

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022)	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud

Juan Terradillos Basoco

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: Juan Terradillos Basoco

Adscripción institucional: Profesor Emérito, Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0002-5361-3009

Title: Health emergency and (un)protection under criminal law of life and health

Sumario: PROEMIO. I. EMERGENCIA SANITARIA Y VIDA. 1. Valoración jurídica. 1.1. Principio de igualdad y estado de necesidad. 1.2. Preferencia cronológica y cumplimiento de un deber. 1.2.1. Triage *ex ante*. 1.2.2. Triage *ex post*. 2. Valoración médica. 2.1. Éxito clínico. 2.2. *Quid iuris?* 3. Valoración social. 3.1. Significación social. 3.2. *Quid iuris?* II. EMERGENCIA SANITARIA Y VIDA Y SALUD EN EL TRABAJO. REFERENCIAS.

Summary: PROEM. I. HEALTH EMERGENCY AND LIFE. 1. Legal assessment. 1.1. Principle of equality and state of necessity. 1.2. Chronological preference and statutory duty principle. 1.2.1. Triage *ex ante*. 1.2.2. Triage *ex post*. 2. Medical assessment. 2.1. Clinical success. 2.2. *Quid iuris?* 3. Social assessment. 3.1. Social significance. 3.2. *Quid iuris?* II. HEALTH EMERGENCY AND LIFE AND HEALTH AT WORK. REFERENCES

Resumen: La pandemia Covid-19 ha provocado un gran número de muertes y otras consecuencias patológicas, sobre todo en los sectores de población más envejecidos o más pobres. Las administraciones públicas, el sistema sanitario y la doctrina jurídica universitaria han ensayado respuestas a la crisis sanitaria que contradicen lo exigido por un sistema penal democrático. En materia de triajes, se ha propuesto el trato preferencial a algunos pacientes en perjuicio de otros, a los que se ha privado de tratamientos vitalmente necesarios, tomando como base criterios tan discutibles como el éxito clínico, o tan inadmisibles como la significación social del enfermo.

Palabras clave: Estado de necesidad, cumplimiento de un deber, éxito clínico, responsabilidad criminal del médico, significación social, triaje.

Abstract: The Covid-19 pandemic has caused a large number of deaths and other pathological consequences, especially in the aging or impoverished sectors of the population. Public administrations, health system and university legal literature have implemented measures for the health crisis that contradict the requirements of a democratic penal system. In the field of triages, preferential treatment has been proposed for some patients to the detriment of others, who have been deprived of vitally necessary treatments, based on such debatable criteria as clinical success, or as inadmissible as the social significance of the patient.

Keywords: State of necessity, statutory duty principle, clinical success, criminal liability of doctors, social significance, triage.

Rec.: 16/04/2022 **Fav.:** 01/05/2022

PROEMIO

La *Revista Penal* alcanza su número quincuagésimo. El ordinal, al que no llegan demasiadas publicaciones periódicas especializadas en la “cuestión penal”, sugiere que la *Revista* ha contado y cuenta con la acogida favorable de miles de lectores y con la complicidad de un más que numeroso y heterogéneo grupo de autores. Sugiere también que, desde la trastienda, la dirección de la *Revista*, de 1998 hasta hoy, ha venido recabando, seleccionando y publicando materiales que, desde Huelva, como los “cantes de ida y vuelta”, han alimentado con puntualidad el conocimiento, el análisis crítico y el contraste de un sinnúmero de propuestas dogmáticas y político-criminales que hoy constituyen, en el espacio castellano hablante, un corpus dinámico de ineludible referencia para los penalistas. Son razones más que suficientes para augurar y desear larga vida a la *Revista Penal*.

I. EMERGENCIA SANITARIA Y VIDA

La medicina de emergencia que, como consecuencia de la virulenta pandemia Covid-19, hubo de ser aplicada en el sistema sanitario español desde comienzos de 2020, ha evidenciado la endeblez de los derechos a la vida y a la salud. A pesar de su rango de primer nivel en el sistema constitucional, su tutela real resultó gravemente limitada en un entorno político en el que, ya desde la crisis de 2008, los sistemas sanitarios públicos habían sido mutilados¹ por exigencias de los programas privatizadores propios de la financiarización económica, y por la autoritaria imposición —desde la Europa del norte— de programas de austeridad —sobre la Europa del sur—, que diezmaron las endebles estructuras de nuestro Estado del bienestar, retóricamente destinadas a amparar a quienes lo necesitan, es decir, a los colectivos más vulnerables².

Un mercado de la salud competitivo y desregulado no puede ser —incluso dejando de lado los efectos de la pandemia— ni justo ni eficiente³. Aún menos puede, una vez instalada la emergencia sanitaria con su corolario de bienes escasos, dar respuesta satisfactoria a las situaciones conflictuales determinadas por una demanda desmesurada, aunque coyuntural, de tratamientos de soporte vital avanzado (SVA), que el sistema público no puede satisfacer.

En las situaciones en que resulta imprescindible la asignación excluyente de recursos de SVA —paradigmáticamente planteadas cuando solo se puede disponer de un respirador y se necesita tratar a dos pacientes cuya supervivencia depende de la intubación—, el facultativo responsable se ve obligado a discriminar, esto es, con el Diccionario de la Lengua Española (DLE), a “seleccionar excluyendo”.

Los procedimientos de selección y priorización de pacientes a los que asignar los recursos escasos, denominados en la práctica hospitalaria triajes, tanto son aplicables *ex ante* —el médico decide a cuál de dos enfermos en peligro de muerte va a aplicar el único respirador del que dispone—, como *ex post* —el médico opta por intubar a un nuevo paciente con el respirador, único asequible, que ha de retirar al enfermo que ya lo estaba utilizando. Puede añadirse, incluso, una tercera categoría, el denominado triaje *ex ante* preventivo que, en realidad, es un triaje previo dirigido a evitar otro posterior: el médico no facilita el respirador al paciente con pronóstico muy negativo, en la convicción de que lo necesitará para la atención eficiente del enfermo que ingresará próximamente con un pronóstico más favorable⁴.

Cuando de los cuidados tan imprescindibles como escasos depende, según diagnósticos y pronósticos científicos del nivel exigido por la *lex artis* del siglo XXI, la prolongación de la vida de un paciente, con preterición de la del otro, se genera una situación de conflicto que ha de solventar, en un sentido u otro, el profesional médico⁵, atendiendo inicialmente a criterios jurídicos, para complementarlos con otros de naturaleza médica y, aún, social. Aunque no todos tienen el mismo rango: es la Constitución (CE), en cuanto cúspide del ordenamiento jurídico, la que fija la jerarquía⁶. De suerte que, incondicionadamente, la discriminación que realiza el facultativo ha de compatibilizar los objetivos asistencial-terapéuticos con el respeto a los principios que el ordenamiento constitucional tiene establecidos en materia de protección de los bienes jurídicos afectados, vida y salud.

Ciertamente, estos principios no constituyen un *va-demécum* de respuesta urgente a cuanta cuestión de detalle plantee la praxis médica, sino un sistema de pautas generales vinculantes, pero no siempre idóneas para aportar certeza al caso concreto. Tampoco lo son

1 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021: 45).

2 HORTAL IBARRA, J. C. (2022: 585-586).

3 ROSE-ACKERMAN, S. (2021: 28).

4 COCA VILA, I. P. (2021: 171-172).

5 Las referencias limitadas, por mor de claridad expositiva, al médico son extensibles, *mutatis mutandis*, a todo el personal sanitario que pueda resultar garante de los bienes jurídicos en juego. Igualmente, las referencias hechas a la vida/muerte son aplicables, *mutatis mutandis*, a salud/lesiones.

6 NIETO MARTÍN, A. (2020).

los preceptos penales, que, tributarios de su vocación de generalidad y permanencia, necesitan apoyarse en la *lex artis* para valorar las circunstancias complejas y variables que confluyen en cada situación haciéndola única.

Así, tal como constataba al comienzo de la pandemia la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (España), cada decisión de priorización requiere del facultativo “*utilizar la prudencia y la competencia junto con el buen juicio clínico y la capacidad personal para tomar decisiones conformes a la deontología profesional, que no sean contrarias a la ética ni a la legislación vigente*”⁷, lo que evidencia la necesidad de contar con protocolos idóneos para ayudar a los profesionales en la labor de adecuar los recursos humanos y técnicos de que disponen a la carga asistencial que asumen.

Esta ayuda es tanto más útil en las situaciones de tensión propias de la medicina de emergencia, en las que, como es regla común, el uso inadecuado de los recursos puede comportar la responsabilidad criminal del facultativo. Pero no se trata solo de dar soporte emocional al médico que ha de tomar decisiones dramáticas: es aún más importante poner a su disposición el instrumental cognitivo necesario para que los triajes respondan a lo exigido por el ordenamiento jurídico, en orden a la mejor tutela de los esenciales derechos de los pacientes —actuales o potenciales— a los que afecta su actividad profesional.

1. Valoración jurídica

1.1. Principio de igualdad y estado de necesidad

Vincular los triajes a los requerimientos del sistema jurídico implica partir de la vigencia del principio general de universalidad e igualdad del derecho a la vida. Aunque sea obvio que, en el plano de lo empírico, no hay dos vidas iguales —y en este sentido cada una no deja de ser una realidad comparativamente ponderable—, como bien jurídico o como derecho subjetivo toda vida humana tiene la misma relevancia para el Derecho, cualesquiera sean las características de su titular y las circunstancias en que se encuentre. Se trata del derecho a la vida, y no del derecho a un determinado tipo de vida⁸.

No otra cosa se desprende del contenido literal del art. 15 CE: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*”. Complementado, en lo que aquí interesa, por los artículos 43.1 —“*Se reconoce*

el derecho a la protección de la salud”— y 53 —“*1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título⁹ vinculan a todos los poderes públicos... 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero¹⁰ informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”.

Ya en el plano de la legislación ordinaria, la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, consagra el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria como universal —“*Art. 1.2. 2. Son titulares del derecho... todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*”— e igualitario —“*Art. 3.2. “Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos”*”.

El carácter igualitario de estos derechos queda garantizado, además, por la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública*, cuyo art. 6 dispone “*1. Todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. ... 3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública*”.

Por su parte, las instrucciones y protocolos habituales en la administración sanitaria y los códigos deontológicos también insisten, aunque no sin ambigüedades y contradicciones, en la vigencia del principio de igualdad.

Así, las *Recomendaciones* elaboradas en agosto de 2020 por el Ministerio de Salud de Argentina —*Covid 19. Ética en la asignación de recursos limitados en cuidados críticos por situación de pandemia. Recomendaciones*—, conocidas coloquialmente como “protocolo de última cama”, fijan los principios deontológicos que vinculan a los profesionales médicos. Entre ellos, el de respeto igualitario, en cuya virtud “*cada persona es igualmente valiosa... Los pacientes con síntomas o problemas de salud similares deben recibir igual cuidado y tratamiento*”, o el de no discriminación, que implica que “*ningún paciente será pospuesto en la atención por razones que no sean estrictamente médicas,*

7 COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CGCOM (2020).

8 COCA VILA, I. P. (2021: 186).

9 P. ej., derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15).

10 P. ej., derecho a la protección de la salud (art. 43.1).

*esto es edad, género, condición social, clase, religión, etnia, o cualquier otra característica relativa a su condición o lugar en la sociedad*¹¹.

El reconocimiento del derecho universal e igualitario a la vida suministra criterios jurídicamente coherentes para dar inicialmente respuesta a los casos de triaje. En el plano jurídico-penal, el facultativo, garante de la vida de dos pacientes a su cargo en condiciones idénticas, que se decide por la tutela de una de ellas en detrimento, inevitable, de la otra, se encuentra en una situación de estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales¹², y, por tanto, actúa en el marco de lo no prohibido por el Derecho penal: su conducta no puede reputarse antijurídica¹³.

Hay que advertir, no obstante que, en la práctica, las posibilidades estadísticas de que se produzcan estos sencillos supuestos de triaje *ex ante*, caracterizados por la absoluta igualdad de situaciones a cotejo, son excepcionales.

1.2. Preferencia cronológica y cumplimiento de un deber.

1.2.1. Triaje *ex ante*

Al margen de los ejemplos “de libro”, en los que no se podrían identificar elementos diferenciales para priorizar la asignación de recursos a los demandantes de asistencia médica en condiciones idénticas, lo habitual será que, entre situaciones clínicamente equiparables, medien, al menos, diferencias cronológicas en el acceso al sistema sanitario. En estos casos, en valoración del citado “protocolo de última cama” argentino, “*el criterio ‘primer llegado, primer ingresado’ debería ser el aplicado*”¹⁴.

La propuesta no goza del asentimiento unánime de la profesión médica ni de la doctrina penal, que cuestionan, con argumentos tanto éticos como jurídicos, que la razonabilidad de la priorización pueda depender del “*momento puramente azaroso del primer contacto con el personal médico*”. El azar, se arguye, no puede dirimir un conflicto que afecta a derechos fundamentales; a lo sumo puede ser tenido en cuenta, como un argumen-

to más, entre otros, para avalar —no decidir— el trato preferente a la persona que, antes que las otras, accedió al sistema sanitario¹⁵.

Otras opiniones van más allá y consideran inadmisibles la priorización asistencial determinada por la preferencia en el tiempo, incluso como criterio de aplicación subsidiaria cuando no se pueda recurrir a otros más sólidos. Es un ataque a la racionalidad clínica y ética, se denuncia, que lleva al absurdo de asignar recursos vitales a quienes, con peor pronóstico, viven en las proximidades de los centros hospitalarios, y a negárselos a quienes, por su solidario respeto a las medidas de prevención recomendadas por las autoridades sanitarias, tardan más en enfermar¹⁶.

Las objeciones críticas no son, sin embargo, concluyentes. Porque, ante la ineludible obligación de “*seleccionar excluyendo*” que se le plantea al sanitario, la discriminación jurídicamente coherente ha de priorizar entre deberes de asistencia que entran en conflicto. Pero entre deberes desiguales por cuanto, a igualdad de las demás variables, el facultativo ha de cumplir con el que le obliga a dar preferencia, incluso excluyendo a otros, al paciente que antes entra en su ámbito de competencias, y, por ende, de garantías. Procede, pues, entender de aplicación la eximente de cumplimiento de un deber¹⁷; causa de justificación la más obvia en su fundamento, tanto que, de no haber sido mencionada expresamente en el catálogo de eximentes, “*igualmente tendría valor justificante*”¹⁸.

En el ordenamiento español esta propuesta resulta más coherente que la de inclinarse por fundamentar la exención de responsabilidad apelando al ejercicio de un oficio o cargo, cuyos contenidos son de difícil delimitación, en tanto en cuanto integran derechos y deberes de naturaleza y rango heterogéneos, de contornos difusos y de origen muy diverso, que va desde la ley a la prescripción técnica, pasando por códigos deontológicos, normas de experiencia, etc., mientras que el deber, cuyo cumplimiento tiene eficacia justificante en el art. 20.7º CP, ha de estar nítidamente definido en la norma jurídica, que es lo que ocurre en los supuestos aquí examinados. Lo que, por otra parte, aporta un plus

11 MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020: 3).

12 CP español, Art. 20. “*Están exentos de responsabilidad criminal:... 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.

13 GIMBERNAT ORDEIG, E. (1976: 121-122). MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2015: 297). TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2001: 254).

14 MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020: 6).

15 KUSCHE, C. (2021: 11).

16 HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020: 3-4).

17 CP español, Art. 20. “*Están exentos de responsabilidad criminal:... 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”.

18 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. (2019: 319).

de claridad y seguridad a los profesionales sanitarios y a los operadores jurídicos¹⁹.

Tampoco procedería acudir, como fundamento de la exención, a la legítima defensa o al estado de necesidad genérico, ya que en los casos a examen el médico carece de la posibilidad de decisión de que dispone quien, ante la agresión ilegítima o el conflicto a resolver, está facultado, pero no obligado, a atender contra un bien jurídico²⁰. Ni siquiera parece aconsejable apreciar estado de necesidad por “colisión de deberes”, ya que este supone la concurrencia de dos normas que en general imponen deberes contrapuestos²¹, mientras aquí prevalece, con origen en una norma no penal, el deber de actuar, y de actuar de modo preciso²².

El médico, ante la pluralidad de enfermos demandantes del tratamiento que puede dispensar a uno solo, no tiene capacidad de optar: ha de limitarse a aplicar al paciente, cuyos cuidados han entrado en su campo de competencias, la asistencia idónea. El deber de actuar determina la decisión facultativa sobre el “sí” —que ha de tener fundamento jurídico— y sobre el “como” —que ha de responder a los requerimientos de la *lex artis*.

El Derecho positivo respalda la vigencia en este marco del principio “*prior tempore, potior iure*”. No porque la prioridad cronológica sea un valor en sí, sino porque comporta elementos de preferencia legalmente relevantes.

Así lo establece para el acceso hospitalario el art. 16 de la *Ley General de Sanidad*: los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud o carentes de recursos económicos, ingresarán en los centros hospitalarios “*a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente*”. A pesar de que la regla parece aplicable solo a un sector de usuarios, lo cierto es que remite a un sistema de acceso único basado en una lista también única. Si, además, el mismo precepto impone que “*las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos*”, resulta obvio que la *voluntas legis* se dirige a equiparar el derecho de todos los usuarios a que se les dispense el tratamiento hospitalario adecuado a sus necesidades de acuerdo con el orden fijado por la lista de espera común.

Esa lista se elabora, a partir de categorías de enfermedades y tratamientos, con criterios cronológicos, que son los que dan inicio al acceso a la “*cartera co-*

mún básica” de servicios asistenciales públicos que, a tenor de la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, art. 8 bis 1.1, incluyen “*todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios*”. Por su parte, los artículos 8 bis 1.2 y 13 imponen, una vez iniciados los diagnósticos y tratamientos, “*la continuidad asistencial, bajo un enfoque multidisciplinar, centrado en el paciente*”, en condiciones de “*máxima calidad y seguridad*”. Expresamente, la atención especializada “*garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria*”, así como “*las condiciones de accesibilidad y equidad para toda la población cubierta*”.

A tenor del art. 3 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, el garante del inicio y continuidad del tratamiento es el “*médico responsable*”, esto es, el que “*tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial*”.

Las prescripciones legales de referencia dejan poco margen a las dudas interpretativas. Y, sin embargo, las instrucciones y protocolos administrativos y los códigos deontológicos no siempre se han mostrado íntegramente coherentes con ellas.

El *Informe del Ministerio de Sanidad [español] sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, publicado en abril de 2020, pretendió adaptar el *corpus* normativo general a las necesidades específicas planteadas por la pandemia, y, a tal fin, formulaba unas recomendaciones dirigidas a regular, en el marco de una medicina de emergencia condicionada por la insuficiencia de recursos, los triajes a practicar cuando surge un conflicto solo soluble sacrificando una de las alternativas incompatibles entre sí.

El marco conflictual es *conditio sine qua non* de apreciación de una causa de justificación, por tanto, los criterios de priorización recomendados solo pueden ser utilizados “*cuando se hayan agotado todas las posibilidades existentes para disponer de los recursos asistenciales necesarios y para optimizar el uso de los disponibles*”²³. El *Informe* es claro en este punto, lo que debe ser subrayado por cuanto, en la praxis hospitalaria

19 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2017: 145-146).

20 LUZÓN, D. (2021: 360-361). MIR PUIG, S. (2016: 464).

21 MIR PUIG, S. (2016: 466).

22 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2017: 144).

23 MINISTERIO DE SANIDAD, (2020: 8).

española, muchos facultativos se han visto sometidos a la tensión de tomar decisiones trascendentales para sus pacientes en situaciones conflictivas que podrían haber sido resueltas con una más eficiente utilización de los medios disponibles. Pero, de hecho, cuando se debería haber intentado atender a todas las demandas de tratamiento trasladando enfermos a centros con recursos utilizables o movilizándolo a centros menos dotados, ni se dispusieron traslados de pacientes a comunidades autónomas distintas a las de inicio de la asistencia, ni se transfirieron medios de SVA de las comunidades mejor equipadas a aquellas que, urgidas por la emergencia, más los necesitaban²⁴.

La insuficiencia de recursos obliga al personal médico a priorizar, lo que “*plantea numerosos problemas éticos de extrema complejidad, a los que en no pocos casos no se les pueden dar respuestas determinantes y definitivas*”. Pero no es seguro que el Informe, a pesar de la nitidez de sus puntos de partida, esté, en el desarrollo de sus propuestas, libre de ambigüedades.

Así, aunque recomienda atender, para decidir el orden de acceso a los tratamientos escasos —concretamente UCIs—, a “*la data de ingreso en el centro, con el fin de objetivar el punto de partida de los pacientes de los que se responsabiliza el sistema*”, advierte que “*nunca debe anteponerse*” este criterio a otros que priorizan la vida y salud de los individuos más resistentes o más recuperables. Lo que no resulta, sin embargo, del todo coherente, pues se pospone —*rectius*, de hecho se neutraliza— el criterio de preferencia temporal y simultáneamente se proclama garantizar la “*continuidad de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente*”, siendo así que la continuidad solo puede entenderse como mantenimiento de la asistencia que ya se viene aplicando, y esta se inició con las personas que accedieron antes —en el tiempo— a la condición de pacientes. Tampoco ayuda demasiado recomendar que el principio de “*máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas*” deba ser compatibilizado con el compromiso de continuidad²⁵, porque la cuestión a resolver es, precisamente, qué hacer en los casos de incompatibilidad.

1.2.2. Triage *ex post*

El veto jurídico-penal a los triajes *ex post* se fundamenta en argumentos semejantes a los aplicables a los triajes *ex ante*.

Doctrinalmente se ha venido entendiendo que se trata de supuestos a resolver de la mano de las causas de justificación, concretamente del estado de necesidad²⁶. Para concluir que, al igual que en el didáctico ejemplo de la “*tabla de Carneades*”, quien opta por salvar una vida mediante el sacrificio inevitable de otra, está exento de responsabilidad criminal. Pero la coherencia del recurso al estado de necesidad resulta cuestionable. En principio, porque este exige una ponderación entre males, el causado y el evitado, que no se reduce a una “*desnuda comparación*” puramente naturalística y cuantitativa, sino que integra elementos valorativos y normativos²⁷. Ponderar bienes jurídicos personalísimos con criterios solo cuantitativos no es suficiente a efectos de apreciación de la eximente.

Por otra parte, los presupuestos fácticos no son en estos casos los propios del estado de necesidad. El médico no se topa, al contrario de lo que ocurre en la circunstancia 5ª del art. 20 CP, con un conflicto a resolver mediante el muy excepcional triaje practicado *ex ante* a la vista de dos pacientes que presentan avales idénticos en favor de su derecho al tratamiento imprescindible. En efecto, antes de surgir el conflicto, el principio “*prior tempore...*” ya se ha materializado en la asignación de los recursos escasos al tratamiento de un usuario al que el sistema sanitario ha recibido y garantizado, por imperativo legal, continuidad asistencial. El facultativo responsable de esa continuidad, que la interrumpe en detrimento de “su” paciente al que ya está tratando, incumple un deber que le vincula específicamente.

En consecuencia, en el triaje *ex post* no concurre ni estado de necesidad ni cumplimiento de un deber. Que es la conclusión a la que llega, en Alemania, el Consejo de Ética, Solidaridad y Responsabilidad en la crisis de coronavirus, en coherencia con la opinión dominante en doctrina penal: el médico que arrebató el dispositivo proporcionado a A e intuba a B, no puede beneficiarse de una causa de justificación²⁸.

2. Valoración médica

2.1. Éxito clínico

Las anteriores conclusiones no pueden ser compartidas por quienes apuestan por resolver la asignación de recursos de SVA atendiendo no al principio general de igualdad en el derecho a la vida, sino a las posibilidades, concretas y probadas en cada caso, de éxito clínico.

24 HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020: 2).

25 MINISTERIO DE SANIDAD (2020: 3 y 8).

26 COCA VILA, I. P. (2021: 171).

27 GARCÍA RIVAS, N. (2016: 251).

28 KUSCHE, C. (2021: 4).

co. Por quienes apuestan, desde esa perspectiva, por el “mayor bien” o por la “maximización de beneficios”.

Por ejemplo, por la *Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de emergencia*, que postula recurrir al criterio de la “*perspectiva de éxito clínico... por tanto, si A tiene pocas chances de sobrevivir y B tiene más, B debe recibir el respirador*”. Propuesta extensible a los casos de triaje *ex post*: “*por ‘consideraciones de justicia’ los pacientes que ya están recibiendo tratamiento también deberían incluirse en la ‘batalla’ por dicho tratamiento*”²⁹. En la misma línea, en marzo de 2020, la *Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva* indicaba que en un marco de “*medicina de catástrofe*” los profesionales sanitarios han de tomar las decisiones sobre a quién atender y cómo hacerlo, en razón de las condiciones de salud —además de la edad— de los pacientes. Casi simultáneamente, las ya citadas *Recomendaciones* del Ministerio de Salud de Argentina mantenían que “*en el ámbito clínico, este principio se traduce en el deber de asignar los recursos escasos a quienes tengan mayor posibilidad clínica de beneficiarse por recibirlos. Es decir, aquellas indicaciones basadas en la mejor evidencia científica disponible respecto: a la probabilidad de éxito, con una intervención médica determinada, en un paciente específico. Este será el principal indicador para la asignación de recursos críticos disponibles que debe regirse por la proporcionalidad terapéutica*”³⁰.

Po su parte, el *Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena de Valdemoro* (Madrid) difundió un documento en el que, tras tomar como referencia “*la mayor justicia distributiva y el mayor bien para el mayor número de personas*”, considera “*prudente y adecuado dirigir los mayores esfuerzos terapéuticos a los pacientes que, tras evaluación de los criterios clínicos de gravedad y pronósticos previamente seleccionados, se considere que tienen mayor posibilidad de supervivencia y conseguida esta en menor plazo de tiempo con su ingreso en UCIs*”³¹.

El *Informe del Ministerio de Sanidad* [español] *sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia*, citado *supra*, insiste en los anteriores criterios, aunque no sin contradicciones. Producido el conflicto no evitable, la decisión dirimente se tomará “*con base en criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados, sin perjuicio de valorar también los aspectos singulares e individuales que presente cada*

persona enferma por el virus” (Conclusión 4ª). A partir de ahí, recomienda seguir, en el tratamiento de los pacientes de Covid-19, los siguientes criterios generales: “*1º No discriminación por ningún motivo ajeno a la situación clínica del paciente y a las expectativas objetivas de supervivencia basadas en la evidencia. 2º El principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, que debe compatibilizarse con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente. 3º Gravedad del estado de enfermedad del paciente que evidencie la necesidad de cuidados intensivos (asistencia en unidades de cuidados intensivos y acceso a ventilación mecánica). 4º Expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes que evidencien un pronóstico fatal (enfermos terminales con pronóstico de irreversibilidad, estado de coma irreversible, etc.), aunque pueda comportar una atención clínica añadida*”³². Solo final y subsidiariamente, como se adelantó³³, debería seguirse el orden temporal de acogida por el sistema de salud. Aunque la relevancia de este criterio —en la práctica, subalterno más que subsidiario— queda reforzada cuando se exige compatibilizar las (preferentes) expectativas de éxito clínico con los principios de no discriminación y de continuidad de la asistencia iniciada, difícilmente comprensibles si no es dentro del respeto al de prioridad por el orden de acceso.

En esa línea de ponderar el valor de la vida de diferentes sujetos a partir del pronóstico de éxito clínico, se ha llegado a recomendar, como indicador de viabilidad, la edad del paciente. La propuesta se fundamentaría en la consideración, obvia por tautológica, de que estadísticamente a las personas de mayor edad les quedarían por vivir menos años que a las más jóvenes. Con este endeble fundamento se construye el pronóstico de mejores expectativas de supervivencia y se priorizan unas vidas humanas, las presuntamente más resistentes, sobre otras, que presuntamente lo son menos.

Es cierto que la edad no ha sido propuesta doctrinalmente como criterio expreso y único de exclusión, pero en la medida en que se ha aceptado como “*detalle clínico relevante*”³⁴, ha accedido exitosamente a los protocolos elaborados y aplicados, en la primera fase de la pandemia, por no pocas instituciones asistenciales para justificar la privación de los tratamientos vitales nece-

29 Cfr. KUSCHE, C. (2021: 9).

30 MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020: 2-3).

31 Cfr. SAMPER, E. (2020).

32 MINISTERIO DE SANIDAD (2020: 2, 7, 8).

33 Ver, *supra*, nota 25.

34 HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020: 3).

sarios, incluida la atención hospitalaria, a los ancianos residentes en establecimientos *ad hoc*³⁵.

*El objetivo de éxito clínico, valorado a partir del edadismo, da sentido, p. ej., a las “consideraciones éticas” relativas a las medidas terapéuticas aplicables en las residencias de ancianos elaboradas en 2020 por la Comisión de Bioética de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que aconsejan priorizar los recursos asistenciales atendiendo a “1) la situación funcional previa del enfermo (medida a través del índice de Barthel), y 2) su esperanza de vida según comorbilidad y edad (valorada a través del índice de Charlson”. Y, para evitar dudas, se precisa: “Es importante señalar que la edad cronológica, la edad en años, no es nunca el único criterio a tener en cuenta. Pero es verdad que, como se puede establecer por la esperanza de vida y situación funcional, en situaciones extremas y siempre ante casos similares, se debe dar prioridad a los más jóvenes, que tienen más posibilidades de supervivencia y secundariamente, más años de vida salvada”*³⁶.

2.2. *Quid iuris?*

Las reivindicaciones de la probabilidad de éxito clínico como criterio de priorización de pacientes adolecen de un talón de Aquiles común: dejan de lado los análisis jurídicos; lo que es tanto como preterir la vigencia de valores, derechos y principios constitucionales no susceptibles de regateo, aunque este venga guarnecido con pretensiones de legitimación clínica o ética, solo válidas en la medida en que tengan también legitimidad jurídica..

La respuesta jurídica a los triajes por éxito clínico debe identificar inicialmente las fuentes que configuran el deber, o incluso el derecho, de actuar del médico. Si a la cabeza de esas fuentes se coloca la *lex artis* —entendiendo por tal la que obliga, o autoriza, al facultativo a aplicar el máximo de conocimientos y destrezas para lograr, en términos de salud, el mayor beneficio del mayor número de personas, aunque para ello tenga que provocar, por acción o por omisión, muertes o lesiones de algunas—, la consecuencia habría de ser que el profesional que actúa cumpliendo ese deber, o ejerciendo ese derecho, no realiza una conducta antijurídica: así lo requiere la unidad del ordenamiento jurídico que no puede soportar la contradicción lógica y axiológica de que el Derecho penal castigue como delito lo que otras

ramas del Derecho imponen como deber o reconocen como facultad³⁷.

A pesar de su claridad, este argumento utilitarista se resiente de un punto de partida no incuestionable. Porque, para que la práctica médica esté amparada por una causa de justificación, “*es necesario que se haya desarrollado... bajo las prescripciones técnicas que protocolizan cada actividad*”³⁸. Y lo que está protocolizado normativamente es la vigencia en los triajes del principio *prior tempore*. La *lex artis* rige los procedimientos aplicables por cada médico a cada uno de sus pacientes y determina la corrección de la práctica clínica, pero su ámbito de actuación está legalmente predefinido. Así, la valoración puramente médica, cuando plantea la maximización de beneficios como objetivo pragmático valorado solo desde la eficiencia general del sistema sanitario, resulta, *prima facie*, no atendible, en la medida en que conduce a ponderar y priorizar el derecho a la vida de los unos sobre el de los otros, entrando en contradicción con el ordenamiento constitucional.

Para salvar la contradicción entre los objetivos sanitarios así configurados y los constitucionales —igualdad, universalidad—, se ha propuesto entender la maximización de beneficios como concreción del derecho a la salud. Así lo hacen las supracitadas *Recomendaciones* del Ministerio de Salud de Argentina: “*El derecho humano a la salud jurídicamente reconocido como tal en la constitución nacional, de carácter integral, de derecho colectivo, público y como capital social, exige el deber de administrar los recursos de alta demanda, como los cuidados críticos, donde se vaya a obtener mayor beneficio terapéutico*”³⁹. Desde esa perspectiva, lo decisivo sería implementar la respuesta jurídica adecuada a un conflicto en el que no coluden vidas sino intereses en peligro⁴⁰. Y, en la elaboración de esa respuesta, el sistema penal, se advierte, no debería apartarse de los criterios priorizados por la medicina.

En los sectores profesionales españoles se suelen proponer como protocolos de referencia, cuyos éxitos se asientan en el “*uso exclusivo de criterios clínicos*”⁴¹, los establecidos por el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

Pero la atribución del monopolio de legitimidad a los criterios de éxito clínico, con la consiguiente deslegiti-

35 NIETO MARTÍN, A. (2020). *In extenso*, HAVA GARCÍA, E. (2022: 134-136).

36 Cfr. HAVA GARCÍA, E. (2022: 141).

37 LUZÓN, D. (2021: 359).

38 MATELLANES, N. (2015: 306).

39 MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020:4).

40 DENZEL, M. (2020: 62).

41 HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020: 1).

mación de los que tienen otro fundamento, carece de la apoyatura legal inequívoca que se pretende. En efecto, el art. 13.1 del *Real Decreto* establece que la asignación de órganos “se realizará por criterios clínicos, de equidad, calidad, seguridad y eficiencia”. Y a tenor del art. 4.3 “la selección y el acceso al trasplante de los posibles receptores se regirán por el principio de equidad”. La equidad, como criterio rector, no es de naturaleza clínica, sino valorativo-jurídica. Equidad es en el DLE, “dar a cada uno lo que se merece en función de sus méritos o condiciones”, o “no favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra”: con cualquiera de las dos acepciones, no es equitativo dar o quitar en razón del beneficio clínico —por muy aséptico que se autoproclame— cuando la decisión entre en contradicción con el carácter valorativamente igualitario que el derecho a la vida —a todo tipo de vida— tiene en la Constitución. A mayor abundamiento, el art. 4.1 consagra otro principio rector de los procesos de obtención y utilización clínica de órganos humanos: el respeto “a los derechos fundamentales de la persona”. De lo que procede concluir que las expectativas de “mayor beneficio” solo pueden tener, para el Derecho penal, efectos justificantes en la medida en que el triaje subsiguiente se integre sistemáticamente en un marco jurídico más amplio que no admite la limitación discriminatoria del derecho fundamental a la vida.

También se ha pretendido que el objetivo de maximizar beneficios dé respuesta a los triajes preventivos *ex ante*, de modo que cuando exista una probabilidad “considerable” (?) de que un paciente con pronóstico de supervivencia pueda beneficiarse del recurso SVA en el futuro, el médico que incumple su deber de ingresar en la UCI al paciente que objetivamente lo necesita en el tiempo presente, no causa un mal mayor que el que evita, y, por ende, la muerte de este “primer paciente” quedaría justificada por estado de necesidad agresivo. *Item* más, de proceder el facultativo de otro modo, sería responsable de no haber salvado al futuro paciente (hipotético) con pronóstico más favorable (hipotético también), como era su deber, y responderá por su homicidio antijurídico⁴². Todo ello en el entendimiento de que “cualquier sociedad de individuos racionales... optaría por este modo de resolución del conflicto, porque es el que maximiza las oportunidades de supervivencia de cada uno: salvar siempre al paciente con mejor pronóstico garantiza, en términos agregados, la minimización de los supuestos en los que, pese a los esfuerzos empleados en el tratamiento, terminan falleciendo todos los necesitados”. Para con-

cluir: “lo que parece contrario a la dignidad humana es permitir al médico elegir salvar al paciente con un pronóstico más desfavorable, con total independencia de las razones que lo lleven a tomar esta decisión”⁴³.

En el fondo todas las tesis utilitaristas comparten un presupuesto básico: la prioridad del beneficio personal —de quien accede a unos cuidados que no le serían dados sin la decisión en ese sentido del facultativo— o del bien común. En favor de los intereses de quien puede beneficiarse más, lo que se sugiere es salvar lo que, a medio plazo, aparece como más susceptible de ser salvado; a costa de lo que, a corto plazo, aparece como más difícilmente salvable. Y en aras del difuso bien común supra personal, se reivindica la mejor protección del derecho colectivo y público a la salud —“en términos agregados”—, como “capital social”. Pero ni el capital social ni los intereses de la mayoría quedan mejor servidos con la eventual salvación de A por medio de la segura condena de B, en un contexto normativo presidido por el principio constitucional incondicionado de que el bien jurídico vida, de titularidad individual, goza de protección estatal igualitaria.

Esa igualdad no puede ser cuestionada apelando a otro argumento también esgrimido por las doctrinas utilitaristas: dado que la vida humana es finita, tener en cuenta en su valoración el componente cuantitativo no entraría en contradicción con la igualdad básica. Antes bien, supondría simplemente aceptar lo evidente: todas las vidas tienen el mismo valor, pero no la misma duración. El argumento adolece de cierta inconsistencia, en la medida en que parte de la conclusión a la que pretende llegar: la desigualdad temporal cuantitativa —hipotética en todo caso— desvirtúa la igualdad valorativa explicitada normativamente, y prima sobre ella. No puede ser un argumento determinante.

Si el mal causado en el triaje preventivo *ex ante* por razones estrictamente médicas no es de menor ni de igual rango valorativo que el evitado, no cabe pretender justificada la conducta, pues no concurren los elementos de la eximente de estado de necesidad. Ni tampoco las recomendaciones deontológicas o las instrucciones reglamentarias pueden excepcionar el mandato constitucional de protección, en términos de igualdad, de vida y salud, lo que veta la apreciación de cumplimiento de un deber.

Podría quizá resultar más fértil hipotetizar la concurrencia de obrar “en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo” (CP, art. 20. 7º). Lo que, no obstante, solo puede ser útil si se acepta, como punto de partida, que el oficio de la medicina tiene como objetivo la salud pú-

42 Cfr. COCA VILA, I., P. (2021: 175-176).

43 PANTALEÓN DÍAZ, M. (2021).

blica, concebida como “la mayor justicia distributiva y el mayor bien para el mayor número de personas”⁴⁴. Pero, ya se ha insistido en ello, tanto los artículos 15 y 43 de la Constitución como el art. 1 de la *Ley General de Sanidad* garantizan el derecho a la protección de la vida y la salud a sus titulares, que no son ni el Estado ni otros colectivos institucionalizados⁴⁵, sino las personas.

Además de que, si se admitiera como plausible la opción de sustituir al destinatario inicial de los tratamientos escasos por otro demandante de asistencia que pudiera “beneficiarse más” o que “se considere que tienen mayor posibilidad de supervivencia y conseguida esta en menor plazo de tiempo”, la aplicación de la eximente debería exigir un juicio experto previo, de diagnóstico y pronóstico, sobre la viabilidad de cada una de las personas implicadas, lo que no es factible en condiciones de emergencia, que obstaculizan el estudio exhaustivo y contrastado del caso y que impiden adelantar, en las fases iniciales del tratamiento aplicado al paciente preferido y vetado al preterido, la eventual progresión terapéutica comparada de ambos. Así, el triaje vendría predeterminado, en la práctica, no por un diagnóstico individualizado sino por reglas actuariales que no pueden servir, en el caso concreto, para fijar la “proporcionalidad terapéutica”. Son las reglas aplicadas cuando la autoridad administrativa sanitaria es quien ordena el triaje preventivo *ex ante*, “generalizado y sistemático, aplicable a todo un sector de la población, en base a una presunción de estado de necesidad existencial”⁴⁶. La exención de responsabilidad no puede asentarse en estos presupuestos.

Con carácter general, la doctrina jurídica rechaza las recomendaciones deontológicas vinculadas exclusiva o prioritariamente al objetivo del mayor éxito clínico, por cuanto ese objetivo, por sí solo, tiene un inaceptable marchamo discriminatorio para con quienes, al comienzo de la enfermedad tuvieran menos posibilidades de supervivencia: “el menor valor vital no es ni siquiera esgrimible como criterio. En materia de homicidio, sujeto pasivo idóneo, es incluso el agonizante, la persona a la que quedan solo segundos de vida; el adelantamiento de su muerte por la acción de un tercero, en esa situación, supone la calificación de las conductas como de homicidio, si no asesinado... En este enfoque... toda la Doctrina es conteste”⁴⁷.

En las consideraciones anteriores no se ha hecho mención a la relevancia jurídica de la (menor) edad del paciente como criterio de priorización del acceso a los recursos del SVA. Porque es obvio que no procede: “nadie defendería que la vida de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad es más o menos valiosa que la de cualquier otra persona”⁴⁸. Y así se pronuncia inequívocamente el *Informe del Ministerio de Sanidad* español de 2020, que proscribía decidir en base a criterios etarios: “excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 de la Constitución española). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular. Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas, por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo” (Decisión 5ª)⁴⁹.

3. Valoración social

3.1. Significación social

La significación social del paciente para la comunidad ha sido también uno de los criterios de triaje avalado por algún sector doctrinal y por ciertas pautas deontológicas⁵⁰.

Lo reivindica explícitamente uno de los padres de la guía que el *Grupo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva* hizo pública en marzo de 2020. Aclaraba, partiendo de criterios de éxito clínico, que las posibilidades de supervivencia de cada enfermo, y no la edad, deben decidir la priorización de acceso a las UCI, especialmente cuando el sistema se colapsa, situación en la que procede intensificar los cuidados de quienes reúnan esas posibilidades, con el inevitable sacrificio, por posposición, de quienes no las reúnen, “aquellos que tengan enfermedades crónicas asocia-

44 Es la referencia propuesta por el Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena de Valdemoro (Madrid). Ver *supra* n. 31.

45 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2019: 90).

46 HAVA GARCÍA, E. (2022: 153).

47 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021: 47 y 49).

48 LÓPEZ LÓPEZ, C. I. (2021: 105).

49 MINISTERIO DE SANIDAD (2020: 9).

50 Cfr. COCA VILA, I. P. (2021: 170).

das, con lo cual sus posibilidades de supervivencia podrían ser discutidas o serían menores. Y... [sobre todo] aquellos que no tienen posibilidades, como enfermos de alzheimer o con cáncer diseminado, etc....". Pero, para decidir definitivamente, hay que añadir a las posibilidades de supervivencia de cada enfermo su "valor social", lo que lleva de la mano a asignar los recursos escasos de acuerdo con "la repercusión social que representa cada paciente": "Tengo una mujer [que] tiene una neumonía por COVID y otra que tiene lo mismo. Pero la primera tiene tres hijos pequeños, y la segunda no. ¿A quién ingresas? A la de los hijos... personas que tienen personas mayores a su cargo o dependientes... todo eso.... Otro caso que se prioriza: una enfermera. La tienes que ingresar primero, porque la necesitarás de aquí a unos días para atender a más gente". Todos ellos, a igualdad de gravedad, tendrían preferencia a la hora de acceder a la UCI frente a quienes no tienen reconocida una mayor "repercusión social". Claro que los excluidos no deben preocuparse: la sanidad pública, que les niega el derecho a recibir SVA, les ofrece alternativas, como ingresarlos "en la planta de hospitalización. Para cuidados paliativos, para ofrecer una mascarilla... hay muchos casos"⁵¹.

La mistificación subyacente al argumentario de la significación social es más clara cuando se alzaprima, a estos efectos, el "valor" de los profesionales sanitarios. Si, como defiende el *Comité de Bioética de España*, "protegiendo prioritariamente a los sanitarios, sobre todo a aquellos más directamente involucrados en la asistencia directa a pacientes, nos protegemos directamente a todos", y si "el principio de justicia... exige priorizar a los que en el beneficio de terceros han expuesto más intensamente su salud", lo coherente es concluir que "los sanitarios y otros profesionales de particular importancia para el tratamiento de la pandemia deben tener preferencia en el acceso a los recursos disponibles"⁵².

Las tesis de la significación social constituyen, en su expresión descarnada, excepción en el argumentario médico, del que, sin embargo, no están totalmente excluidas.

Se ha criticado, en efecto, que comportan "una importante discriminación contra muchos colectivos", y que, en el caso del personal sanitario, quedan deslegi-

timadas por la libertad y la coherente libre asunción de responsabilidades que están en la base de la elección de su profesión. Pero el rechazo mayoritario se fundamenta, más que en objeciones al fondo, en las numerosas cuestiones que quedan sin una respuesta nítida —p. ej., ¿se debe proteger a los profesionales que afrontaron la pandemia en las trincheras del contacto directo con los enfermos transmisores o también a los vacunólogos que trabajaron en la tranquilidad del laboratorio?— o en las dificultades aplicativas con que tropieza su implementación: "El valor social de cualquier acto o persona depende de un sinfín de factores, muchos de los cuales son difíciles de medir. Incluso si este supuesto valor social pudiera medirse los profesionales sanitarios no están formados ni capacitados para hacer esta evaluación"⁵³.

La inequidad discriminatoria de la reivindicación de la relevancia social como criterio determinante de la selección necesaria en la colapsada sanidad de la emergencia tiene raíz tanto biopolítica —que recuerda demasiado a la medicina reaccionaria española de la primera mitad del siglo pasado⁵⁴— como aporofóbica, una vez que consta que el acceso a la salud solo es fácil para los sectores adinerados, cuya vida activa tiene una "repercusión social" superior a la de los marginales⁵⁵.

En efecto, el derecho a la salud no es, en los hechos, universal: es un bien escaso, de acceso particularmente difícil para los menesterosos.

En España, el informe de *European Anti-Poverty Network* para 2020 evidenciaba como el principal factor de desigualdad en el acceso a la salud es la pobreza⁵⁶. Y en el mismo año, la *Organización Panamericana de la Salud* denunció que un tercio de la población americana no podía recurrir al sistema sanitario⁵⁷.

La pandemia Covid-19 no podía sino potenciar las dificultades y desigualdades ya existentes. Así, el año 2021 ha sido testigo de la simetría entre limitaciones económicas e incidencia negativa, incluso en forma de cifra de fallecidos, de la pandemia. En el caso paradigmático de Brasil —donde las campañas de vacunación han tenido impulso institucional solo relativo, al menos en la primera fase de la pandemia, y donde, para garantizar la actividad económica, que, no obstante, provocó innumerables despidos, se han venido eludiendo las recomendaciones de aislamiento social promovidas por

51 PUENTE, A. (2020).

52 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020: 11-12).

53 HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020: 3).

54 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2020 b: 66).

55 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2020 a: 54-55).

56 EAPN-ES (2021: 19 y 69)

57 GUTIÉRREZ, I. (2020).

la OMS⁵⁸—, se contabilizan, a catorce de abril de dos mil veintidós, 661.710 fallecidos⁵⁹.

A su vez, en el plano supranacional, la *Organización Panamericana de la Salud* ha podido constatar cómo el 30% de la población de la región —doscientos ochenta millones de personas— “no tiene acceso a servicios de salud adecuados cuando los necesitan”, y los necesitan especialmente en situaciones de emergencia sanitaria, que exacerba tanto la escasez de recursos como la desigual en su distribución⁶⁰. La brecha que aleja a los ricos países del norte (U.S.A., Canadá) del resto, se reproduce a nivel interno: las cadenas de suministro de ingredientes farmacéuticos activos y la capacidad de diagnósticos fueron más eficientes en las metrópolis urbanas que en lugares remotos, siempre menos favorecidos económicamente. Y las consecuencias de la pandemia, ya discriminatorias en razón de la capacidad económica de cada individuo o grupo, fueron aún más excluyentes en la medida en que la escasez de recursos determinó, entre quienes no podían pagárselos, déficits alimentarios y asistenciales⁶¹, especialmente en materia psicosocial y de salud mental: en los doce meses anteriores a marzo de 2021, las personas con discapacidades no pudieron cubrir sus necesidades sanitarias el doble de veces que los que no las sufrían. La cifra se elevó al triple en la primavera de 2021, período en el que una de cada cuatro personas con discapacidades no pudo recibir asistencia sanitaria mental cuando la necesitaba⁶².

No es descabellado apoyar en los datos anteriores la evidencia de que pobreza económica es pobreza en derechos⁶³, y que, por lo tanto, la significación social de la vida/muerte del indigente marginal se valora en menos que la vida/muerte del potentado integrado. Por lo mismo, los triajes basados en solo pronósticos de éxito clínico, consolidan un ejercicio desigual del derecho a la vida, como desigual es el marco social que discrimina económicamente a sus titulares.

3.2. *Quid iuris?*

Si atendiendo a los principios jurídico-penales y a la normativa y la deontología sanitaria, resulta difícil justificar o exculpar al profesional sanitario que decide

el sacrificio de una vida en lugar de otra, a espaldas del principio “*prior tempore...*”, esa tarea es imposible cuando la decisión del facultativo tiene como fundamento valoraciones abiertamente discriminatorias y, por ende, anticonstitucionales.

Así lo establecen, por ejemplo, las ya citadas “*Recomendaciones*” del Ministerio de Salud de Argentina: “ningún paciente será pospuesto en la atención por razones que no sean estrictamente médicas, esto es edad, género, condición social, clase, religión, etnia, o cualquier otra característica relativa a su condición o lugar en la sociedad”⁶⁴. Y puede añadirse a esta enumeración *ad exemplum* la discapacidad intelectual o del desarrollo, que, sin embargo, ha constituido en España —y, en términos semejantes, a nivel global⁶⁵— un obstáculo considerable en el acceso a los servicios de salud durante el colapso sanitario registrado en el primer estado de alarma⁶⁶.

II. EMERGENCIA SANITARIA Y VIDA Y SALUD EN EL TRABAJO

La pandemia Covid-19 también ha testado las limitaciones del sistema penal para proteger la vida y salud de los trabajadores en contextos de emergencia, en los que la tutela de estos bienes jurídicos puede entrar en colisión con el derecho del empresario —incluidas las administraciones públicas— a mantener la actividad y a organizar el trabajo subordinado, o con el derecho del trabajador a un sistema de prevención que proteja su vida y salud frente a riesgos laborales inasumibles.

El núcleo penal tutelar de vida y salud de los trabajadores está constituido por los artículos 316 y 317 CP que, *ab initio*, parecen más susceptibles de aplicación que los preceptos que, en los Títulos I y III del Libro II, castigan homicidios y lesiones. En efecto, mientras estos son delitos de resultado lesivo, los delitos “*contra los derechos de los trabajadores*”, de los artículos 316 y 317, castigan la puesta en peligro de bienes jurídicos que, en reiterada interpretación jurisprudencial, tienen naturaleza colectiva⁶⁷. Si la agresividad de la pandemia Covid-19 trae causa, sobre todo, de la facilidad de contagio a través de aerosoles⁶⁸, resultan evidentes las dificultades para fundamentar una acusación penal y, en

58 SCENZA CAVALCANTI, B. y GARCIA MARQUES, G. R. (2020: 77-78).

59 WORLDOMETER, 14.04.2022. <https://www.worldometers.info/coronavirus/country/brazil/>; consulta, 14.04.2022.

60 OFICINA SANITARIA PANAMERICANA (2021: 39).

61 OFICINA SANITARIA PANAMERICANA (2021: 122-123).

62 EUROFOUND (2022: 6-8).

63 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2020 a: 53).

64 MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020: 3).

65 EUROFOUND (2022: 5-6).

66 HAVA GARCÍA, E. (2022: 136).

67 TERRADILLOS BASOCO, J. M., (2014: 477-478).

68 OMS (2021).

su caso, una sentencia condenatoria en la prueba de la relación causal entre el concreto agente del contagio y el resultado de muerte o lesiones a una víctima identificada. En cambio, sí debería resultar factible vincular un comportamiento de peligrosidad constatada, *ex ante* y *ex post*⁶⁹, con la provocación de un riesgo relevante para un círculo más o menos amplio de personas (los trabajadores).

En el ámbito de aplicación de los artículos 316 y 317, la emergencia sanitaria ha generado situaciones que, con un fondo común, se diferencian, sobre todo, en razón de los sujetos activos —deudores de seguridad, que no facilitaron los medios de prevención— y pasivos —titulares de los bienes jurídicos puestos en peligro.

Así, una cuestión compleja que ha tenido que afrontar la jurisdicción penal ha sido la delimitación de las eventuales responsabilidades de las autoridades que, en la primera ola de la pandemia, ordenaron el trabajo de los sanitarios obligándolos al contacto directo con pacientes fuente de contagio sin contar con los preceptivos medios personales o estructurales de prevención.

El posicionamiento del Fiscal del Tribunal Supremo (FTS) frente al alud de querellas presentadas por diversos colectivos contra el Presidente del Gobierno y algunos de sus Ministros, expuesto en dictamen emitido el 14.09.2020, fue categórico: solicita la inadmisión de todas ellas, ya que “no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal”⁷⁰. Más en concreto, en opinión de la fiscalía, las altas autoridades querelladas no eran conscientes, ni podían serlo, del peligro desplegado por la pandemia ni de los medios idóneos para neutralizarlo: “Resulta sencillamente evidente que la pandemia constituye un evento natural... extraordinario y cuyas consecuencias resultaban inicialmente ignoradas fruto del estado de la ciencia, al igual que lo eran las medidas que pudieran resultar más idóneas al objeto de combatir la enfermedad”⁷¹. Además, estima el Ministerio Público, resultaba inexigible a las autoridades políticas que facilitasen a los trabajadores sanitarios unos medios de protección de los que no disponían y a los que no hubieran podido acceder en los mercados nacionales ni en los internacionales⁷². Finalmente, procede desestimar las querellas contra los miembros del Gobierno dada su lejanía de los hechos: “el juicio de culpabilidad que haya de hacerse respecto de todos y cada uno

de los acusados, habrá de residenciarse sobre el grado de conocimiento de la concreta situación de riesgo y sobre su capacidad de actuación en esa materia, pues, de no exigirse ese grado de proximidad con la fuente de riesgo, estaríamos extendiendo la responsabilidad penal hasta los límites propios de la responsabilidad penal objetiva”⁷³.

Este último argumento —las altas autoridades, por su lejanía respecto a los hechos, no eran garantes de seguridad— es recogido por el importante Auto TS 6253/2021, de 07.05.2021: “ni la prevalente posición de la persona aforada en la estructura jerárquica de la Administración, en este caso autonómica, ni la objetiva constatación de la infracción de un deber legal, pueden ser suficientes para precipitar la incoación de un proceso penal ante esta Sala”⁷⁴.

A estos argumentos que avalan la inadmisión de querellas contra autoridades, se añade la crítica a la abusiva judicialización de la vida política, por cuanto, en su caso, las responsabilidades por la incapacidad para producir medios de prevención por parte de la industria nacional o para conseguirlos en mercados internacionales en los que la inusitada demanda excedía las posibilidades de la oferta, podían haberse exigido, como responsabilidades políticas que son, en sede parlamentaria, no ante los tribunales⁷⁵. Es de esperar, no obstante, que una vez superado lo peor de la pandemia, cuando contamos con mejor información sobre el modo en que se implementaron las estrategias sanitarias anti Covid-19, el hecho de acudir a los tribunales de lo penal no responda a impulsos de una espuria voluntad de judicialización de la política, pero que tampoco deje de responder al programa constitucional de exigencia de responsabilidad penal por la comisión de conductas delictivas.

Este es el criterio del Tribunal Supremo (TS) cuando, en el citado Auto 6253/2021, advierte que “nada impediría 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”, por lo que remite la querrella al Juzgado Decano, para que, tras el pertinente reparto, se implementen las investigaciones que permitan “discernir quiénes podrían ser objetivamente considerados como garantes y qué autoridades o funcionarios pudie-

69 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (1999: 74).

70 FTS (2020: 33).

71 FTS (2020: 84).

72 FTS (2020: 22).

73 FTS (2020: 17).

74 TS, sala de lo Penal, sec. 1, Auto 6253/2021, de 07.05.2021, ECLI:ES:TS:2021:6253A. Fundamentos de Derecho, Tercero. 2.

75 HORTAL IBARRA, J. C. (2022:594).

ron desoír el deber de actuar impuesto por las normas reguladoras de seguridad e higiene en el trabajo”⁷⁶.

Es muy similar el *iter* argumental recorrido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, en auto de 9 marzo de 2022, inadmitió la querrela presentada contra la Consellera de Salut de la Generalitat por asociaciones profesionales de miembros de la Guardia Civil y Policía Nacional que se sintieron discriminados en la administración de vacunas anti Covid-19, con el consiguiente incremento, dada su actividad profesional, de su exposición al contagio. El Tribunal resolvió no admitir la querrela por entender no acreditado que hubiera intervenido en el proceso de vacunación quien encabezaba la estructura jerárquica de la Conselleria. Aunque, como también apreció indicios de la discriminación denunciada y del protagonismo de un alto cargo del Departamento en las decisiones tomadas, remitió los autos al órgano competente⁷⁷.

En ambos ejemplos serán los tribunales ordinarios los encargados de identificar a quienes, en los términos de los artículos 316 y 317, decidieron o provocaron la situación de peligro. Pero ya cuentan con un elemento típico constatado: no se facilitaron los preceptivos medios idóneos para neutralizar eficazmente los riesgos para vida y salud de los trabajadores⁷⁸. Cuestión diferente es la de determinar el grado de imprudencia concurrente en las decisiones políticas de desmontar la presencia de lo público en sectores estratégicos de la sanidad o en las de improvisar la prevención frente a contagios recurriendo a medios ineficaces por inadecuados o por defectuosos, y, por ende, generadores de riesgo. En la medida en que esa imprudencia alcance el nivel de grave, parece factible la subsunción de las conductas en el art. 317 del CP, con la atribución — que no será tarea fácil— de las correspondientes responsabilidades penales a las autoridades y altos cargos centrales o autonómicos, cuyas competencias, a su vez, crecieron/menguaron por la entrada en vigor 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*⁷⁹, validado por el Congreso de los Diputados, pero anulado, parcialmente, por el Tribunal Constitucional⁸⁰.

De hecho, los tribunales no penales vienen produciendo resoluciones en las que se condena sobre la base de la intervención de autoridades sanitarias, al nivel de Consejerías, en conductas que, de haber sido juzgadas en sede penal, habrían podido dar lugar a sentencias condenatorias.

Es el caso de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Alicante, de 07.01.2022, que condena a la Conselleria de Sanidad de la Generalitat valenciana, por no facilitar elementos de protección en la primera oleada de la pandemia Covid-19, con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales y «con grave riesgo para la seguridad y la salud del personal sanitario». En consecuencia, se condena a la Conselleria, «como empleadora y deudora de seguridad, ... responsable del cumplimiento del marco normativo de prevención de riesgos laborales para con sus empleados sanitarios», al pago de una indemnización a los trabajadores, sometidos a “un grave riesgo para la seguridad y la salud... especialmente para el personal facultativo, por su exposición directa al riesgo de contagio que ha significado”⁸¹.

La salud del personal sanitario, al margen ya del riesgo o la realidad de contagios víricos, también ha sido puesta en peligro —y menoscabada— como consecuencia de las negativas condiciones generales de seguridad en que han trabajado a lo largo de la pandemia. El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) presentó en septiembre de 2021 un panorama desolador: la incertidumbre, el miedo al contagio, la existencia de protocolos demasiado cambiantes, los dilemas éticos a los que se han tenido que enfrentar los profesionales, han sido factores determinantes del deterioro de su salud mental, al punto de que, en los dos últimos años un 37% de los profesionales de la medicina tuvieron que ser atendidos en el Programa de Atención Integral al Médico Enfermo⁸². Lo que autoriza a deducir la presencia prolongada de un riesgo grave y generalizado para la salud mental, cuya protección por los artículos 316 y 317 nadie cuestiona⁸³: lo debatible queda circunscrito a la gravedad de los riesgos y de la imprudencia de la que traen causa.

En el campo privado la responsabilidad penal derivada de la aplicación de estos preceptos es exigible, como

76 TS, sala de lo Penal, sec. 1, Auto 6253/2021, de 07.05.2021, ECLI:ES:TS:2021:6253A Fundamentos de Derecho, Tercero. 2.

77 Cfr. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-tsjc-inadmite-querrela-contra-verges-no-vacunar-policia-guardia-civil-cataluna-20220309141305.html>; consulta 15.04.2022.

78 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021: 54).

79 HORTAL IBARRA, J. C. (2022:593).

80 Sentencia del Tribunal Constitucional, pleno, de 14.07.2021. ECLI:ES:TC:2021:148.

81 Cfr. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218649&utm_source=DD&utm_medium=email&n=1&utm_campaign=12/1/2022; consulta 15.04.2022.

82 CGCOM (2021).

83 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2014: 477).

deudores de seguridad, al empresario y a sus representantes o delegados⁸⁴.

La generación, infringiendo las normas laborales de prevención, de riesgos con origen en el SARS-CoV-2, es subsumible en los artículos 316 y 317 CP, siempre que alcancen el nivel de gravedad que las instituciones médicas y señaladamente la Organización Mundial de la Salud atribuyeron a los contagios en las primeras “olas” de la pandemia. En consecucional tal como advierte la “*Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus*”, publicada en 2020 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, cuando no sea viable la puesta en marcha de otras alternativas menos perturbadoras para neutralizar un peligro “grave, inminente e inevitable”, cabe, incluso, la paralización de la actividad laboral, por decisión del empresario, de los trabajadores afectados o de sus representantes, en los términos del art. 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁸⁵.

Entre los riesgos a neutralizar preceptivamente por los deudores de seguridad se incluyen los generados por la presencia en los lugares y establecimientos de trabajo de trabajadores no vacunados —por no haber podido o no haber querido hacerlo— que, en fases de alta contagiosidad, son fuente constatada de peligro para los compañeros cuya vida y salud pretende tutelar el CP. No puede dejarse de lado el hecho de que los establecimientos de trabajo, sobre todo industrial, reúnen las “tres ces” que, según la OMS, identifican las situaciones graves: concurrencia en los mismos lugares, contacto personal cercano y confinamiento en espacios cerrados⁸⁶. Y no facilita los medios de prevención exigidos penalmente el empresario que, en ejercicio de sus competencias de organización del trabajo subordinado, permite —por acción o por omisión— que la prestación laboral se realice en condiciones riesgo derivadas de la proximidad entre trabajadores infectados y los que no lo están.

En la constatación y valoración de la imprudencia del empresario, hay que tener presente que sus deberes de prevención y vigilancia no quedan enervados por la concurrencia de obligaciones específicas —incumplidas— de los trabajadores, de modo que, como se reitera en doctrina y jurisprudencia laboralista, son deberes que protegen a estos incluso frente a sus imprudencias profesionales⁸⁷. Por lo mismo, el consentimiento del

trabajador en el riesgo generado por la imprudencia del deudor de seguridad —ya sea empresario, ya autoridad sanitaria— es irrelevante⁸⁸.

En el marco de las relaciones laborales, la pandemia Covid-19, desde sus inicios hasta hoy, ha procurado ejemplos muy didácticos de subvaloración de bienes jurídicos tan relevantes como la vida o la salud de los trabajadores, que han quedado burdamente supeditados a intereses económicos bastardos. Es el caso de la extendida práctica de mantener o de reiniciar la actividad empresarial a sabiendas de que no se podían facilitar los equipos de protección individual a los empleados, poniéndolos así en peligro grave⁸⁹.

En ocasiones se ha ido más lejos. Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs) comportan que la empresa suspenda los contratos de sus trabajadores, pero manteniéndolos en plantilla y pagando sus cuotas de la Seguridad Social; el sistema público, por su parte, abona a los trabajadores la prestación por desempleo. El procedimiento, previsto para salvar puestos de trabajo y actividad empresarial sin detrimento sustancial de los ingresos del trabajador, ha tenido, en ciertos casos, una traducción práctica perversa: los trabajadores perciben, en sustitución de su salario, la prestación por desempleo, pero, de hecho, siguen realizando su trabajo, que, así, le resulta prácticamente gratis al empresario desaprensivo.

En estos casos, la vulnerabilidad del trabajador es total: *de iure* es un desempleado; *de facto*, trabaja y asume los riesgos, incluido el de contagio vírico, inherentes a las condiciones en que se realiza su prestación laboral. Pero, dado que nadie decide libérrimamente trabajar por debajo de los mínimos a que tiene derecho, la aceptación de su irregular situación se obtiene por medios coactivos o engañosos⁹⁰. Es ese marco de fragilidad el que obliga a algunos trabajadores a asumir riesgos que ponen en juego su vida y la de quienes —compañeros, clientes, suministradores, convivientes, etc.— se relacionan con ellos, en un ejemplo flagrante de supeditación de los bienes jurídicos vida y salud a los requerimientos de la rentabilidad económica, pero rentabilidad no para el conjunto social, sino solo para el agente defraudador.

La Inspección de Trabajo ha impuesto, a noviembre de 2021, casi seis mil sanciones por fraude en la trami-

84 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2014: 487-494).

85 RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2021: 442-447 y 460-461).

86 OMS (2021).

87 PERIN, A. (2016: 13).

88 TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2014: 497-498).

89 HORTAL IBARRA, J. C., (2021: 593).

90 RIOJA ANDUEZA, I. (2021).

tación de ERTes, tras detectar infracciones en uno de cada seis expedientes examinados⁹¹.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021) “Prólogo”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 29-61.
- CGCOM (Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos) (2021) *Día de la prevención del suicidio*. https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_dia_mundial_prevenccion_del_suicidio_10_09_2021.pdf; consulta 15.04.2022.
- COCA VILA, I., P. (2021) “Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista”, *InDret*, 1, 166-202.
- COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CGCOM (2020) *Informe de la Comisión Central de Deontología en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. <http://www.medicosypacientes.com/articulo/informe-de-la-comision-central-de-deontologia-en-relacion-la-priorizacion-de-las-decisiones>; consulta 15.04.2022.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020) *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 25.03.2020, 11-12. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>; consulta 15.04.2022.
- DENZEL, M. (2020) “Allocating scarce medical resources under German Criminal Law: the justifying collision of duties in triage situations”, *Revista de Estudos Criminais*, 78, 23-68.
- EAPN-ES (European Anti-Poverty Network España), (2021) *11º Informe 2021. El Estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2020. Contexto Nacional*, EAPN-ES, Madrid. <https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-AROE-2021-contexto-nacional.pdf>; consulta 15.04.2022.
- ELECONOMISTA.ES (2021) “La Inspección de Trabajo emite 5.832 sanciones por fraude en los Erte”, *elEconomista.es*, 16.11.2021. <https://www.economista.es/economia/noticias/11480574/11/21/La-Inspeccion-de-Trabajo-emite-5832-sanciones-por-fraude-en-los-Erte.html>; consulta 15.04.2022.
- EUROFOUND (2022) *People with disabilities and the COVID-19 pandemic: Findings from the Living, working and COVID-19 e-survey*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef22019en.pdf; consulta 15.04.2022.
- FTS (FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO), *Dictamen de 14.09.2020*. <https://static.ecestaticos.com/file/064/5b6/65d/0645b665d2c7a6675ce61d9875b185c1.pdf>; consulta 15.04.2022.
- GARCÍA RIVAS, N. (2016) “Las causas de justificación en el Código Penal español”, en DEMETRIO CRESPO, E., y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., (coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 245-258.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1976) “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 107-122.
- GUTIÉRREZ, I. (2020) “La crisis del coronavirus convertirá en pobres a 35 millones de personas más en América Latina”, *elDiario.es*, 25.03.2020. https://www.eldiario.es/internacional/coronavirus-convertera-millones-America-Latina_0_1009650191.html; consulta 15.04.2022.
- HAVA GARCÍA, E. (2022) “Derecho penal, edadismo y dependencia: ¿son punibles los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la pandemia de Covid-19?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 131-157.
- HERREROS, B., GELLA, P., y REAL DE ASÚA, D. (2020) “Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments”, *Journal of Medical Ethics*, 7, 1-4.
- HORTAL IBARRA, J. C. (2022) “Inflación penal, protección de la seguridad laboral y gestión de la crisis sanitaria: recordando la tesis doctoral en tiempos de pandemia”, en SANTANA VEGA, D. M. y otros (dir.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 585-596.
- KUSCHE, C. (2021) “La pandemia del coronavirus y el Derecho penal de la Medicina. Criterios de selección para la decisión de triaje en Alemania”, *En Letra: Derecho Penal*, 11, 7-13.
- LÓPEZ LÓPEZ, C I. (2021) “La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida”, *Revista Penal*, 48, 94-109.

- LUZÓN PEÑA, D-M. (2021) “Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., y otros (edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista. I*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 355-372.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2015) “Las causas de justificación en el Código Penal español”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.), *Teoría del delito*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 287-313.
- MINISTERIO DE SALUD. ARGENTINA (2020) *Covid 19. Ética en la asignación de recursos limitados en cuidados críticos por situación de pandemia. Recomendaciones*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/etica_en_asignaciones_recursos_limitados.pdf; consulta 15.04.2022.
- MINISTERIO DE SANIDAD (2020) *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*. https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf; consulta 15.04.2022.
- MIR PUIG, S. (2016) *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. (2019) *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO MARTÍN, A. (2020) “El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global”, *Almacén de Derecho*, 15.04.2020. <https://almacendederecho.org/el-derecho-penal-ante-el-coronavirus-entre-el-estado-de-emergencia-y-la-gobernanza-global>; consulta 15.04.2022.
- OFICINA SANITARIA PANAMERICANA (2021) *Informe Anual del Director de la Oficina Sanitaria Panamericana 2021. Seguir trabajando para superar la pandemia de COVID-19*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, D.C. <https://doi.org/10.37774/9789275373644>; consulta 15.04.2022.
- OMS (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD) (2021) *Preguntas y respuestas sobre la transmisión de la COVID-19*, 23.12.2021. <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>; consulta 15.04.2022.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2021) “De kantianos y triajes. Notas para un debate con Ivó Coca”, *Almacén de Derecho*, 10.03.2021. <https://almacendederecho.org/de-kantianos-y-triajes>; consulta 15.04.2022.
- PERIN, A. (2016) “La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-03, 1-27. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-03.pdf>; consulta 15.04.2022.
- PUENTE, A. (2020) “Lluís Cabré, médico experto en bioética: Para entrar en la UCI la edad no es el único parámetro ni el definitivo”, *elDiario.es*, 23.03.20. https://www.eldiario.es/catalunya/politica/LluísCabre-bioetica-prioridad-probabilidad-sobrevivir_0_1008949938.html; consulta 15.04.2022.
- RIOJA ANDUEZA, I. (2021) “Investigado un empresario de Bizkaia por emplear sin contrato a 25 personas y despedir a una que se negó a abortar”, *elDiario.es*, 29.11.2021. https://www.eldiario.es/euskadi/investigado-empresario-bizkaia-contrato-25-personas-despedir-nego-abortar_1_8536530.html; consulta 15.04.2022.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2021) “La protección penal de la vida, salud e integridad física de los trabajadores ante al Sars-Cov-2 y la pandemia de Covid-19”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 415-491. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6718>; consulta 15.04.2022.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2021) “Corruption and Covid-19”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 16-36. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6061>; consulta 15.04.2022.
- SAMPER, E. (2020) “Una epidemia descontrolada podría llevar a una medicina de catástrofe: el dilema ético del personal sanitario”, *elDiario.es*, 14.03.2020. https://www.eldiario.es/sociedad/descontrolada-coronavirus-catastrofe-sanitarios-enfrentados_0_1005799639.html; consulta 15.04.2022.
- SCELZA CAVALCANTI, B. y GARCIA MARQUES, G. R. (2020) “El Brasil en el contexto del COVID-19: las políticas públicas y sus implicaciones frente a la pandemia”, *Estado abierto. Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas*, 5, 51-82.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (1999) “Peligro abstracto y garantías penales”, *Nuevo Foro Penal*, 62, 67-94.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2001) “Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho español”, en LASCANO, C. J. (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba (Argentina), 227-255.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2014) “Los delitos contra la salud y seguridad en el trabajo”, en GON-

- ZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., (dir.), *La siniestralidad laboral: responsabilidades contractuales, administrativas y penales*, Lex Nova, Valladolid, 467-509.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2017) “Intervención policial lesiva y cumplimiento de un deber como causa de justificación”, en RUIZ RODRÍGUEZ. L. R., (dir.), *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 141-164.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2019) “Vida vivida y muerte querida. Suplantación de Carlos Edmundo de Ory en torno al suicidio”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Ensayos sobre Arte y Crimen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 87-105.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2020 a) *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, J.M. Bosch, Barcelona.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2020 b) “Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 1, 63-102. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>; consulta 15.04.2022
- WORLDOMETER, 14.04.2022. <https://www.worldometers.info/coronavirus/country/brazil/>; consulta, 14.04.2022.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com