

EL DERECHO PENAL ANTE EL COVID-19. A PROPÓSITO DEL DEROGADO DELITO DE PROPAGACIÓN MALICIOSA DE ENFERMEDADES

CRIMINAL LAW IN RELATION TO COVID-19. REGARDING THE REPEALED CRIME OF MALICIOUS SPREAD OF DISEASES

Cristian Sánchez Benítez
Profesor de Derecho penal
Universidad de Cádiz (España)

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2021.

Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2022.

RESUMEN

En este trabajo se someterá a un breve examen el derogado delito de propagación maliciosa de enfermedades, que conforme al Código penal de 1944 se sancionaba con la pena de prisión menor de seis meses a seis años. Se justifica dicho examen por la propagación en 2020 del virus conocido como Covid-19, que hasta el momento ha causado la muerte de más de cinco millones de personas en todo el mundo. En España, donde el virus ha tenido una incidencia muy relevante, se ha sugerido el posible castigo de su transmisión intencionada como un delito contra la salud pública, pese a que el Código penal vigente no contenga referencia alguna en tal sentido. De este modo, en este trabajo se analizará el artículo 348 bis del Código penal de 1944 y se valorará la posibilidad de introducir un precepto similar en el Código penal vigente.

ABSTRACT

In this work, the repealed crime of malicious propagation of diseases will be subjected to a brief examination, which according to the Criminal Code of 1944 was punishable by imprisonment from six months to six years. This work is justified by the propagation in 2020 of the virus known as Covid-19, which so far has caused the death of more than five million people around the world. In Spain, where the virus has had a very relevant incidence, the possible punishment of its intentional transmission has been suggested as a crime against public health, despite the fact that the current Criminal Code does not contain any reference in this regard. Thus, in this work article 348 bis of the Criminal Code of 1944 will be analysed and the possibility of introducing a similar provision in the current Criminal Code will be assessed.

PALABRAS CLAVE

Covid-19, coronavirus, propagación, enfermedad, salud pública

KEYWORDS

Covid-19, coronavirus, spread, disease, public health

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. ARTÍCULO 348 BIS DEL CÓDIGO PENAL DE 1944. 3. III. ¿ES NECESARIO INTRODUCIR UN PRECEPTO SEMEJANTE EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE?. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. ARTICLE 348 BIS OF THE CRIMINAL CODE OF 1944. 3. III. IS IT NECESSARY TO INTRODUCE A SIMILAR PRECEPT IN THE CURRENT CRIMINAL CODE? 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2020 padecimos una de las mayores pandemias de la historia reciente. El origen, un virus llamado Covid-19 que se propagó primero en China a finales de 2019 y que durante los primeros meses de 2020 consiguió penetrar en prácticamente todos los rincones del mundo, infectando en el momento en el que escribo este trabajo [12 de noviembre de 2021], al menos, a 249.906.905 personas y provocando la muerte de 5.049.976¹.

Por fortuna, las restricciones y medidas que han empleado los gobiernos para frenar la cadena de contagios, los espectaculares avances científicos que han permitido desarrollar vacunas eficaces en tiempo récord, la encomiable labor del personal médico y más recientemente las campañas de vacunación que aquellos han venido implementando en los últimos meses han conseguido frenar el número escandaloso de muertes y reducir los contagios.

Sin embargo, en los meses de octubre y noviembre de 2021 se oyeron voces que alertaban de la llegada de una sexta ola, causada en buena medida por una nueva variante denominada Omicron, que al parecer es notablemente contagiosa. El aumento de la incidencia del virus en estos meses en otros países cercanos como Reino Unido o Alemania vaticinó lo que unas semanas más tarde pasaría en España, un incremento espectacular de contagios que se viene produciendo a lo largo del mes de diciembre de 2021.

1 Sobre ello, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 12 de noviembre de 2021):
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060>

Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, a 29 de diciembre de 2021, la incidencia acumulada a catorce días se sitúa en el conjunto del Estado en 1.508,39 por cada 100.000 habitantes².

La recuperación de la normalidad absoluta, de retornar, será lenta. Si las vacunas no llegan a los países del tercer mundo, es de esperar que surjan nuevas variantes. Al respecto, recuérdese que la variante Omicron surgió en Sudáfrica.

Y ello porque como señalan los expertos, “no tenemos suficientes personas con inmunidad, lo que permite que el virus siga encontrando hogar en seres humanos que funcionen como sus fábricas virales para producir más partículas virales, y eso significa más variantes. La única forma de romper ese ciclo es vacunar a los seres humanos en una tasa mucho más alta que la que tenemos hoy en todo el mundo”³.

Desde el inicio de la pandemia, fundamentalmente a raíz de la propagación del virus por Europa, que comenzó en Italia en febrero de 2020, se ha asistido a un bombardeo diario de informaciones relativas a aquella, bombardeo absolutamente justificado si se toma en consideración la repercusión tremenda que el virus ha tenido y sigue teniendo en nuestras vidas.

