

Causas Especiales: 3/20247/20, 3/20251/20, 3/20259/20, 3/20265/20, 3/20270/20, 3/20271/20, 3/20276/20, 3/20286/20, 3/20295/20, 3/20309/20, 3/20310/20, 3/20315/20, 3/20318/20, 3/20329/20, 3/20336/20, 3/20339/20, 3/20374/20, 3/20502/20 y 3/20542/20

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL FISCAL, despachando el traslado conferido, por providencias de 22 de mayo, 29 de junio, 1, 3, 14 y 21 de julio, de los escritos de **QUERELLA** formulados por: 1) la Asociación Profesional de la Guardia Civil (3/20247/20) contra los Excmos. Sres. D. Salvador Illa Roca y D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministros de Sanidad e Interior, respectivamente, 2) la Asociación de Abogados Cristianos (3/20251/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y contra 2 Vicepresidentes y 5 Ministros del Gobierno, 3) el Colectivo Profesional de Policía Municipal de Madrid (3/20259/20) contra los Excmos. Sres. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros, 4) el Partido político VOX (3/20265/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y contra 2 Vicepresidentes y 4 Ministros, 5) la Asociación de Abogados Cristianos (3/20270/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y contra 2 Vicepresidentes y 5 Ministros, 6) el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería (3/20271/20) contra los Excmos. Sres. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad del mismo, 7) la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (3/20276/20), contra el Excmo. Sr. D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad, 8) la Asociación de Médicos Titulados Superiores (3/20286/20) contra el Excmo. sr. D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad, 9) D. Esteban Gómez Rovira (3/20295/20) contra la Excma. Sra. D^a Teresa Ribera Rodríguez, Vicepresidenta del Gobierno y Ministra para la Transición Ecológica, 10) D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (3/20309/20) contra el Excmo. Sr. D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad, 11) el colectivo de 3.268, ciudadanos y familiares de víctimas del COVID

19 (3/20310/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez Castejón, Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros, 12) la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CESIF) (3/20315/20) contra el Excmo. Sr. D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad, 13) D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (3/20318/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez Castejón, Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros, 14) D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (3/20329/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, 15) la Central Unitaria de Trabajadoras (3/20336/20) contra el Excmo. Sr. D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministro de Interior, 16) D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y dos ciudadanos más (3/20339/20) contra los Excmos. Sres. D. Salvador Illa Roca y D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministros de Sanidad e Interior, respectivamente, 17) la Asociación HAZTE OIR.ORG (3/20374/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez Castejón, Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros, 18) la Asociación TERRA SOS-TENIBLE (3/20502/20) contra los Excmos. Sres. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, demás integrantes del Consejo de Ministros, así como contra los Magistrados del Tribunal Constitucional, Magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que se citan y el Defensor del Pueblo, y 19) D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (3/20542/20) contra el Excmo. Sr. D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno así como contra 2 Vicepresidentes y 2 Ministros del mismo, comparece y DICE:

1º) Que al amparo del art. **773**, inciso último, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesa que a la causa especial 3/20318/2020 (querrela de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por presunto delito de prevaricación administrativa, del art. 404 CP, contra el Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros) se incorporen, para su examen y resolución conjunta, las Diligencias de Investigación Penal nº 18/2020, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, incoadas el día 18 de Junio de 2020 para investigar la denuncia presentada ante la Fiscalía General del Estado por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX por presunto delito de prevaricación del art. 404 CP y dirigida contra el Presidente del Gobierno y D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad, actuaciones en las que no llegó a practicarse diligencia alguna al tener

conocimiento de la existencia de la causa 3/20318/2020 ante el Tribunal Supremo, procedimiento a las que ahora se incorporan.

2º) Que con el mismo fundamento (art. **773**, inciso último de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) interesa que a la misma causa especial **3/20318/2020** (querella de D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por presunto delito de prevaricación administrativa, del art. 404 CP, y contra el Presidente y demás integrantes del Consejo de Ministros) se incorporen, para su examen y resolución conjunta, las Diligencias de Investigación Penal nº 27/2020, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, incoadas el día 9 de Julio de 2020 para investigar la denuncia presentada ante la Fiscalía General del Estado por Dª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por un presunto delito de prevaricación administrativa, del art. 404 CP, y dirigida contra el Presidente del Gobierno e integrantes del Consejo de Ministros, actuaciones en las que, como en el caso anterior, no llegó a practicarse diligencia alguna al tener conocimiento de la existencia de la causa 3/20318/2020 ante el Tribunal Supremo, procedimiento a las que ahora se incorporan.

