

# Responsabilidad penal y COVID-19

Área Penal de Gómez-Acebo & Pombo

---

## Introducción

Es innegable el impacto 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 (el «Real Decreto sobre el Estado de Alarma») en las relaciones personales y profesionales. Las disposiciones de este Real Decreto han afectado a numerosos sectores de actividad, pública y privada, personas, profesionales autónomos y empresas. A algunos les ha podido generar un cierto efecto positivo, a la mayoría uno negativo. Y, en esta situación, es claro que este extendido y masivo efecto no iba a escapar al Derecho Penal.

En los tiempos del COVID-19, el orden penal, el que tiene mayor y más severo grado de punición, ofrece distintos posibles delitos en los que nuestras dolosas o imprudentes conductas, como ciudadanos o como empresarios, contrarias a la reglamentación del Real Decreto del Estado de Alarma, pueden tener encaje. Y, como pequeño avance, podemos afirmar que esta nota no es una monografía sobre el delito de desobediencia.

## Los riesgos penales para el ciudadano derivados del incumplimiento del Real Decreto de Estado de Alarma

Ha sido conocido hace pocos días el caso de un futbolista del Real Madrid, que tras ser visto por las calles de Serbia —país también en cuarentena— nada menos que celebrando el cumpleaños de su novia, ha recibido duros reproches de las autoridades, no solo censurando su comportamiento sino, también, dejando claro que si el futbolista llegara a abandonar su apartamento de nuevo sería arrestado.

España no es excepción de estas actitudes, y ya son varias las noticias que tienen como protagonistas a algunos particulares condenados por saltarse el confinamiento decretado con el estado de alarma y las restricciones que lo acompañan.

Y es que, como estamos viendo estos días, la relevancia penal de las restricciones propias del estado de alarma no solo afecta a los empresarios y trabajadores en calidad de profesionales (como a continuación veremos), sino que puede estar muy presente en el día a día de cualquier ciudadano como particular.

En especial, el delito de desobediencia se ha convertido en el gran protagonista de estos días, resultado de la actividad de control llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que ahora, según la disposición adicional quinta del Real Decreto de Estado de Alarma, junto con las unidades militares tienen la condición de agentes de la autoridad mientras dure el estado de alarma actual.

El mencionado Real Decreto establece, además, en su artículo 20 —relativo al régimen sancionador aplicable— que:

*«[e]l incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio».*

Cuando, siguiendo la primera remisión del anterior decreto acudimos a la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, nos encontramos con que esta misma, en su artículo diez. uno, nos remite nuevamente «a lo dispuesto en las leyes», devolviendo al lector de alguna manera a la casilla de inicio. ¿Con arreglo a qué leyes en concreto?

La orden dictada el pasado domingo 15 de marzo por el Ministerio del Interior aporta algo más de claridad cuando, al fijar los criterios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —todos ellos ahora bajo las órdenes directas de dicho Ministerio—, cita ya expresamente tanto la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana como el Código Penal. Así, remisión tras remisión, resulta que el Código Penal y la Ley de Seguridad Ciudadana recogen, respectivamente, los delitos e infracciones administrativas en los que pueden incurrir aquellos ciudadanos que no cumplan las restricciones impuestas por el estado de alarma.

Como suele ocurrir, la frontera entre el ámbito administrativo y el ámbito penal aparece algo difusa, con áreas de terreno aparentemente coincidente. La Ley de Seguridad Ciudadana establece que serán de aplicación sus sanciones por desobediencia o resistencia a la autoridad «cuando éstas no sean constitutivas de delito». Sin embargo, ¿cuándo podremos decir que son constitutivas de delito y no de mera sanción administrativa? El primer parámetro que debería guiar nuestra respuesta, de acuerdo con los principios rectores del ordenamiento y particularmente con la delimitación del ámbito penal, es la caracterización de este derecho como ultima ratio, que obliga a acudir a él únicamente en casos de especial gravedad.

