



LA PRECAUCION Y LA PRUDENCIA Y LA RESPONSABILIDAD EN LA PANDEMIA

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal y Abogado



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

Corren voces, que en España es imposible saber lo que tienen de bien informadas, que aseguran que el Gobierno o parte de este o alguno de sus miembros (siendo tan numeroso, hay que advertirlo) está preocupado por la cantidad de acciones penales que en su contra se han emprendido. En la lista de denunciadores o querellantes figuran Partidos políticos, como Vox o el PP, y una nutrida lista de colectivos profesionales o, simplemente, ciudadanos que han decidido emprender el camino de la acción penal.

El líder de la oposición ha llegado a decir que el Gobierno va a protagonizar una “crónica de Tribunales”. Creo, sin pretender tener dotes de oraculista, que habrá bronca y ruido mediático, pero no mucho más, al menos, en la jurisdicción penal.

No ignoro que algunas acusaciones penales se han formulado también contra miembros de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, pero no entraré en ello, aunque algunas de las cosas que seguidamente diré puedan, *mutatis mutandis*, trasladarse a esos casos.

Una primera observación es que algunas acciones tienen forma de querrela y otras de denuncia presentada ante la Fiscalía, para que sea ésta la que decida acusar o no hacerlo. Otro problema, ya viejo y reiterado, es que haya Partidos políticos que crean adecuado el recurso a la acción penal, cuando el espacio natural en el que deben pronunciarse es el Parlamento. Otra cosa, y lamentable, es que se quiera usar el anuncio de una acción penal para hacer gala de severidad y contundencia, y así agradar a votantes o a pardillos. Eso no acabará hasta que a los Partidos se les excluya del ejercicio de la acción popular.

La observación realmente importante es la que se refiere al abanico de delitos que se imputan: homicidio o lesiones imprudentes, omisión del deber de socorro, fraudes a la administración, prevaricación, malversación, delitos contra los derechos de los trabajadores, principalmente. Nadie está en condiciones de adivinar cuál vaya a ser el futuro de esas acusaciones, pero creo que no tienen buen pronóstico. Para llegar a esa opinión creo que es imprescindible, en primer lugar, diferenciar entre las *conductas que el Código penal exige que sean intencionales* y aquellas otras que pueden ser cometidas a título de imprudencia.

Comenzando por los delitos dolosos, en la relación antes expuesta aparecen algunos: prevaricación, fraudes a la administración, malversación, que creo de muy difícil construcción. En relación con la prevaricación cuesta concretar cuál es la resolución administrativa injusta y arbitraria, y eso es así no tanto por la difícil apreciación de un comportamiento intencional en el modo en que se exige para la prevaricación, sino por la falta de las referencias normativas que pudieran marcar con claridad cuál era el *deber ser jurídico*, ante un fenómeno trágico que iba cambiando día a día y que solo retrospectivamente permite señalar lo que se podía hacer y lo que no, por lo que retrotraer la calificación de justo o injusto, amén de intencional y arbitrario, es claramente ucrónico.

En el caso de los fraudes a la administración, basados en la celebración de contratos de

adquisición de material que luego era mal servido o era defectuoso o su precio era abusivo, faltan también los mimbres para armar el cesto: se trata de un delito doloso que normalmente incluye la concertación con los proveedores para llevar a cabo una contrata o adjudicación pública en la que los representantes de la Administración son conscientes de que se está perjudicando a los intereses de ésta. Sin duda, las tristes anécdotas de compras desastrosas de material que ha costado elevadas sumas de dinero ponen de manifiesto gran torpeza en la toma de decisiones – al margen de que muchos opinen que es increíble que no se pudieran fabricar mascarillas en España de modo urgente – pero la torpeza, más que suficiente argumento para contraer responsabilidad política, no basta para integrar la responsabilidad penal.

Suerte similar podría correr la acusación de malversación de caudales públicos que, prescindiendo de analizar los hipotéticos concursos de normas, lo cual no viene al caso en un comentario de esta naturaleza, puede valorarse con la misma severa duda sobre la concurrencia de una carga de conciencia y volición suficiente como para integrar esa figura. Tal vez sea porque, en los últimos años, las ideas sobre lo que es la malversación se han trastocado bastante y eso habrá animado a algún denunciante, pero esa es otra cuestión.

Pasemos ahora a las acusaciones de conductas imprudentes punibles, pues se adjudican al Gobierno o a algún Ministro concreto (el de Sanidad encabeza la clasificación) delitos de homicidio o de lesiones imprudentes, así como delitos contra los derechos de los trabajadores, que pueden tener en algún caso modalidad imprudente, sin perjuicio de que los denunciantes hayan atribuido directamente la comisión dolosa. Tampoco creo que esas acusaciones cuenten con base jurídica suficiente para prosperar, sin poner en duda que es estadísticamente posible que un juez considere que con lo que transmiten las noticias periodísticas le basta y sobra para condenar a quien se tercie. Pero jurídicamente esa no es una tarea sencilla, si se respeta la lógica interna del derecho.

Para llegar a aceptar las dificultades que rodean la imputación de una conducta imprudente punible es imprescindible comprender y respetar la diferencia entre dos conceptos de uso frecuente en el lenguaje común, como son los de *precaución* y *prudencia*, que socialmente se utilizan como sinónimos, pero cuyo respectivo significado para el derecho y para el derecho penal en particular es, respectivamente, diferente.