3º) Que, en orden a la **COMPETENCIA** para el conocimiento de todas estas querellas, la misma corresponde a esa Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo, en virtud del art. **57.1.2** de la LO. del Poder Judicial, si bien el Ministerio Fiscal estima que dicha competencia debe abarcар únicamente el conocimiento de los hechos imputados a cada una de las personas aforadas (Presidente, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno, así como Magistrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Defensor del Pueblo) de acuerdo con el mencionado precepto, debiendo excluirse los que se imputan a personas no aforadas y cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria (causas especiales 20251/20, 20270/20, 20271/20 y 20339/20).

4º) Que, en orden a valorar la posibilidad y oportunidad procesal de acordar la **ACUMULACIÓN** de las distintas querellas formuladas contra los miembros del Gobierno de España, debe subrayarse que:

a) Resulta pertinente el enjuiciamiento conjunto de buena parte de los hechos que en ellas se atribuyen a los querellados, con arreglo

a lo preceptuado en el art. **17.1** LECrim, en cuya virtud “*cada delito dará lugar a la formación de una única causa*”. Sin perjuicio de singulares excepciones, la práctica totalidad de los querellantes atribuyen idénticos hechos al Presidente y al resto de los miembros del Gobierno, limitándose a emplear distintos términos para afirmar - en síntesis- que los querellados, con manifiesta infracción de las obligaciones inherentes al cargo que ostentaban, habrían omitido adoptar las necesarias medidas de prevención epidemiológica, así como de protección de la salud pública, ante la situación de crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19.

Así las cosas, en opinión de buena parte de los querellantes (querellas nº 3/20270/2020, 3/20251/2020, 3/20374/2020, 3/20259/2020, 3/20318/2020, 3/20339/2020, 3/20502/2020, 3/20542/2020), los distintos miembros del Gobierno que han sido querellados habrían incurrido en prevaricación administrativa, ejecutada en comisión por omisión -arts. 11 y 404 CP-, al eludir aprobar, con manifiesta infracción de los deberes inherentes a su condición de garantes de la salud pública, cuantas resoluciones hubieran resultado necesarias a fin de instaurar medidas idóneas para conjurar el riesgo generado por la COVID-19 (incluida la alusión recurrente en muchas de ellas de no *prohibición* de las manifestaciones del día 8 de marzo de 2020, Día Internacional de la Mujer) o, cuando menos, paliar sus efectos.

Idénticas razones subyacen a la atribución de los diversos delitos de homicidio y de lesiones, de nuevo imputados en comisión por omisión, que se realiza en las querellas nº 3/20271/2020, 3/20315/2020, 3/20270/2020, 3/20374/2020, 3/20259/2020, 3/20265/2020, 3/20247/2020, 3/20310/2020, 3/20339/2020, 3/20502/2020 y 3/20542/2020, así como a los delitos de falsedad documental imputados en las querellas 3/20339/2020 y 3/20542/2020. Pues, en definitiva, y siempre según el relato efectuado por los distintos querellantes, aquella misma inacción e infracción de los deberes que integrarían el fundamento del delito de prevaricación motivarían la atribución a los denunciados de los distintos resultados de muerte y lesiones ocasionados por la pandemia. Resultando así que, siempre según los argumentos empleados por los querellantes, sería idéntico el mandato que los

denunciados habrían infringido y que fundamentaría su responsabilidad con arreglo al art. **11** CP.

b) Idénticas razones imponen, con arreglo al art. **17.1** LECrim, la necesidad de enjuiciar conjuntamente la conducta atribuida en la querella 3/20251/2020, y los delitos relacionados en el apartado anterior, pues lo cierto es que, abstracción hecha de la calificación jurídica efectuada por los querellantes, el hecho atribuido resulta idéntico, esto es, una supuesta falta de diligencia de los querellados en relación con la instauración de medidas idóneas para prevenir y paliar los efectos de la COVID-19.

Lo mismo cabe señalar respecto de los distintos delitos de omisión del deber de socorro atribuidos a los querellados en las querellas nº 3/20271/2020, 3/20251/2020, 3/20374/2020, 3/20339/2020, y 20502/2020. Resulta notorio que los querellantes no hacen sino calificar con arreglo al art. 195 CP la infracción del mandato que, en su opinión, imponía a los querellados la obligación de tutelar la salud pública de todos los ciudadanos de España, y que exigía que adoptaran las medidas oportunas al objeto de prevenir los posibles contagios, así como de -en caso contrario- garantizar que los enfermos recibieran asistencia sanitaria.

c) Idéntica o, cuando menos, análoga conclusión puede alcanzarse acerca de la relación entre los distintos delitos contra los derechos de los trabajadores que se atribuyen a los querellados (art. 316 CP), y los homicidios y lesiones resultantes de la infracción de las normas laborales que, precisamente, se erigen en fundamento del injusto sancionado por el art. 316 CP -en relación a las querellas nº 3/20315/2020, 3/20374/2020, 3/20276/2020, 20259/2020, 3/20265/2020, 20247/2020, 3/20286/2020-. Pues, en definitiva, la infracción del mismo mandato aparece en ambos casos como fundamento de la atribución del injusto cuya ejecución se reprocha al sujeto activo del delito.

Debe precisarse, no obstante, que el deber cuya infracción se atribuye a los querellados en relación a las muertes y lesiones ocasionadas en el ámbito laboral, a causa del contagio por COVID-19 motivado por la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, si bien presenta importantes analogías respecto de la infracción del mandato apreciado en relación a los delitos analizados

en los anteriores apartados, en realidad también presenta sustanciales diferencias. Pues, en estos casos, al genérico deber de tutelar la salud pública, se sumaría la infracción de un específico deber impuesto por la normativa laboral.

Por ello, para el caso de estimarse que la acumulación de este grupo de casos a los ya analizados en los apartados anteriores no procede con arreglo al art. **17.1** LECrim, su acumulación sí resultará procedente con arreglo a lo preceptuado en el art. **17.3** LECrim, pues se trata de hechos que guardan una evidente relación de analogía entre sí -atribución de numerosos homicidios y lesiones en comisión por omisión, fruto de la infracción de los deberes inherentes al concreto cargo público ostentado-; su acumulación no altera las reglas de competencia; su ejecución se atribuye a las mismas personas; y su enjuiciamiento conjunto resulta conveniente al objeto de evitar (principio de “seguridad jurídica”) pronunciamientos contradictorios -acerca de las concretas competencias y facultades de los denunciados, los deberes inherentes a su cargo, el deber de diligencia empleado, así como la posibilidad de atribuir a su omisión los resultados lesivos que se les atribuyen-. Todo ello, sin olvidar, asimismo, que en buena lógica su enjuiciamiento conjunto contribuirá (principio de “economía procesal”) a agilizar su tramitación, toda vez que los hechos guardan gran similitud y las cuestiones de naturaleza jurídica a tratar resultan comunes.

d) Diversas querellas (nº 3/20374/2020, 3/20329/2020 y 3/20502/2020) afirman que los querellados habrían incurrido en los delitos de prevaricación administrativa (art. 404 CP) y/o coacciones (art. 172 CP) y/o vulneración de derechos cívicos (art. 542 CP) al aprobar el RD 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*. En opinión de los querellantes, esa norma desbordaría los límites del estado de alarma con arreglo a lo preceptuado por los arts. 116 y 55 CE y la LO 4/1981, de 4 de junio, imponiendo arbitrariamente, mediante el uso de la fuerza, la suspensión de la libertad de circulación consagrada por el art. 19 CE.

Abstracción hecha del modo en que los distintos querellantes hayan calificado los hechos descritos en el párrafo anterior, resulta

evidente que procede su enjuiciamiento conjunto con arreglo al art. 17.1 CE, pues todos ellos parten de idéntico supuesto de hecho.

Asimismo, y para el caso de estimarse que la acumulación de este grupo de casos a los ya analizados en los apartados anteriores no procede con arreglo al art. 17.1 LECrim -a pesar de la identidad del reproche acerca de la gestión de la situación de crisis sanitaria generada por la COVID-19-, sí procede con arreglo a lo preceptuado por el art. 17.3 LECrim el enjuiciamiento conjunto de aquellos hechos y el de los delitos de prevaricación omisiva, homicidio, lesiones, contra los derechos de los trabajadores y omisión del deber de socorro antes examinados, pues se trata de supuestos que guardan una estrecha conexión entre sí, ya que en todos ellos se atribuye a los querellados la infracción de los deberes inherentes a su cargo en la gestión de la pandemia por COVID-19; se trata de hechos cuya ejecución resultaría simultánea o, en todo caso, habría tenido lugar en un muy breve lapso de tiempo; su enjuiciamiento conjunto no altera las reglas de competencia; y todos ellos se atribuyen a las mismas personas. Además, en buena lógica, su enjuiciamiento conjunto lejos de entorpecer su tramitación, permitirá desarrollar un análisis unitario acerca de las facultades y deberes que el ordenamiento jurídico imponía a los querellados, acerca de su concreta actuación en la gestión de la situación de crisis sanitaria, así como también de la diligencia con que obraron, garantizando una respuesta uniforme y coherente.

e) Por último, en relación a la querella nº 3/20309/2020, formulada por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, si bien es cierto que el querellante se limita a reprochar al Ministro de Sanidad la ejecución de una actuación arbitraria en relación a la aprobación de la Orden Ministerial SND/399/2020, de 9 de mayo, no debe pasar inadvertido que, una vez más, se reprocha a D. Salvador ILLA ROCA su falta de diligencia en la gestión de la situación de crisis sanitaria.

Asimismo, en relación a la querella nº 3/20295/2020, formulada por D. Esteban Gómez Rovira contra Dña. Teresa Ribera, debe advertirse que si bien tiene por objeto la presunta ejecución de un delito contra la integridad moral por parte de la Ministra, no lo es menos que se trata de igual manera del reproche efectuado por la falta de diligencia en la gestión de la pandemia. Sucede lo mismo en

relación a la querella formulada por la Central Unitaria de Trabajadoras, nº 3/20336/2020, en que se pone en duda la corrección legal de la resolución por la que se prohibió la manifestación que pretendieron convocar durante el estado de alarma.

De ahí que, en opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **17.3** LECrim y en atención a los argumentos expuestos en el punto anterior, proceda el enjuiciamiento conjunto de estos hechos, y el de los delitos de prevaricación omisiva, homicidio, lesiones, contra los derechos de los trabajadores, omisión del deber de socorro y desobediencia antes examinados.

Por todo ello, **consideramos procedente la acumulación**, ex art. **17.1** y **3** LECrim, de las querellas nº 3/20247/2020, 3/20251/2020, 3/20259/2020, 3/20265/2020, 3/20270/2020, 3/20271/2020, 3/20276/2020, 3/20286/2020, 3/20295/2020, 3/20309/2020, 3/20310/2020, 3/20315/2020, 3/20318/2020, 3/20329/2020, 3/20336/2020, 3/20339/2020, 3/20374/2020, 3/20502/2020 y 3/20542/2020.

Su enjuiciamiento conjunto, además de favorecer la *economía procesal*, no altera las reglas de la competencia y, lejos de entorpecer su tramitación, permitirá desarrollar un análisis unitario acerca de las facultades y deberes que el ordenamiento jurídico imponía a los querellados, acerca de su concreta actuación en la gestión de la situación de crisis sanitaria, así como de la diligencia con la que obraron, garantizando una respuesta uniforme y coherente sobre tan importantes cuestiones y todas aquellas que en las distintas querellas se plantean.

Finalmente, y por el contrario, **no existen razones que justifiquen la acumulación** a los demás procedimientos la causa especial nº **3/20398/2020**, abierta a raíz de la querella formulada por D. Manuel Rancaño Álvarez contra los Excmos. sres D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y D. Salvador Illa Roca, Presidente del Gobierno y Ministro de sanidad, respectivamente, pues debe advertirse que en este caso, a diferencia del resto de querellas analizadas, no se aprecia relación alguna, cuando menos directa, con la gestión de la crisis sanitaria generada por la COVID-19, al

fundamentarse dicha querella en los tipos penales de los arts. **405** y **406** a partir de la designación por el Presidente del Gobierno de D. Salvador Illa Roca como Ministro de Sanidad y la aceptación por éste de la mencionada responsabilidad.

Por ello la citada querella es objeto de dictamen independiente.

5º) Entrando ya a debatir el **FONDO** de las distintas querellas, consideramos oportuno, para una mayor claridad de exposición, hacerlo de manera individualizada para cada una de ellas y por su orden numérico lo que, además, facilitaría la labor de resolución de esa Excma. Sala, caso de que no se estimara adecuada la acumulación de todas o algunas de las causas especiales a las que este dictamen se contrae.

Causa especial 3/20247/20.

Querellante: **Asociación Profesional de la Guardia Civil (JUCIL).**

Querellados: D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad y D. Fernando Grande- Marlaska Gómez, Ministro de Interior.

1) Cuestiones preliminares.

En fechas 31 de marzo y 8 de abril de 2020, la Asociación Profesional de la Guardia Civil (JUCIL), formuló querella y ampliación de la misma, por delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. **316** y **318** CP y cinco delitos de homicidio imprudente del art. **142.1** CP.

Sanciona el art. **316** CP a *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”*.

Señala el art. **318** CP que *“cuando los hechos previstos (...) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los*

misimos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”.

Sanciona el art. **142.1** CP *“al que por imprudencia grave causare la muerte de otro”.*

Los querellantes reprochan a los querellados la ejecución de los siguientes hechos que, a su juicio, gozarían de relevancia criminal:

- Que la actividad llevada a cabo por la Guardia Civil fuera calificada por parte del Ministerio de Sanidad en la tabla nº 1 (entendemos referida al *“Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2”*, cuya edición inicial es de 28 de febrero de 2020, última actualización de 8 de junio de 2020) -*“Escenarios de riesgos de exposición al coronavirus SARS-CoV-2 en el entorno laboral”*- como *“baja probabilidad de exposición”*, calificándolos así como *“no prioritarios”*, no siendo necesario el uso de EPIs.

- Se atribuye la responsabilidad tanto al Ministro del Interior, como máximo responsable de velar por la seguridad de todos y cada uno de los miembros de la Guardia Civil, como al Ministro de Sanidad como consecuencia de la asunción de competencias en la materia a raíz del RD 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.*

- Se atribuye también a los querellados la responsabilidad de cuatro homicidios imprudentes, a saber: D. Pedro Alameda, destinado en Valdemoro, fallecido el 18 de marzo de 2020, D. Francisco Javier Collado, destinado en la prisión de Herrera de la Mancha, fallecido el 20 de marzo de 2020, un tercer finado (sin filiar), funcionario destinado en Valdemoro, fallecido el 27 de marzo, y el Teniente Coronel del GAR (Grupo de Acción Rápida) D. Jesús Galloso Rey, fallecido el 27 de marzo. En la ampliación de la querella refieren un quinto fallecido (sin filiar).

- La querella refiere un breve cronograma de la evolución de la enfermedad desde el 24 de enero hasta el mes de marzo de 2020 (sin establecer fechas); aportan al respecto enlaces a distintos medios de comunicación y otras páginas web diversas. Asimismo, hacen referencia a dos comunicados de la Asociación querellante, de fechas 16 y 26 de marzo, en los que se exponía la necesidad de garantizar la seguridad de los agentes y los ciudadanos; dicho

comunicado se reiteró el 26 de marzo, adjuntando documentación al respecto.

- En la ampliación de la querella se hace referencia a un nuevo fallecimiento por coronavirus de un miembro de la Guardia Civil (no se aportan datos de filiación, destino, ni ningún otro); también a la entrevista del Ministro del Interior de fecha 5 abril de 2020 en el periódico el Heraldo de Aragón; a enlaces a páginas web de distintos medios de comunicación y a la adquisición por parte del Ministerio de Sanidad de test rápidos defectuosos a la empresa china Shenzhen Bioeasy Biotechnology.

Los querellantes consideran los hechos constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales de los arts. **316** y **318** CP, que fundamentan en la falta de equipos de protección individual (EPIs), y cinco delitos de homicidio imprudente del art. **142.1** CP, como consecuencia de la falta de calificación como profesión de “grave riesgo” a la Guardia Civil, así como en la relación causa-efecto entre la falta de protección y los óbitos.

Se plantea la responsabilidad de los querellados en base al art. **31 bis** CP (responsabilidad de la persona jurídica) y como consecuencia del contenido del art. **318** CP (que se refiere a los delitos de los arts. **316** y **317** CP cuando el empresario es persona jurídica).