Una parte de esa atención mediática que viene recibiendo todo lo vinculado con la pandemia se ha centrado en informaciones relacionadas con el fenómeno criminal. Así, se han conocido a través de los medios de comunicación casos de desobediencia a la autoridad por parte de ciudadanos irresponsables que desobedecían las medidas de confinamiento y cuarentena, excesos policiales, querellas contra responsables políticos y funcionarios públicos por supuestos delitos relacionados con las decisiones adoptadas en relación con la pandemia, entre otros casos.

Como muestra, se pueden citar tres casos que adquirieron una importante repercusión mediática: varios agentes de Policía están siendo investigados por allanamientos de morada⁴, un cargo de la Administración por varios delitos de detención

² Al respecto, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 30 de diciembre de 2021):
<https://www.rtve.es/noticias/20211229/mapa-del-coronavirus-espana/2004681.shtml>

³ Así se expresaba John Swartzberg, profesor emérito de la cátedra de enfermedades infecciosas y vacunación de la Universidad de California en Berkeley (EEUU.), recientemente en una entrevista. Sobre ello, véase el siguiente enlace (última consulta: el 27 de diciembre de 2021):
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-59689841>

⁴ Hace unos meses se difundió un vídeo en el que se apreciaba a unos agentes de la Policía Nacional destrozando la puerta de un domicilio en el que se celebraba una fiesta ilegal y entrando en aquel para identificar y sancionar a los asistentes. Recientemente se conoció que estos agentes fueron, como era previsible, investigados como autores de un delito de allanamiento de morada. Al respecto, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 12 de noviembre de 2021):
https://www.eldiario.es/sociedad/ultima-hora-coronavirus-actualidad-politica-1-de-septiembre_6_8262122_1076479.html

ilegal⁵ y un sujeto se dedicó a toser y escupir a personas y alimentos de un supermercado para intentar contagiar el virus⁶.

También en relación con esto, se ha llegado a sugerir en medios y redes sociales que la transmisión intencionada del virus sería constitutiva de un delito contra la salud pública. Sin embargo, la realidad es que el Código penal actual no contiene precepto alguno que permita castigar estas conductas como un delito contra la salud pública. En todo caso, cabrá castigar su resultado como un delito doloso o imprudente (según el caso) de lesiones u homicidio, siempre que causalmente aquel resultado pueda ser imputado a la enfermedad.

Y decimos el Código penal actual porque en varios periodos históricos sí que se contempló como delito la propagación intencionada de enfermedades. Igualmente, otros Códigos penales extranjeros prevén actual y expresamente el castigo penal de estas conductas.

Así, el artículo 202 del texto penal argentino castiga con reclusión o prisión de tres a quince años al que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas y el artículo 203, cuando la conducta se cometiera imprudentemente (por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo), prevé la pena de multa de cinco mil a cien mil pesos; y prisión de seis meses a cinco años si la propagación tuviere como resultado enfermedad o muerte.

Por su parte, el artículo 205 prevé la pena de prisión de seis meses a dos años para el que viole las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

En Colombia, el artículo 369 del Código penal sanciona al que propague epidemia con la pena de prisión de cuatro a diez años.

En Uruguay, en los primeros meses de 2020, en los inicios de la pandemia, se propuso una modificación del artículo 224 de su Código penal, que actualmente sanciona al que mediante violación a las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causare daño a la salud humana o animal, con la pena de entre tres y veinticuatro meses de prisión. Asimismo, se indica que será circunstancia agravante especial de este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional.

⁵ En julio de 2020 se conoció que la directora general de Salud Pública de Baleares resultó investigada por ordenar el confinamiento de un grupo numeroso de jóvenes en un hotel de Mallorca al ser contactos estrechos de varios contagiados. Sobre ello, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 12 de noviembre de 2021):

https://www.eldiario.es/sociedad/ultima-hora-coronavirus-actualidad-politica-20-julio_6_8151833_1074556.html

⁶ En marzo de 2020 un sujeto fue detenido y enviado a prisión (provisional) por incumplir reiteradamente las medidas de confinamiento y escupir y toser a otras personas en un supermercado. Al respecto, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 12 de noviembre de 2021):

<https://www.20minutos.es/noticia/4202220/0/coronavirus-prision-por-incumplir-el-confinamiento-en-reus-y-toser-y-escupir-sobre-personas/>

La modificación, que por el momento no ha sido aprobada⁷, planteaba convertir el tipo en un delito de peligro concreto, introduciendo la siguiente redacción:

“El que mediante violación de disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para evitar la introducción al país o la propagación en su territorio de una enfermedad epidémica o contagiosa de cualquier naturaleza, pusiere en peligro efectivo la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión”.

Además, se añade que “la aplicación del máximo de la pena referida estará especialmente justificada cuando la violación de las disposiciones se produjere durante la vigencia de un estado de emergencia sanitaria declarado por las autoridades competentes”⁸.