Los delitos imprudentes tienen su esencia en la infracción de normas de cuidado, y eso nadie lo discute. Las normas de cuidado, cuyo origen puede ser legal, reglamentario, social o cultural, tienen como función y fin evitar la producción de resultados como el que se ha producido, porque *la experiencia enseña que eso es lo que puede suceder si no se respeta la norma de cuidado*. Esa derivación de la experiencia supone una mirada atrás, hacia lo que *ya se sabe*. Con ello no se niega que, pero ese es otro problema, que en la construcción del concepto penal de imprudencia interviene el llamado riesgo permitido, que es la manera de denominar a aquello que aceptamos porque forma parte de la realidad o de la vida en sociedad. Por ejemplo, someterse a una intervención quirúrgica siempre comporta un riesgo aceptado, como sucede con la circulación por la autopista, y a nadie se le ocurre

que el remedio es prohibir las operaciones o prohibir la circulación, porque una sociedad sin riesgos no es posible. La consecuencia de que haya un riesgo permitido, y esa sí que es importante, es que la imprudencia comenzará a partir del límite marcado por el riesgo permitido.

La precaución, o el *principio de precaución*, es otra cosa. Su origen se encuentra en el derecho administrativo, como criterio orientador de la actividad reglamentaria, y su significado es claro: ante la ignorancia de lo que puede pasar lo procedente es prohibir la actividad de que se trate. Nótese que no hablo de “duda” sino de *desconocimiento*, y ese desconocimiento no tiene nada que ver con la prudencia, que es hija de la experiencia, la cual, por definición, no existe ante lo desconocido. Eso explica que en el campo de la investigación experimental se considere que la imposición del principio de precaución bloquearía el avance científico (por ejemplo, ensayar una posible vacuna). Y por esa misma razón, el principio de precaución *nunca puede tomarse como norma de cuidado*, pues eso podría suponer la criminalización de actividades o decisiones que fueron tomadas sin poder conocer cuáles podrían ser sus efectos y, ni siquiera, si eran aptas para generar un peligro.

En la triste pandemia que estamos viviendo hemos presenciado prohibiciones u órdenes que *no eran fruto de la experiencia porque no había experiencia alguna*. Se ha sabido que el contacto próximo puede dar lugar al contagio, pero en otros temas las oscilaciones han sido grandes. Por ejemplo: el uso de guantes, que en pocos días ha pasado de ser imprescindible a no recomendable, o la prohibición del baño de mar, porque *no se sabe* si el virus se transmite en el agua, lo que ahora se dice que no es posible. Y, si pasamos a políticas de Estado, que en nuestro caso ha tenido su eje en el confinamiento, no falta alguno que como Suecia ha optado por la “inmunidad de rebaño”, todo lo contrario al confinamiento, y les ha ido bastante mejor que a nosotros, aunque también contribuya la diferencia de costumbres y el volumen de población.

Teniendo en cuenta todo eso, y tomando el ejemplo más citado, que es el de la manifestación del 8 de marzo, base de muchas denuncias, se puede decir, sin duda que autorizarla pudo ser contrario al principio de precaución, pero atendiendo a la nula experiencia que a la sazón se tenía *no es posible configurar delito imprudente alguno*.

Ya sé que las acusaciones de imprudencia no agotan el repertorio de las quejas, pues también se señalan casos de mal funcionamiento en el suministro de medios de prevención del contagio o de aparatos adecuados para ayudar a los que caían enfermos. Ahí se mezclarán imposibilidades con torpezas personales. Tampoco los dramas se circunscriben a los ámbitos dependientes de la Administración pública, pues lo sucedido en las Residencias de ancianos clama al cielo, y no se tratará solo de culpas de la Administración supervisora, sino que podrán darse responsabilidades personales de particulares. En eso no voy a entrar, porque me extendería demasiado.

Todo eso se sumará, sin duda, a las imposibilidades “estructurales”, como ha sucedido con el desbordamiento de los servicios de urgencia o de los servicios funerarios. La pandemia,

se dice, ha puesto de manifiesto la insuficiencia del sistema sanitario, pero esa es una afirmación injusta, pues no creo que ningún sistema sanitario esté preparado para algo a lo que en nuestro tiempo se consideraba cosa del pasado, como es esta especie de plaga medieval que se ha abatido sobre nosotros. Pero *ahora ya existe la experiencia*, y, en el indeseable supuesto de una reaparición de epidemia, ya no se podría invocar el infortunio y lo imprevisible. De cara al futuro la sociedad española habrá de decidir qué riesgos acepta, y el volumen de éstos dependerá del nivel de su desarrollo técnico, económico y cultural.

Tal vez alguien que me honre leyendo estas notas, llegue a la equivocada conclusión de que estoy defendiendo la acción del Gobierno. Nada más lejos de mi ánimo, pues solo he pretendido hacer algunas advertencias sobre los límites que tiene el tan maltratado derecho penal. Que la Administración pública tendrá que responder patrimonialmente por muchas de las cosas que han sucedido, y que aún pueden suceder, es bastante seguro, y que, posiblemente, podrá invocar la “fuerza mayor”, lo que no es fácil, o el antes citado principio de “precaución” para justificar mandatos y prohibiciones que luego se demuestren excesivos, y que lógicamente darán lugar a reclamaciones de indemnización.

Pero esa crónica judicial se escribirá cuando acabe esta pesadilla.



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica