerlo, respectivamente, una serie de estrictos requisitos de índole formal y material, siendo de especial relevancia la apreciación de la no concurrencia del conflicto de intereses entre los propios del solicitante de la asistencia letrada y los de la Comunidad de Madrid.

El artículo 2.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid²⁶, en el que contempla la posibilidad de prestar asistencia letrada por parte de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid a empleados públicos, funcionarios y autoridades de la Administración Regional Madrileña, tiene el carácter de norma jurídica excepcional, de modo que solo si el interés del solicitante es el mismo y no se contradice con el propio de la Comunidad de Madrid podrá otorgarse. Debe subrayarse que la no concurrencia del conflicto de intereses es un requisito material elevado a rango legal, esto es, el mayor posible, de modo que la contravención de dicha previsión, materializada en un hipotético otorgamiento de asistencia letrada en el caso de existir conflicto de intereses implica la ilegalidad (desde variados ámbitos jurídicos) de la actuación administrativa que así lo resuelva, con graves implicaciones.

²⁶ En el referido precepto se dispone: *“A propuesta del titular de la Consejería o del centro directivo del que dependa o sea titular la autoridad, funcionario o empleado afectado, el Director general de los Servicios Jurídicos podrá autorizar que los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad, sus organismos y entidades en procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, siempre que exista coincidencia de intereses.*

Queda a salvo, en todo caso, el derecho de la autoridad, funcionario o empleado de encomendar su representación y defensa a los profesionales que estime más conveniente.»

En el mismo sentido, el artículo 31.3 del Decreto 105/2018, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, dispone: *«La habilitación se entenderá siempre subordinada a su compatibilidad con la defensa de los derechos e intereses generales de la Comunidad de Madrid, organismo o entidad correspondiente y, en particular, de los que estén en discusión en el mismo proceso.»*



La posición de guarda que la Comunidad de Madrid objetiva y legalmente ostenta respecto de una persona mayor residente en un centro público, o de un paciente en un centro sanitario público, incluso respecto de sus trabajadores, que vean afectada su vida o su salud, por unos hechos presuntamente acontecidos mientras estuvo en sus dependencias, bajo su cuidado, y siendo así que la Administración regional madrileña ha de velar por sus bienes de conformidad con la normativa aplicable, implica la concurrencia de un inmediato conflicto de intereses entre los propios del interesado en la asistencia letrada y los de la Comunidad de Madrid, al existir una duplicidad de tales intereses: de una parte los propios de la persona mayor residente, del paciente o trabajador (que la Comunidad de Madrid hace suyos por imperativo de la ley al ser su guardadora de hecho, asumiendo así una preferente posición procesal de responsabilidad civil) y por otra los del interesado, que resulta formalmente investigado por unos hechos u omisiones a los que se les reprocha judicialmente ser la causa eficiente o el detonante del resultado antijurídico, del daño ocasionado sobre los bienes de aquellas personas por las que la Administración debe velar y jurídicamente responde; de este modo, la imposibilidad de asumir en el procedimiento una posición procesal ambivalente o dual, defendiendo al mismo tiempo el interés de la Comunidad de Madrid, que es el de los residentes, pacientes o trabajadores afectados, y el de la autoridad, funcionario o empleado público, al que se le imputa la acción u omisión lesiva sobre los bienes jurídicos de los que la Administración Pública responde, determina la inviabilidad de otorgar la asistencia letrada. Ello, no obstante, no significa que se anticipe un juicio de culpabilidad en el solicitante al denegar la asistencia letrada, pues ese extremo debe esclarecerse en el procedimiento penal y por el órgano jurisdiccional exclusivamente, como órgano competente y decisor; únicamente expresa que, ante la concurrencia de dos intereses contradictorios, la ley impone que siempre debe prevalecer la defensa y representación de la Comunidad de Madrid en exclusiva: tanto de sus propios bienes jurídicos como de aquellos que hace suyos al ser de su responsabilidad.

La exégesis sistemática de los preceptos aplicables implica que la posición procesal y sustantiva de la Comunidad de Madrid en el proceso penal es, única y exclusivamente, la de responsable civil respecto de los mayores, pacientes o trabajadores que se encuentran bajo su cuidado, erigiéndose en garante de sus bienes jurídicos, siendo dicha protección, atribuida por la ley a la Comunidad de Madrid, el interés prioritario de la misma, desde todas las perspectivas, e incompatible con la defensa de otro cualquier interés distinto. El interés de la Comunidad de Madrid coincide exclusivamente y se identifica *ex lege* con el del mayor, paciente o trabajador bajo su cuidado, por lo que únicamente puede representar y defender dicho interés. Si el procedimiento se sigue por un presunto daño causado a un tercero (el mayor residente, el paciente o el trabajador) que no es ajeno a la Administración regional

madrileña, sino que, en virtud del vínculo jurídico existente, esta responde por él, coincidiendo sus intereses, el Letrado de la Comunidad de Madrid única y exclusivamente puede actuar, por así imponerlo la normativa expuesta, en representación y defensa de la Administración Pública desde esa posición, y en ningún caso al mismo tiempo en nombre de quien, en estrictos términos jurídico-penales, resulta ser indiciariamente responsable de causar ese daño, dada su condición de investigado.

6. Conclusión

El examen jurídico de las diversas circunstancias que han caracterizado al ejercicio de la acción penal en relación con los hechos acontecidos en los centros residenciales y sanitarios de la Comunidad de Madrid lleva a estimar que, con carácter general, el recurso a la vía penal para su valoración en Derecho resulta inidóneo.

Esto es así por tratarse de un ámbito que, atendiendo a su propia naturaleza, descarta directamente ser empleado como el camino ordinario para la exigencia de responsabilidades jurídicas, pues se rige por el principio de *ultima ratio*; sin embargo, han sido muy numerosas las denuncias y querellas presentadas por estos hechos, de las cuales, solo una mínima parte ha dado lugar a la apertura de procedimientos penales.

Además, y con mayor relevancia, en este contexto, los escritos iniciadores han adolecido de defectos técnicos que las altas instancias judiciales han puesto de manifiesto constantemente en sus resoluciones de inadmisión: desde la inconcreción de los hechos; la presentación de críticas a la gestión de la crisis sanitaria como si se tratara de hechos punibles; la falta de identificación de las víctimas concretas; la carencia de una exposición clara de la relación de causalidad; la pretensión de iniciar pesquisas generales o investigaciones prospectivas; hasta el recurso a la responsabilidad exclusivamente por el cargo, pretendiendo iniciar la investigación por el que debería ser su final si así procediera, o la presentación de denuncias y querellas ante órganos incompetentes al dirigirse frente a no aforados y aforados en unidad de acto, entre otros.

En efecto, puede comprobarse que los contados procesos penales que se han incoado lo son en cuanto a hechos muy claros, puntuales, en relación con la forma de proceder respecto de residentes o pacientes concretos y atendiendo a la forma en la que los profesionales precisos que ejercían sus funciones sanitarias y de cuidado de esas personas actuaron respecto de ellos; en definitiva, prescindiendo de abrir investigaciones generales y circunscribiendo el procedimiento a la consideración so-



bre si, en un contexto excepcional como ha sido el pandémico, quienes ejercieron funciones decisorias sobre el tratamiento y derivación de los residentes actuaron de acuerdo con la *lex artis* de su profesión e hicieron todo lo posible, en el marco de una situación de calamidad y escasez, por salvar la vida y la salud de los residentes que, desgraciadamente, fallecieron. Estas resultan ser las premisas adecuadas para la apertura de un proceso penal, con independencia de la resolución del mismo.

Los trágicos hechos acontecidos en el año 2020 han servido para esclarecer la dimensión y aplicabilidad a ellos del Derecho Penal, en el que ha sido un aprendizaje permanente sobre la forma de proceder desde el ejercicio de esta rama del Derecho en una situación social y humana que ha causado un dolor inenarrable, y que, más allá del desarrollo del conocimiento técnico y de la experiencia profesional en la materia jurídica que ha supuesto, debe quedar solo en la historia y en el recuerdo, con la esperanza de que no vuelva a producirse.

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes (1996). *Derecho Penal Parte General* (2.ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.

GARCÍA PAZ, Diego (2016). *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos*. Big Data Jurist (ISDE-Difusión Jurídica y Temas de Actualidad).