En Chile, en virtud de la Ley número 21.240, de 20 de junio de 2020, en plena pandemia, fueron introducidos dos nuevos artículos (318 bis y 318 ter) en el Código penal. El primero, para castigar al que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Por su parte, el artículo 318 ter sanciona al que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria, con presidio menor en sus grados mínimo a medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir.

No obstante, ya con anterioridad el artículo 318 castigaba la puesta en peligro de la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales⁹.

Posteriormente, en México, en febrero de 2021, una diputada del Grupo Parlamentario del histórico Partido Revolucionario Institucional, Ximena Puente de la

⁷ Sobre el estado en que se encuentra la propuesta, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 20 de diciembre de 2021): https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145769/ficha_completa

⁸ Sobre ello, críticamente, véase en extenso el trabajo de PISCIOTTANO (Pisciottano, 2021).

⁹ La Ley número 21.240 también modificó dicho artículo, sustituyendo dos expresiones del párrafo primero y añadiendo dos nuevos párrafos. La redacción vigente es la siguiente:

Artículo 318 del Código penal chileno:

“El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado”.

Mora, solicitó la introducción de un nuevo párrafo (cuarto) al artículo 199 bis del Código penal federal¹⁰ para criminalizar como delito contra la salud el contagio doloso de enfermedad grave en periodo infectante, limitando el ámbito de aplicación temporal a periodos decretados como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor decretados por el Consejo de Salubridad establecido, sancionándolo con la pena de uno a cuatro años de prisión.

La iniciativa no fue aprobada, si bien en virtud del artículo 199 bis vigente ya era y es posible castigar penalmente el contagio doloso (y el peligro de contagio) del coronavirus¹¹, como la propia diputada expuso en la Exposición de Motivos de su propuesta¹².

En Europa, el artículo 438 del Código penal italiano castiga con la pena de cadena perpetua (ergastolo) la causación de una epidemia mediante la propagación de gérmenes patógenos.

Respecto del caso español, como advirtió en 1996 el profesor ARROYO ZAPATERO (Arroyo Zapatero, 1996, pp. 2 y ss.), el primer Código penal, el de 1822, castigaba en su artículo 378 como un delito contra la salud pública del Título IV la introducción o propagación de enfermedades contagiosas o efectos contagiosos, el quebranto de las cuarentenas o la evasión de los lazaretos (hospitales en los que en épocas pasadas se trataban enfermedades contagiosas como la tuberculosis), si bien se previó que las penas a imponer se establecieran en un reglamento respectivo posterior.

¹⁰ Recuérdese que en México, además del Código penal federal, aplicable al conjunto de la nación, cada Estado federado posee competencias en materia penal, de manera que en cada Estado federado hay un Código penal aplicable a su territorio.

¹¹ El artículo 199 bis castiga el al que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, con la pena de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión y cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido. Atendiendo a que el tipo no se limita a enfermedades venéreas, sino que contempla además el castigo del contagio (e incluso el peligro de contagio) de otra enfermedad grave y por cualquier medio, es posible acudir a este artículo para sancionar penalmente conductas dolosas de contagio e incluso de tentativa de contagio. Sobre ello, véase el siguiente enlace, en el que se alude a un aumento de las investigaciones por este delito durante 2020, aumento que podría deberse a casos de contagio de coronavirus. Se indica que “en 2020, la fiscalía de la capital abrió 78 investigaciones por peligro de contagio y ya suman 52 este año, según datos oficiales que no precisan qué enfermedad motivó las querellas. Pero comparadas con las nueve denuncias de 2018 y las 12 de 2019, el impacto del coronavirus resulta evidente” (última consulta, el 28 de diciembre de 2021): <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210728-tener-el-vih-o-el-coronavirus-puede-llevar-a-la-c%C3%A1rcel-en-ciudad-de-m%C3%A9xico>

¹² Exposición de motivos de la Iniciativa citada: “Actualmente nuestra legislación penal sí contempla mecanismos puntuales para castigar de manera proporcional la transmisión dolosa de enfermedades graves, venéreas o de otro tipo; el tipo penal del que estamos hablando se encuentra previsto en el artículo 199-Bis del Código Penal Federal (...) Si bien es cierto que se contempla el supuesto jurídico para castigar el peligro de contagio, reafirmamos que hoy, durante momentos difíciles y de necesidad del sumo esfuerzo por parte de diferentes sectores e instituciones, tanto privadas como públicas, es necesario ajustar y adecuar las leyes penales al tiempo y espacio actual, así como a las necesidades que hoy exige la ciudadanía y la búsqueda del bien común, por lo que proponemos que se modifique el texto actual del citado artículo para que, durante tiempos de emergencia sanitaria decretada, aquel o aquella que actúe de forma dolosa y busque infectar a las y los ciudadanos, sea acreedor a una sanción, proporcional y acorde a las circunstancias y el efecto que causen sus acciones”.

El precepto desapareció de los Códigos penales de 1848 y 1870 y no fue hasta la aprobación del Código penal de 1928 cuando se introdujo un tipo similar al sancionar en su artículo 549 también como un delito contra la salud pública del Título VIII la propagación maliciosa de una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas con la pena de reclusión de seis meses a cuatro años.