Esta misma Ley de Seguridad Ciudadana cataloga como infracciones graves —recogidas en su artículo 36.6—:

*«la desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a*

*requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación».*

Dicha infracción grave estará castigada —según su artículo 39— con una multa que puede ir desde los 601 a los 30.000 euros.

Sin embargo, las sanciones de mayor gravedad dentro del ordenamiento y de acuerdo con el criterio que adelantábamos, vendrían impuestas por el Código Penal. Particularmente por su artículo 556, citado expresamente por la Orden del Ministerio de Interior que referíamos antes, y que de hecho es el comúnmente aplicado en los casos de condena judicial que se han ido produciendo en las diferentes comunidades autónomas (siendo Canarias y Madrid las más representativas). Dicho artículo 556 establece que:

*« [S]erán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».*

Aplicado a la situación excepcional que vivimos estos días, desobedece a la autoridad quien incumple la medida de confinamiento impuesta por el Gobierno al decretar el estado de alarma. El artículo 7 del Real Decreto sobre el Estado de Alarma integra de manera inequívoca el mandato de una autoridad legítima —nada menos que el Gobierno— para imponer a la ciudadanía una determinada conducta, en este caso de no hacer.

Esta norma de obligatoriedad del confinamiento, como la mayoría, viene acompañada de una serie de excepciones, paralelas en este caso a las actividades profesionales permitidas por dicho decreto y estrechamente relacionadas con algunos servicios básicos como la sanidad, la alimentación o los servicios financieros o de comunicación y prensa, entre otros. En particular, las ocho excepciones permitidas por el Real Decreto del 14 de marzo son: (i) la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, (ii) la asistencia a centros sanitarios, (iii) el desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial, (iv) el retorno al lugar de residencia habitual, (v) las salidas de asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, o a personas con discapacidad o especialmente vulnerables, (vi) las salidas a entidades financieras, (vii) las que se correspondan con una causa de fuerza mayor o situación de necesidad o, (viii) en último lugar, por «cualquier otra actividad de análoga naturaleza debidamente justificada».

No resulta extraño comprobar, incluso en las propias redes sociales, cómo estas excepciones se buscan deliberadamente por parte de los ciudadanos para sortear el confinamiento. En cualquier caso, las autoridades están habilitadas (y los particulares obligados a darle cumplimiento en caso de que así lo solicitaran) para exigir una justificación del ejercicio de la excepción correspondiente.

Conviene tener presente que, si bien el Consejo General del Poder Judicial ha suspendido mientras perdure el estado de alarma toda actividad judicial que no sea urgente, siguiendo las

medidas recogidas en la disposición adicional segunda del Real Decreto del Estado de Alarma, los juzgados y servicios de guardia permanecerán en funcionamiento. Estos son precisamente los que asumirán la tramitación de los mencionados casos por delito de desobediencia a la autoridad cuando cualquier particular se encuentre incumpliendo alguna de las restricciones relativas al confinamiento, incluso aprovechando las excepciones para sortear la obligación inicial.

En otro ámbito de análisis, que, aunque marginal no deja de suponer un riesgo penal en la actual coyuntura, sería acertado recordar que (i) la conciencia de estar contagiado, (ii) la ausencia de medidas suficientes de protección o aislamiento y (iii) el contagio a un tercero como consecuencia de lo anterior, pueden suponer de manera combinada y simultánea condiciones suficientes para la potencial apreciación de un delito de lesiones. Sin duda la prueba del contagio y su origen en la falta de medidas particulares de protección resultaría como mínimo dudosa o complicada, llegado a rayar incluso la imposibilidad de su certeza; sin embargo, y a pesar de las innumerables variables a tener en cuenta a la hora de pronosticar un proceso penal, la prudencia aconsejaría no desechar completamente cualquier escenario.

