

OPINIÓN



Gonzalo Iturmendi Morales | Inadmisión de querellas por el Tribunal Supremo contra el Gobierno y otras instituciones por la gestión de la pandemia

Gonzalo Iturmendi Morales

Socio y director de Bufete G. Iturmendi y Asociados, SLP, y Secretario General de AGERS

Las Administraciones Públicas están preocupadas por el riesgo legal de su responsabilidad. La semana pasada se resolvió el primer capítulo de lo que promete ser una cadena incesante de reclamaciones de responsabilidad contra el sector público por la gestión de la pandemia. El Tribunal Supremo (TS) inadmitió las denuncias y querellas contra el Gobierno por la gestión del COVID y las remitió al juzgado decano de Madrid, para que se investiguen la omisión de medidas de seguridad para sanitarios o policías, la contratación de material fallido y las muertes de ancianos en las residencias.

Se ha cumplido lo que [vaticinamos en el mes de mayo en ADN del Seguro](#), cuando afirmamos que no era de esperar una declaración universal de responsabilidad de la Administración de forma genérica, sino que habría que analizar caso por caso para poder determinar la existencia o no de responsabilidad en la gestión de la pandemia.

adn del Seguro

22 diciembre, 2020

La Sala Penal del TS acordó la inadmisión a trámite de 20 querellas y 30 denuncias presentadas en los últimos meses por distintos sindicatos, asociaciones, organizaciones profesionales del ámbito de la sanidad y de las Fuerzas de Seguridad, familiares de víctimas del coronavirus y un partido político (Vox) contra el Gobierno por su gestión durante la crisis de la COVID, al considerar que no está debidamente justificada la autoría de los hechos punibles atribuidos a los miembros del Ejecutivo. Sin embargo, el Supremo acordó deducir testimonio de esas querellas y denuncias y remitirlas al Juzgado decano de los Juzgados de Madrid para que se incoen las causas penales que correspondan, o se acumulen a las que ya estén siendo o hayan sido objeto de tramitación. En especial, según explica el auto, esas investigaciones por los juzgados ordinarios deben incidir en las muertes en residencias de la tercera edad, en la eventual omisión de las medidas de seguridad que se brindaron a los profesionales sanitarios o a los policías, y a una posible malversación de fondos públicos en la contratación de materiales fallidos o fraudulentos para combatir la pandemia.

El [Auto del Supremo](#) del pasado 18 de diciembre¹ señaló que, cuando las diligencias que practiquen esos juzgados evidencien la existencia de indicios de responsabilidad contra algún aforado, será el momento de que el juez de instrucción, en su caso, eleve una exposición razonada sobre ellos al Supremo.

La resolución del Supremo analizó pormenorizadamente cada uno de los delitos atribuidos en las querellas y denuncias, como el de homicidio y lesiones imprudentes; delito contra el derecho de los trabajadores; prevaricación y malversación de caudales públicos. Según la Sala la calificación jurídico-penal de un hecho “no puede hacerse depender de la indignación colectiva por la tragedia en la que todavía nos encontramos inmersos, ni por el legítimo desacuerdo con decisiones de gobierno que pueden considerarse desacertadas... una resolución de archivo acordada por esta Sala no santifica actuaciones erróneas y de graves consecuencias sociales, aunque no tengan relevancia penal... sólo nos corresponde examinar la posible existencia de responsabilidad criminal y determinar si las querellas formuladas contienen elementos suficientes para concluir, al menos indiciariamente, que las personas aforadas podrían haber incurrido en alguna conducta tipificada en la ley como delito. En esa tarea la Sala tiene que aferrarse a principios sin cuya aplicación el derecho penal se distancia de sus fuentes legitimadoras. El principio de legalidad y la consecuente exigencia de taxatividad en la definición de los tipos penales operan como límites infranqueables en la aplicación de la ley penal. No toda conducta socialmente reprobable tiene encaje en un precepto penal. Contemplar los tipos penales como contornos flexibles y adaptables coyunturalmente para dar respuesta a un sentir mayoritario supone traicionar las bases que definen el derecho penal propio de un sistema democrático”. Señalando sobre la complejidad de la posible autoría de los hechos que: “Esta complejidad no exime, desde luego, de realizar el juicio de autoría cuando así

quede acreditado. Pero, en ningún caso, puede desembocar en atribuciones objetivas de responsabilidad por el mero hecho de la posición o cargo que una persona concreta ostente en la organización, por muy alto que este sea. De hacerlo así vulneraríamos de manera flagrante el principio de culpabilidad”, indicó.

Imputación por delitos de homicidio

En relación con la imputación de los **delitos de homicidio**, para demostrar que entre las acciones u omisiones -infracción del deber- y el resultado mortal o lesivo existió una concreta, precisa e inequívoca relación de causalidad. Esta relación de causalidad, no puede construirse en términos genéricos difusos. “Para considerar a los querellados responsables de un delito de homicidio o de lesiones por imprudencia, no bastaría con acreditar que se ocultó información procedente de organismos internacionales y que esos informes técnico-sanitarios ya eran disponibles por el Gobierno. Ni siquiera sería suficiente con demostrar que la no adopción de medidas tendentes a evitar las aglomeraciones masivas pudo incrementar el número de contagios. Nuestro sistema no conoce un tipo penal en el que se castigue a la autoridad o funcionario público que, de forma intencionada o negligente, oculte información relevante para conocer el verdadero alcance de una pandemia que amenaza con causar un grave peligro para la sanidad colectiva. En ausencia de un delito de riesgo que criminalice la desinformación que pone en peligro la vida o la integridad física de las personas, sólo podría ser objeto de un proceso penal la investigación de esas conductas de ocultación si existe posibilidad de demostrar que entre esa desinformación y el resultado lesivo o mortal hubo una precisa relación de causalidad... exigiría acreditar en términos médicos que el contagio que desencadenó el daño en todas y cada una de las víctimas tuvo su origen inmediato en decisiones u omisiones gubernamentales que precipitaron el fatal desenlace. Sin embargo, el estado actual de la medicina no permite proclamar ese enlace causal entre la acción u omisión del Gobierno y el lugar o el momento de un contagio. Y, sobre todo, hacerlo de forma que se excluyan otras explicaciones alternativas con la certeza exigida para la afirmación de la autoría en derecho penal”.

Según el auto, “el análisis de la relación de causalidad en términos de imputación objetiva, superados modelos históricos ya abandonados, exigiría demostrar que cada uno de los querellados creó o intensificó el riesgo de que el resultado mortal o lesivo que se cernía sobre las víctimas llegara a hacerse realidad. Pero ese incremento del riesgo -que puede apreciarse sin dificultad en términos genéricos- es de prueba imposible cuando de lo que se trata es de enlazar causalmente la muerte de una persona con una concreta acción u omisión de cualquiera de los querellados. En otras palabras, habría que

demostrar que si no se hubiera ocultado información o se hubiera anticipado la decisión política del confinamiento, se habrían impedido los daños. Y desde las categorías jurídico-penales que está obligada a ponderar esta Sala, no nos basta con constatar en términos empíricos que unas decisiones de esa naturaleza podrían haber reducido la dramática estadística que está definiendo la tragedia. La imputación de actos homicidas o lesivos no puede construirse en términos estadísticos, sino estrictamente probatorios, ligados a la muerte o a las lesiones padecidas por cada una de las víctimas”.

Imputación por delitos contra los derechos de los trabajadores

En relación con la imputación de los **delitos contra los derechos de los trabajadores** del art 316 y 317 del Código Penal, el Supremo afirmó que el delito sanciona a los sujetos que están legalmente obligados a dispensar esa protección y, en el caso de la Administración pública, es una organización compleja que se rige por los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. “Esa jerarquización puede conducir a la paradoja de que cuanto más relevante sea la capacidad de decisión, más lejano se encuentra el responsable respecto de las acciones u omisiones llevadas a cabo por los últimos eslabones de la cadena de mando (...) aquellos que ocupan el puesto más alto de la estructura jerárquica de la Administración, por este mero hecho, no pueden ser considerados responsables *in integrum* de todas y cada una de las conductas ejecutadas por otros y que han podido generar o incrementar el riesgo para la vida o la salud de los trabajadores o funcionarios. Su posición no les convierte en «garantes» de todas las actuaciones que tengan lugar en el ámbito de la Administración en el que ejerzan sus competencias. Ninguna interpretación de las normas reguladoras de su funcionamiento puede conducir a dicha conclusión, y, mucho menos, a la aplicación de un tipo penal, que no se puede amparar responsabilidades objetivas.”

Contra los derechos de los trabajadores

La investigación de los juzgados deberá extenderse también,- según el auto-, al posible **contra los derechos de los trabajadores**, por la omisión de material de protección, o el servicio de material defectuoso, a policías, médicos y sanitarios.

Y a propósito de las **muerres en las residencias de mayores**, la Sala indicó que no es ajena a la gravedad de lo ocurrido en estos centros, aunque, en relación a la responsabilidad de los aforados, no es suficiente la mera

adn del Seguro

22 diciembre, 2020

atribución competencial de la gestión al departamento, ministerio o consejería dirigido por uno de los querellados para imputarles por estos hechos. "Es necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada, lo que exige la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron para esclarecer si esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión, y si aquéllas son susceptibles de reproche penal: "Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho".

Sin duda existen otras formas de reparación al alcance de las víctimas en otros órdenes jurisdiccionales, como son el contencioso-administrativo, donde son indemnizables los daños ligados al funcionamiento anormal de un servicio público, o el civil, por acciones u omisiones en que haya habido culpa o negligencia.

Estado de Alarma

Sobre el **Estado de alarma**, el Supremo declaró que no es discutible que la entrada en vigor del mismo supuso la creación de un núcleo de poder que asumió el mando para la toma de decisiones exigidas por la pandemia. "La declaración del estado de alarma, como escenario constitucional de excepción, proyecta sus efectos jurídicos en muy distintos órdenes, pero no subvierte las premisas sobre las que descansa la responsabilidad penal. El ejercicio de las competencias asumidas en esa situación de excepcionalidad, incluso cuando implica la adopción de decisiones que 'ex ante' podían considerarse atinadas pero que 'ex post' se revelan ineficaces o contraproducentes, no convierte al responsable político en responsable penal. Afirmar lo contrario sólo puede contentar a quienes ven en el derecho penal un ciego e implacable instrumento retributivo, ajeno a los principios que legitiman el más grave reproche que puede hacer un Estado, el penal".

Finalmente respecto del cese del Coronel de la Guardia Civil Diego Pérez de los Cobos, y del jefe del servicio de prevención de riesgos laborales de la Dirección General de la Policía, José Antonio Nieto González, la resolución del Supremo justificó su motivación y también descartó la existencia de un **delito contra las instituciones del Estado**, ya que nadie se arrogó atribuciones

adn del Seguro

22 diciembre, 2020

judiciales, ni impidió la ejecución de una resolución dictada por la autoridad judicial.

¹Mediante auto de fecha 18/12/2020, (CAUSA ESPECIAL, número del procedimiento: 20542/2020), del que ha sido ponente el presidente de la Sala, Manuel Marchena e integrada por los Magistrados Juan Ramón Berdugo, Antonio del Moral, Pablo Llarena y Vicente Magro.

Este artículo forma parte de la colaboración entre la [Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros \(AGERS\)](#) y ADN del Seguro que se realiza mensualmente.