Este Código fue declarado nulo tras la proclamación de la Segunda República española, que recuperó y actualizó el viejo Código de 1870 y no fue hasta 1958, mediante Ley de 24 de abril de reforma del Código penal de 1944, cuando retornó al ordenamiento penal español el delito de propagación maliciosa de enfermedades en el artículo 348 bis, delito que se mantuvo con idéntica redacción en el Código penal de 1973.

Este artículo incluía un tipo básico que penaba con la pena de prisión menor (seis meses a seis años) al que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas y un tipo agravado que permitía (facultativamente) imponer al Tribunal la pena superior inmediata (de seis a doce años) en función de tres parámetros. El grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañase.

Además, se incluía una cláusula concursal al disponer que la pena podría imponerse sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyere delito más grave.

El legislador de 1995 se abstuvo de introducir un precepto semejante, por lo que actualmente nuestro Código penal carece de un delito que castigue, con independencia de las lesiones en que se concrete, la mera transmisión dolosa o imprudente de una enfermedad.

Por todo ello, en este trabajo se someterá a examen el artículo 348 bis de los Códigos penales de 1944 y 1973 y se valorará la posibilidad de introducir un precepto similar en el Código penal vigente.

2. ARTÍCULO 348 BIS DEL CÓDIGO PENAL DE 1944

El Artículo 348 bis fue introducido por la Ley de 24 de abril de 1958. MUÑOZ CONDE lo calificaba como un “extraño precepto” y señalaba que tenía su origen en la preocupación que existía desde principios del siglo XX por el contagio de enfermedades venéreas como la sífilis o las blenorragias (Muñoz Conde, 1983, p. 432).

El delito se estructuraba sobre la base de un tipo básico, un tipo cualificado y una cláusula concursal.

Respecto del tipo básico, el núcleo de la acción típica venía constituido por el verbo típico propagar, como sinónimo de transmitir. La acción típica consistía de este modo en transmitir a otra u otras personas una enfermedad, que obviamente había de ser contagiosa, ya que no todas lo son. Por ejemplo, un virus es una enfermedad contagiosa, pero un tumor no.

El verbo propagar parecía exigir que esa transmisión se realizara a una pluralidad de personas, no bastando para ello el contagio de una sola persona (Rodríguez Devesa, 1983, p. 1038). Las definiciones del verbo propagar contenidas en el diccionario de la Real Academia Española apuntan en tal sentido.

Por tanto, aunque la intención del legislador del 58 fuese preeminentemente sancionar penalmente la transmisión individualizada de la enfermedad, esto es, que el contagio de una sola persona fuese suficiente para aplicar el precepto (las enfermedades sexuales se transmiten de manera individualizada), el empleo del verbo propagar parecía dificultar tal entendimiento. Por ello, habría sido más adecuado el empleo de otro verbo como transmitir.

Igualmente, el tipo no exigía que la transmisión fuese directa o interpersonal, cabiendo por tanto formas de transmisión indirecta como el uso de animales u objetos o a través de la liberación “gérmenes patógenos puros” (Muñoz Conde, 1983, p. 432). De este modo, el sujeto activo no necesariamente debía padecer la enfermedad. Se trataba por tanto de un delito común, no requiriendo el tipo que el sujeto activo fuese portador de la enfermedad contagiosa.

Por otra parte, se concebía el delito como de resultado, sin que se exigiese lesión alguna. Esto es, bastaba para consumir el tipo que la conducta maliciosa tuviera como resultado el contagio de la enfermedad en la víctima. Contraer la enfermedad no implica automáticamente padecer una lesión.

En el caso del Covid-19, muchas personas que lo han venido contrayendo han resultado ser asintomáticas. Configurándose el delito como un tipo resultativo no en relación con la lesión sino con el efectivo contagio de la enfermedad, era posible apreciar la tentativa. Esto es, cuando el sujeto intentase transmitir la enfermedad contagiosa, por ejemplo, tosiendo o escupiendo a la cara a otra persona, pero aquella finalmente no fuese contagiada. Si el sujeto no está contagiado, se estará ante una tentativa inidónea.

En cuanto al tipo subjetivo, la doctrina coincide en que solo cabía castigar la conducta cuando hubiese dolo directo, puesto que el empleo del adverbio “maliciosamente” excluiría el dolo eventual (Boix Reig, 1987, p. 382; Muñoz Conde, 1983, p. 432; Rodríguez Devesa, 1983, p. 1038). Este vocablo dificultaba la aplicación del tipo, como ponía de manifiesto BOIX REIG (Boix Reig, 1987, p. 381). Como añadía RODRÍGUEZ DEVESA, el término alejaba al derecho de la realidad, “donde, por lo común, la transmisión reviste las formas de culpabilidad que expresamente han sido erradicadas del tipo” (Rodríguez Devesa, 1983, p. 1038). En este sentido, destacaba el profesor ARROYO ZAPATERO la inaplicación práctica del precepto durante su vigencia y la descalificación doctrinal generalizada que recibió (Arroyo Zapatero, 1996, p. 4). Respecto de la inaplicación, afirma BOIX REIG que la propia estructura típica del precepto provocó su inoperatividad (Boix Reig, 1987, p. 381).

El tipo agravado se aplicaría en función de tres parámetros imprecisos: el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañase. En estos casos, el Tribunal podía imponer la pena de seis a doce años de prisión, un marco penal quizá algo desproporcionado. Entendía BOIX REIG que el Juez, para aplicar ese tipo agravado debía tomar en consideración el “incremento del peligro para el bien jurídico protegido”, que no era otro que la salud pública (Boix Reig, 1987, p. 383).

Además, el artículo analizado in fine añadía una cláusula concursal al disponer que las penas previstas podían imponerse sin perjuicio de castigar el hecho como

correspondiera si constituyere delito más grave, como un delito de lesiones o de homicidio.

Para RODRÍGUEZ DEVESA, la cláusula obligaba a aplicar el concurso de delitos (Rodríguez Devesa, 1983, p. 1038), pero para MUÑOZ CONDE, carecía de sentido admitir el concurso [de delitos] en los supuestos en los que con la transmisión se produjera una lesión o un homicidio, ya que en estos casos el artículo 348 bis se convertía en una modalidad ejecutiva de los resultados lesivos sin sustantividad propia (Muñoz Conde, 1983, pp. 432-433).

En un sentido similar, BOIX REIG sostenía que cuando se produjesen lesiones habría que acudir al delito de lesiones [concurso de leyes], restringiendo el ámbito de aplicación del artículo 348 bis a los supuestos de peligro concreto (Boix Reig, 1987, p. 382).

También MUÑOZ CUESTA parece decantarse por el concurso de leyes al sostener que “si se causaba el atentado a la salud o la muerte y tenía una pena más grave, se aplicaban estos delitos” (Muñoz Cuesta, 2020, pág. 2).

Aunque no es el objetivo de este trabajo la realización de un minucioso análisis dogmático del tipo (porque su sencilla estructura típica tampoco da para un examen exhaustivo y porque carece de sentido dedicar el grueso del trabajo a ello, al ser un precepto derogado), conviene precisar que, en mi opinión, con dicha cláusula se trataba de excluir la regla del concurso ideal de delitos prevista en el artículo 164 del texto penal, promoviendo así el castigo acumulativo de ambas conductas.

Aquel precepto disponía que cuando un mismo hecho constituyera dos o más delitos o faltas (...) solo se aplicaría la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados, o la pena inmediatamente superior en el grado que ese estimase procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pudiera ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiente.

3. ¿ES NECESARIO INTRODUCIR UN PRECEPTO SEMEJANTE EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE?

Como se ha podido comprobar, el delito analizado presentaba varios elementos susceptibles de mejora. El verbo típico empleado no era el más indicado, porque implícitamente parecía exigir que la transmisión de la enfermedad se produjera a una pluralidad de personas. Por ello, habría sido aconsejable sustituir ese verbo por otro similar, preferiblemente, por el verbo transmitir.

En segundo lugar, como señaló la doctrina citada supra, el adverbio “maliciosamente” dificultaba su operatividad práctica, al descartar el dolo eventual, más común que el dolo directo en la casuística. Tampoco se contenía una modalidad imprudente. Estas ausencias obstaculizaban enormemente su aplicación.

En tercer lugar, el tipo agravado, además de su penalidad quizá excesiva (de seis a doce años) –si bien los supuestos de transmisión de enfermedades tan graves como el VIH pueden justificar una penalidad como la prevista–, se basaba en elementos imprecisos y de tintes moralizantes, como la circunstancia relativa a la “especial perversidad” del autor.

Por último, la cláusula concursal tampoco resultaba satisfactoria, en la medida en que el homicidio o las lesiones derivadas de la propagación abarcarían todo el desvalor, por lo que el castigo de manera separada de la propagación y del resultado concretado en la lesión o en la muerte del sujeto pasivo podría lesionar el principio non bis in ídem (Muñoz Conde, 1983, p. 433).

Sin embargo, el Covid-19 ha provocado que en ciertos sectores se haya retomado el interés en la criminalización de las conductas de transmisión de enfermedades contagiosas, de la misma manera que el VIH reavivó idéntico debate en los años noventa, como en su momento puso de manifiesto ARROYO ZAPATERO (Arroyo Zapatero, 1996, p. 1).

Así, recientemente se ha indicado en medios de comunicación y redes sociales de forma imprecisa que las conductas de propagación (incluso imprudente) del Covid-19 constituirían delitos contra la salud pública¹³, generando cierto debate en determinados ámbitos extramuros de la academia respecto de la necesidad de incorporar un delito como el examinado en este trabajo.

En favor de incorporar un tipo similar al 348 bis, si bien “debidamente actualizado”, complementado con una modalidad imprudente que sea “constitutiva de infracción administrativa”, como “una forma más proporcionada de articular la intervención penal que la desobediencia a la autoridad”, se pronuncia NIETO MARTÍN (Nieto Martín, 2020). En mi opinión, dicha incorporación no se justificaría por dos motivos:

Primeramente, porque aun con la incidencia notable que el Covid-19 ha tenido en España, más allá de alguna información como la citada supra y relativa al tipo que tosía y escupía a otras personas y alimentos de un supermercado, no se ha tenido conocimiento de que un número importante de personas haya propagado (o intentado propagar) intencionadamente el Covid-19, circunstancia que podría de alguna manera justificar la introducción de un nuevo precepto similar al estudiado con una finalidad principalmente simbólica.

En segundo lugar, porque de haberse dado esta problemática, las conductas de transmisión dolosa de una enfermedad pueden ser reconducidas al delito de lesiones de los artículos 147 y siguientes del Código penal¹⁴ o al de homicidio de los artículos 138 y siguientes, en su caso.

A diferencia del delito de lesiones del Código penal de 1944 (y de 1973), que incluía en los artículos 420 y 421 un catálogo cerrado de medios comisivos (herir, golpear o maltratar y administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu), la expresión “por cualquier medio o procedimiento” que se recoge en el artículo 147 permite imputar el resultado lesivo de la integridad física a la conducta propagadora de la enfermedad del sujeto activo.

¹³ Por ejemplo, la Consejera de Salud del Gobierno vasco, en julio de 2020 aseguró que los positivos en Covid-19 que acudieran a votar en las elecciones autonómicas que se celebraron en esa fecha cometerían un delito contra la salud pública. Sobre ello, consúltese el siguiente enlace (última consulta: el 12 de noviembre de 2021): <https://www.lavanguardia.com/politica/20200711/482238302427/pais-vasco-elecciones-positivos-covid-19-delito-salud-publica.html>

¹⁴ Sobre la aplicabilidad del delito de lesiones en estos casos, véase en extenso el trabajo de MUÑOZ CUESTA (Muñoz Cuesta, 2020).

De este modo, resultaba prácticamente imposible apreciar un delito de lesiones conforme al texto penal anterior, ya que la previsión de unos medios comisivos expresamente determinados en el tipo impedía apreciar el delito cuando la lesión derivara de un contagio.

Sin embargo, el delito de lesiones del artículo 147 del Código penal vigente sí permite castigar la lesión producida por un contagio de Covid-19, y también las lesiones producidas con dolo eventual.

En este sentido, pueden citarse varias resoluciones del Tribunal Supremo que admiten el dolo eventual en las lesiones producidas por la transmisión de una enfermedad, si bien se refieren al VIH, resoluciones que cita previamente MUÑOZ CUESTA.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2011, de 8 noviembre, que castigó como un delito de lesiones con dolo eventual las producidas en una mujer como consecuencia de la transmisión del VIH por parte de su pareja, quien, pese a conocer que era portador del virus, mantuvo con aquella varias relaciones sexuales sin preservativo. El contagio de la víctima además le originó un trastorno adaptativo de tipo depresivo.

O el Auto del Tribunal Supremo 554/2017, de 23 de marzo, que admitió el dolo eventual en la conducta de un sujeto que también sabía que era portador del virus del VIH y que mantuvo relaciones sexuales sin preservativo con una mujer a la que contagió (Muñoz Cuesta, 2020, pág. 4).

Además, el artículo 152 permite el castigo de la lesión producida por la propagación imprudente (grave o menos grave) de la enfermedad, de manera que quien sabiendo que es positivo en Covid-19 opta por incumplir las medidas de aislamiento y por hacer vida “normal”, esto es, se comporta de manera negligente, podrá ser castigado penalmente incluso si propaga el virus y lesiona a un tercero.

Como señala MUÑOZ CUESTA, también la lesión imprudente derivada de un contagio de enfermedad ha sido aceptada jurisprudencialmente. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 528/2011, de 6 junio, castigó como autor de un delito imprudente de lesiones a un individuo que aun conociendo que era portador de VIH no se lo comunicó a su pareja, con la que mantuvo relaciones sexuales usando preservativo, si bien este se rompió varias veces. Fruto de esas relaciones sexuales nació una niña. Tanto la mujer como la hija fueron contagiadas.

Entiende el Tribunal que el hecho de haber ocultado su enfermedad a su pareja no añade nada a la ilicitud penal de la conducta. No se trata por tanto de un supuesto de dolo eventual, sino de un supuesto imprudente, por haber omitido los exigibles deberes de cuidado (Muñoz Cuesta, 2020, págs. 4-5).

De haber comunicado a su pareja su enfermedad y a pesar de ello aquella hubiese aceptado seguir manteniendo relaciones con el sujeto portador, ese consentimiento habría implicado la plena exclusión de la responsabilidad penal del sujeto, como reconoce la Audiencia Provincial de Sevilla en su Sentencia 274/2012, de 23 de mayo. De manera que quien mantiene relaciones sexuales con una persona que conoce la enfermedad y la acepta, sin utilizar ningún medio preventivo, no cometerá un delito de lesiones si la pareja se contagia de VIH.

Como sostiene NIETO GARCÍA, las circunstancias expresadas jurisprudencialmente respecto de la incriminación del contagio de VIH “son absolutamente parangonables a la conducta del enfermo de COVID-19 en la determinación de la responsabilidad criminal” (Nieto García, 2020, pág. 5).

Ciertamente, si no se producen lesiones penalmente relevantes o la muerte de la víctima (v. gr. el contagiado es asintomático), no será posible castigar esa conducta de propagación con base en un delito de lesiones (ni dolosas ni imprudentes) ni en virtud del delito de homicidio, pero tampoco el Derecho penal debiera sancionar todas las conductas socialmente disruptivas.

Hay otras ramas del ordenamiento jurídico que pueden ser igual de eficaces y menos lesivas que el Derecho penal para llevar a cabo su cometido. La ausencia de castigo en supuestos en los que no se produzca una efectiva lesión penalmente reprochable se justificaría por la irrelevancia penal de la conducta.

Distinto sería si esa persona asintomática (B), dolosa o imprudentemente contagiada por el sujeto activo (A), contagia sin saberlo a su vez a otra persona (C), la cual como consecuencia de esa enfermedad sí padece una lesión o muere. En ese caso, las dificultades de admisión de la relación de causalidad entre el resultado padecido por el sujeto C y el contagio inicial del sujeto A sobre el sujeto B dificultarían la aplicación del delito de lesiones al propagador A y podrían justificar la introducción de un delito como el analizado en este trabajo. Como advierte NIETO GARCÍA, “la dificultad de individualización del daño concreto resulta óbice de la incriminación” (Nieto García, 2020, pág. 5).

En todo caso, habría que distinguir varias posibilidades respecto de la responsabilidad penal en los casos de contagio de la enfermedad que deriven en lesión o muerte de la persona contagiada:

Respecto de quienes contagian la enfermedad sin conocer que son enfermos de Covid-19 sencillamente porque son asintomáticos, no cabe apreciar responsabilidad penal, porque ni hay dolo ni imprudencia en su conducta de contagio.

Respecto de quienes contagian la enfermedad sin conocer que son enfermos de Covid-19, pero conociendo que personas con las que ha tenido contacto estrecho en los últimos días han contraído la enfermedad, cabe apreciar su responsabilidad penal por lesiones u homicidio por imprudencia, en su caso, cuando el contagio derive del incumplimiento de las medidas sanitarias decretadas por las autoridades competentes, más aún si presentan síntomas compatibles con Covid-19.

Respecto de quienes contagian sin conocer que son enfermos de Covid-19 pero siendo conscientes de que presentan síntomas compatibles con la enfermedad, cabe apreciar su responsabilidad penal por lesiones u homicidio por imprudencia, en su caso.

No obstante, una interpretación favorable a la penalización en estos casos puede implicar una ampliación excesiva del ámbito de intervención penal, que además promueve la percepción de criminalización de todos aquellos que presenten fiebre, tos, congestión nasal o dolor de garganta, síntomas compatibles con otras enfermedades como un catarro.

En septiembre de 2020, una joven estadounidense causó decenas de contagios en un municipio alemán. La chica presentaba síntomas compatibles con Covid-19 y debía

guardar cuarentena por haber estado previamente en Grecia, hasta que recibiese los resultados de un test que se había realizado, pero en lugar de ello optó por ir a trabajar y salir de fiesta por distintos clubes de su ciudad, causando un brote importante que situó a la región en la que vivía como uno de los lugares de mayor prevalencia de la enfermedad durante un periodo¹⁵.

Respecto de quienes contagian la enfermedad conociendo que la padecen, en función de las características concretas del hecho cabrá apreciar responsabilidad penal por imprudencia, dolo eventual o dolo directo.

Si una persona sabe que está enferma de Covid-19 y pese a ello decide no confinarse, deberá responder del resultado lesivo sobre la integridad física o la vida de terceros que hipotéticamente su conducta irresponsable genere.

Difícilmente se encontrarán en la práctica casos en los que quepa apreciar dolo directo en la conducta de contagio hipotéticamente causante de la lesión o el homicidio. Al respecto, claramente debe calificarse como dolosa (dolo directo) la conducta del tipo de Reus que se dedicaba a toser y escupir en la cara a otras personas y sobre los alimentos de un supermercado¹⁶.

Más problemática resultará distinguir en la práctica entre imprudencia consciente y dolo eventual, categorías que integran consecuencias penológicas muy dispares. Un sujeto que sabe que padece la enfermedad decide salir de fiesta con sus amigos en vez de confinarse, ¿debe apreciarse dolo eventual o imprudencia en su conducta en caso de que produzca lesiones y/o muertes de terceros? Si el sujeto concibe como probable el resultado consistente en que con su comportamiento irresponsable provocará una lesión o incluso la muerte de un tercero y aun así lo acepta, cabrá hablar de dolo eventual.