### **Los riesgos penales para el empresario derivados del incumplimiento del Real Decreto de Estado de Alarma**

Desde el punto de vista empresarial, la situación generada por el COVID-19, lleva aparejada el surgimiento de una serie de posibles riesgos de investigación penal, derivados de la gestión o falta de gestión y/o de adopción de medidas para la realización del trabajo, para aquellos sectores, industrias o actividades, en su más amplio sentido, que no se vean afectados por la prohibición contenida en el Real Decreto sobre el Estado de Alarma.

En este sentido, los principales riesgos que los empresarios, con actividad permitida, afrontan en la actual situación, son los siguientes:

#### **• Delito contra los derechos de los trabajadores**

El artículo 316 del Código Penal y el artículo 317 del mismo texto legal, regulan, para las modalidades dolosa e imprudente, respectivamente, la omisión por el empresario de las medidas que garanticen el desarrollo del trabajo en condiciones de seguridad e higiene, de forma que, con esta falta de adopción, se ponga en riesgo grave su vida, su salud o su integridad física.

Atendiendo a la dicción literal, parece claro que la falta de adopción de medidas específicas en materia de prevención del contagio del COVID-19, ya sea de manera voluntaria y consciente (dolosa) o por falta de la debida diligencia (imprudente) en las empresas con actividad operativa, cumpliría los requisitos expuestos para entender, en un principio, que este delito ha podido ser cometido.

Así, la interpretación del incumplimiento en materia de prevención riesgos laborales, para establecer si tienen un mínimo de trascendencia penal, se efectúa con remisión a la normativa laboral, de forma que, si existiese un incumplimiento de dicha regulación, concurriría un presupuesto habilitante para, al menos, investigar esa presunta situación de riesgo.

En este sentido, es cierto que el riesgo de contagio del COVID-19, a excepción del sector sanitario, no es un riesgo derivado de la actividad. No obstante, ello no exime de la obligación del empleador de velar por que su actividad se desarrolle en un entorno, en la medida de lo posible, con este riesgo tenido en cuenta y contempladas las correspondientes medidas de prevención. Y, para ello, el empresario deberá acudir a las recomendaciones, instrucción y ordenación especiales que estos días se están aprobando.

Será precisamente la aparente falta de cumplimiento de estas medidas y recomendaciones las que hagan nacer, para el empresario, el riesgo de que alguno de sus trabajadores o de las representaciones de los trabajadores entiendan que su conducta u omisión han puesto en peligro grave su salud o integridad física, formulando las correspondientes denuncias y provocando con ello, el previsible inicio de un proceso penal. De hecho, estas denuncias, al menos en el ámbito administrativo, ya han empezado a ser formuladas.

Aunque este delito no sea directamente atribuible a la persona jurídica, el artículo 318 del Código Penal prevé la investigación del administrador o representante legal, así como de las personas con facultades en materia de prevención de riesgos laborales, como presuntos autores de la falta de adopción de medidas preventivas.

Sobre este punto, es importante destacar que, junto con la denuncia, en algunos casos, ésta podrá provocar además que se ordene el cierre del centro de trabajo donde no se estén respetando las medidas preventivas correspondientes; orden que podrá ser administrativa o judicial, dependiendo de ante quien se denuncie, Ministerio de Trabajo y/o Ministerio de Sanidad, por ser el que actualmente está centralizando las funciones a este respecto o el Juzgado de Instrucción.

• **Delito de homicidio imprudente (artículo 142 y 142 bis del Código Penal) y de lesiones imprudentes (artículo 152 a 153 del Código Penal):** desde un punto de vista penal, se entiende por lesión, el menoscabo en la integridad física, incluida la salud, física y mental de las personas. El delito de homicidio imprudente es aquel que se comete por haber causado, por falta de cuidado, leve o grave, la muerte de una persona.

Este menoscabo en la salud o fallecimiento, consecuencia del COVID-19, podrían materializarse cuando:

- a) Una persona, desarrollando su actividad laboral, quede contagiada, en cuyo caso el riesgo de comisión de ambos delitos está anudado al delito contra los derechos de los trabajadores.
- b) Los contagios, tengan o no resultado de muerte, se hayan generado como consecuencia de una presunta negligencia profesional al desempeñar el trabajo, es decir, cuando el trabajador es el que provoca el contagio, por ejemplo, en un cliente, en un paciente, o en un residente.

A efectos de la investigación de los hechos, es importante destacar que, en principio, ésta será por una conducta de naturaleza imprudente, sin que sea descartable, especialmente a petición de las víctimas, que dicha investigación sea por una conducta dolosa. Ello, porque

nuestro ordenamiento contempla el denominado dolo eventual, como aquel que se revela cuando el presunto autor del delito se representa como probable un posible resultado lesivo, cuya producción, aunque no sea buscada de manera directa, asume si se produce. Este dolo eventual suele pugnar con la culpa consciente en la que, también hay una representación del posible resultado lesivo, pero el presunto autor confía en que no va a suceder.

Es este punto, el asumir o no que el resultado lesivo se materialice, de difícil prueba, ya que pertenece al ámbito íntimo del presunto autor, el que inclinará la balanza hacia la conducta dolosa o la imprudente.

Y, a la misma conclusión se podría llegar cuando el contagio por el COVID-19 se haya producido por omitir información relevante sobre la existencia del contagio entre los trabajadores, para evitar, por ejemplo, que un determinado número de ellos se cojan la baja, exponiendo, en tal caso, al resto de trabajadores o a los clientes a una situación de riesgo (en este caso, volvemos a destacar que esta clase de conducta también sería considerada un delito contra los derechos de los trabajadores). Esta conclusión también sería predicable cuando es el propio trabajador el que oculta su estado de salud y acude al puesto de trabajo, relacionándose con clientes y compañeros.

Ninguno de estos dos delitos es atribuible a la persona jurídica que, no obstante, sí podrá ser considerada responsable civil, con carácter subsidiario de la responsabilidad civil que se reconozca a favor de la víctima.

• **Delito de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 199 del Código Penal):** de entre las modalidades de los delitos que buscan sancionar las conductas que atentan contra el derecho a la intimidad, destaca, en relación con el COVID-19, la contenida en el artículo 199 del Código Penal que establece que, constituye delito, la difusión de los secretos de los que se tenga conocimiento por razón del empleo u oficio.

Y, es que, no puede olvidarse que el estado de salud es un dato que afecta a la intimidad de la persona, de forma que, la respuesta que el empresario, por medio de los profesionales correspondientes, ya sean trabajadores o terceros contratados, deba dar y la medida que deba adoptar en caso de trabajadores o incluso clientes, que hayan podido ser casos confirmados o potenciales de COVID-19, no le exime de la obligación de adoptar las debidas cautelas para evitar la identificación concreta de la persona que haya dado positivo o pueda darlo.

Así, conforme al documento emitido por la Agencia Española de Protección de Datos sobre el COVID-19, la identificación de la persona concreta que sufre la enfermedad, debe ser la última opción, siendo preferentes y preferibles la difusión de información que lleve a idéntico resultado de prevención y detección, sin que el resto de trabajadores o terceros sepan quién es la persona concreta.

Y es en este último punto, la decisión sobre si es necesaria o no la divulgación de la identidad donde surgirá el riesgo de investigación penal, porque, si la persona afectada entiende que la facilitación de su identidad no era necesaria, podría formular la correspondiente acción penal por una presunta invasión ilícita de su intimidad.

Lo anterior, no sería de aplicación en el caso de que la persona hubiera dado su consentimiento para la divulgación, o, atendiendo a las circunstancias, fuese necesaria dicha identificación o así hubiese sido recomendado por las autoridades competentes. No obstante, a efectos de evitar este riesgo de investigación, deben extremarse las precauciones al respecto de la información y datos que se divulgan sobre contagios por COVID-19 en las organizaciones.

Ahora bien, toda conducta que implique el acceso indebido o no consentido a datos sobre la salud de los trabajadores, la obtención de esta información por vías no autorizadas o la difusión de esta información, conllevaría la presunta comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos y el riesgo de investigación penal a este respecto, derivado, normalmente, por la formulación de denuncia de la persona o personas afectadas (artículos 197, 197 bis y 197 ter del Código Penal).

Debe precisarse que el artículo 199 del Código Penal no es de atribución directa a la persona jurídica, no así las conductas previstas en los artículos 197 a 197 ter de dicho Código. La persona jurídica sí respondería, en el primer caso, de manera subsidiaria de la responsabilidad civil que se declare a favor de la persona afectada por la difusión de su identidad.

• **Delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal):** siendo de perfecta aplicación lo expuesto en el punto anterior sobre el delito de desobediencia, abordado desde el punto de vista del ciudadano, las organizaciones, también se enfrentan a un posible riesgo de comisión de este delito en caso de que incumplan alguna orden de cierre cautelar del centro de trabajo o en aquellos supuestos en los que no cumplan con lo previsto en el Real Decreto sobre el Estado de Alarma.

Con todo, este delito no es directamente atribuible a la persona jurídica, pero sí podrán responder su administrador, representante legal y las personas que, de forma concreta, hubieran llevado a cabo u omitido las actuaciones que hayan generado esa presunta desobediencia.

En este sentido, pueden surgir interrogantes sobre el alcance de lo permitido o prohibido en el desarrollo de la actividad, contenida en el Real Decreto, para los empresarios. Tras algo más de una semana de vigencia del estado de alarma, parece que estas dudas se están suscitando, en mayor medida, en relación **(1)** al concepto de bien de primera necesidad, **(2)** el transporte «individualizado» y **(3)** el binomio comercio presencial-comercio online o la actividad dentro de un local no relacionada con la atención al público.

Sobre estos puntos, a efectos de claridad, se ha pronunciado la Abogacía General del Estado en informe de fecha 19 de marzo de 2020. Sin perjuicio del carácter cerrado y concreto de los destinatarios de dicha opinión, los Abogados del Estado, no es menos cierto que sus términos ayudan a conocer las iniciales líneas interpretativas de lo que se puede o no se puede hacer a la vista de la letra del Real Decreto.

Así y con la cautela arriba expuesta, de momento es posible afirmar que:

**1. Ante la carencia de una definición legal de «bien de primera necesidad», hay que acudir a distintas interpretaciones y fuentes normativas.** Existe consenso en otorgar la condición de bien de primera necesidad a la comida, bebida, ropa, vivienda y suministros. No obstante, fuera de estas categorías habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, esta falta de definición única o generalizada de bien de primera necesidad no puede ser empleada como justificación para realizar actividades no permitidas en el Real Decreto. Sobre este punto, la Abogacía del Estado se muestra tajante al considerar un incumplimiento del Real Decreto la venta de productos, en locales que sí puedan estar abiertos al público, que no se encuentren exceptuados en el artículo 10.1 del Real Decreto.

Tan categórica afirmación por parte de la Abogacía General del Estado, en cierto modo, choca con la reproducción y asunción del criterio de la Abogacía del Estado de Salamanca de acudir al Real Decreto 1507/2000, para conocer el listado de bienes de uso común, como forma de identificar un bien de primera necesidad. Ello, porque el uso común de un bien no tendría por qué convertirlo, indefectiblemente, en bien de primera necesidad, y porque, algunos de los bienes que se contienen en el Real Decreto 1507/2000 no están presentes en la excepción del artículo 10.1 del Real Decreto sobre el Estado de Alarma. Tal sería el caso de los artículos de bisutería o incluso, el alcohol, que, aunque es una bebida, y su consumo está ampliamente extendido en nuestro país, es más que dudoso que pueda considerarse bien de primera necesidad, ante los efectos nocivos que tiene en la salud de las personas.

**2. El transporte de personas por carretera de trabajadores de un mismo centro debe ser individualizado.** Sobre este punto el criterio de la Abogacía del Estado es restrictivo y estricto, de manera que, desde su perspectiva, supone una violación del Real Decreto, compartir coche para ir a trabajar, ante el riesgo que implica compartir un espacio cerrado, relativamente pequeño, entre compañeros.

Añade la Abogacía del Estado que no es plausible entender que haya un trabajador sin carné de conducir que tenga que ir a trabajar, porque si tiene que trabajar, debe tener dicho carné.

Discrepamos, sin embargo, con esta interpretación, pues a diferencia de lo sostenido por la Abogacía del Estado, hay muchos trabajadores que pueden tener carné, pero no tener el vehículo, o no tener carné y, aun así, tener que acudir a su puesto de trabajo; asistencia que antes del estado de alarma podían hacerla en transporte público o con compañeros. Pensemos, por ejemplo, en un peón de recogida de residuos, cuya labor es la carga y descarga de contenedores en el camión de recogida, sin conducirlo. Esta persona, para el desempeño de su trabajo, no necesitaría carné de conducir.

A este respecto, entendemos que, siendo un riesgo la posible multa que pudieran imponer de detectarse este transporte no individualizado, esta situación podría tener cabida en la excepción prevista en la propia letra h del artículo 7.1. Esta opción también es admitida por la Abogacía del Estado, aunque a la vez, sostenga la opinión de que esta situación es poco probable.

**3. La actividad online no está prohibida.** El sentido y finalidad del Real Decreto, en lo que a la restricción de la circulación se refiere, es evitar las aglomeraciones de personas, como forma

de eliminar posibles focos de propagación y/o contagio del COVID-19. Ello, no obstante, no afecta al sistema de venta online, ya que no existe por esta vía de adquisición de bienes, la presencia física de los clientes. Cuestión distinta es su entrega al adquirente, en la que deberán observarse, las debidas cautelas y precauciones.

La misma conclusión se alcanza respecto a las actividades, distintas de la atención al público, que pueden desarrollarse en el interior de locales comerciales. Pensemos, por ejemplo, en un vivero o una tienda de animales, donde será necesario que el personal del negocio acuda para mantener con vida las plantas y la fauna. Este tipo de actividad también estaría permitida, dado que la finalidad de la prohibición del Real Decreto, como decíamos, es evitar la concentración de personas que es inherente a la apertura del establecimiento al público.

Aunque no ha sido abordado por la Abogacía General del Estado en su informe, la excepción, para permitir el desplazamiento de personas para realizar actividades, abre la puerta a que estas actividades sean otras de las expresamente contempladas en el Real Decreto, como así autoriza su artículo 7.1.h). Y es que ha sido publicada en el BOE de 21 de marzo, Instrucción del Ministerio de Sanidad por la que se establecen criterios interpretativos para la asistencia de animales domésticos que habitan el espacio público urbano, por medio de su alimentación, rescate y cuidado veterinario, cuando dicha actividad no fuese desempeñada en el marco de un contrato laboral o profesional.

Conforme reconoce la Instrucción, esta actividad no está expresamente recogida en el Real Decreto de Estado de Alarma, pero sí es necesaria, según razona, por cuestiones de salud pública, por lo que si se venía prestando con carácter voluntario con anterioridad a la declaración del estado de alarma podrá seguir siendo desempeñada, integrando la excepción de artículo 7.1.h) del Real Decreto de Estado de Alarma.

Es decir, aunque las actividades a que se refiere el artículo 7.1.h) del Real Decreto de Estado de Alarma no requieran una habilitación expresa del Ministerio correspondiente, no es descartable que en los próximos días y a la vista de la más que probable prórroga en la duración del estado de alarma, se publiquen sucesivas Instrucciones que aclaren qué actividades pueden realizarse al amparo de la excepción de *actividad análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada*.