En todo caso, adviértase que las circunstancias concretas de cada caso que rodean las situaciones como las descritas previamente dificultan encontrar una respuesta sencilla como las que se acaban de exponer. Habrá que atender a las características del hecho concreto a fin de determinar la posible responsabilidad criminal de las conductas de contagio, debiendo tomarlas en consideración por tanto para apreciar si se está en presencia de un comportamiento negligente o doloso por parte del propagador o si por el contrario existen circunstancias ajenas que justifiquen su conducta.

Por ejemplo, una persona a la que no le consta haber estado en contacto con personas contagiadas y que pese a ello presenta síntomas compatibles con Covid-19 se realiza una prueba de antígenos y el resultado de la prueba es un falso negativo, de manera que la persona está enferma de coronavirus, pero la prueba detecta lo

¹⁵ Sobre ello, consúltese el siguiente enlace (última consulta, el 29 de diciembre de 2021):
https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-09-16/alemania-contagios-coronavirus-carcel-rebrote_2749152/

¹⁶ En la información que se enlaza a continuación no se alude en ningún momento a que el individuo fuese enfermo de Covid-19. Se indica que “no se sabe si tiene el virus”. De no ser enfermo de Covid-19, se trataría de un supuesto de tentativa inidónea. La información mencionada se contiene en el siguiente enlace (última consulta: el 29 de diciembre de 2021):
<https://www.20minutos.es/noticia/4202220/0/coronavirus-prision-por-incumplir-el-confinamiento-en-reus-y-toser-y-escupir-sobre-personas/>

contrario. Difícilmente podrá hablarse de conducta imprudente si contagia a un tercero tras la realización de la prueba. Tras el resultado negativo de la prueba, lo normal es considerar que se trata de un resfriado, ya que no es consciente de haber estado en contacto con positivos, y que, por tanto, no ha de confinarse. No cabe hablar de conducta negligente el hecho de no guardar la cuarentena en un caso como el planteado. El Derecho penal no ha de intervenir aquí, porque la persona observó los deberes objetivos de cuidado exigidos.

4. CONCLUSIONES

La persona que está contagiada de Covid-19, con independencia de que sea sintomática o asintomática, puede propagar la enfermedad si no guarda una serie de precauciones que eviten o minimicen el contacto con otras personas.

Contraer la enfermedad implica un riesgo para la salud de las personas que puede desembocar en lesiones e incluso en fallecimiento. Aunque la mayor parte de las personas superen la enfermedad sin secuelas graves para su salud, más allá de unos días de fiebre, tos, congestión nasal y dificultades para respirar, entre otros síntomas, hay un grupo reducido de personas que necesitan ser ingresadas en las Unidades de Cuidados Intensivos de los centros hospitalarios y que requieren respiración asistida y un porcentaje mínimo no supera la enfermedad.

Así, la transmisión dolosa e imprudente del Covid-19, en los supuestos en los que se produzca una lesión o la muerte de la persona contagiada, debe ser reconducida al delito de lesiones o al de homicidio, en su caso.

Estos dos delitos resultan del todo suficientes para sancionar las únicas conductas relativas a la transmisión del Covid-19 que en virtud del principio de intervención mínima resultan merecedoras de reproche penal.

De este modo, no es necesario introducir un precepto como el artículo 348 bis del Código penal que precede al vigente o una regulación similar a las contenidas en los Códigos penales italiano y latinoamericanos citados anteriormente.

Las conductas de transmisión dolosa e imprudente de la enfermedad encuentran una respuesta penal adecuada y proporcionada en los delitos de lesiones de los artículos 147 y siguientes y de homicidio de los artículos 138 y siguientes.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Zapatero, L. (1996). La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida. *Derecho y salud*, volumen IV, número 1, 210-218.

Boix Reig, J. (1987). Capítulo XXX: delitos de riesgo en general (conclusión. Otras figuras de delito. En T. S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial* (volumen I) (págs. 381-395). Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Cuesta, F. J. (2020). Delito de lesiones por contagio de VIH y COVID-19. *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 1-9.

Muñoz Conde, F. (1983). *Derecho penal. Parte especial* (5ª edición). Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

- Nieto García, Á. J. (2020). El contagio de Covid-19 desde el Código penal. *Diario La Ley*, número 9724, 1-8.
- Nieto Martín, A. (15 de abril de 2020). El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global. *Almacén de Derecho*: <https://almacenederecho.org/el-derecho-penal-ante-el-coronavirus-entre-el-estado-de-emergencia-y-la-gobernanza-global>
- Pisciottano, J. P. (2021). Derecho Penal y salud pública. Las respuestas ante la pandemia de COVID-19 en Uruguay. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, número 23, 85-115.
- Rodríguez Devesa, J. M. (1983). *Derecho penal español. Parte especial* (9ª edición). Madrid.