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella, en tanto en cuanto mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones de los querellantes, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre;

11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

De la lectura de la querella, así como de la documentación que la acompaña, solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica, salvo con respecto a algunos de los fallecimientos que se imputan, y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo. En la querella no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, lo cual hace, no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica y prospectiva, proscrita en nuestro ordenamiento y nuestra jurisprudencia.

En lo referente a los test rápidos defectuosos (a los que más adelante nos referiremos más detenidamente) la conclusión no es distinta. Es preciso una mínima determinación y prueba de su carácter defectuoso, si han pasado los controles, si aun faltando dicho requisito los mismos no eran eficaces para el fin pretendido (si los consideramos como elementos capaces de eliminar o minimizar el riesgo), en qué centro/s de trabajo se emplearon y si fueron efectivamente utilizados y respecto a quién/es.

Tampoco se aporta elemento probatorio alguno que avale razonablemente el objeto de la querella. Así, incluso en los únicos hechos a los que podríamos atribuir la condición de concretos, que serían los referidos a cuatro de los fallecidos (respecto del quinto no se aporta ningún dato identificador), no se acredita con un mínimo de prueba si los mismos fallecieron por COVID-19, en qué circunstancias, ni se hace una mínima exposición que nos pueda permitir la lógica conexión causa-efecto.

Finalmente indicar que no se acompaña ninguna documentación en la que se ponga de manifiesto denuncia alguna presentada ante la autoridad laboral o intervención alguna de ésta que avale el objeto de la misma.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir, como antes se apuntaba, a la inadmisión a trámite de la querella formulada pues, como nos recuerda el ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019), *“conforme una jurisprudencia reiterada de esta Sala -ATS de 24 de marzo de 2017 (causa especial núm. 20074/2017), entre otros muchos-, el artículo 313 de la LECrim ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito. b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional. De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso,*

sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)”.

Por lo tanto, los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las situaciones de riesgo para los trabajadores y las muertes que se atribuyen a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados y, mucho menos, con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención del denunciado y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por la querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores se encuentran regulados en los arts. **316** CP (tipo doloso), **317** CP (tipo imprudente) y **318** CP (empresario persona jurídica).

Plantean los querellantes la responsabilidad de los querellados en base a la responsabilidad de la persona jurídica por el art. **31 bis** CP, lo cual es ya descartable de plano, pues tanto en los delitos contra los derechos de los trabajadores como en los de homicidio imprudente no cabe responsabilidad de la persona jurídica, en tanto

en cuanto no se halla previsto en nuestro sistema de *numerus clausus* respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Más acertada es la mención al art. **318** CP, que se refiere a los delitos de los arts. 316 y 317 cuando el empresario es persona jurídica: *"Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello"*.

El art. **316** CP se construye como un delito especial propio, al indicar que son responsables del mismo los *"legalmente obligados"* y, como a su vez, estamos en presencia de una norma penal en blanco, habrá de acudir a la normativa preventivo laboral para determinar quiénes ostentan tal condición.

El art. **14** de la Ley 31/1995 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *prevención de Riesgos Laborales* (LPRL) señala al *"empresario"* como primigenio garante de la seguridad de sus trabajadores. Sin embargo, hay que modular dicha afirmación con una interpretación amplia. En este sentido, es tradicional la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que en el ámbito laboral todos los que ostentan mando o dirección técnica o de ejecución y, por tanto, los mandos superiores como los subalternos está obligados a cumplir las normas preventivo-laborales (STS 16.6.1992).

Esta doctrina general, que puede considerarse pacífica en la praxis judicial, puede presentar ciertas dudas a la hora de aplicarla al caso concreto, dependiendo de las circunstancias que concurran en el mismo. En el caso de las posibles responsabilidades en relación a la falta de suministros de equipos de protección a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como consecuencia de las crisis de la COVID-19, conviene hacer las siguientes puntualizaciones, derivadas la normativa dictada *ad hoc*.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) elevó el pasado 11 de marzo de 2020 al estado de pandemia la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19. Ante dicha tesitura, el Gobierno de España, en aplicación del art. 116 CE y del art. 4 de la

LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEALLES), aprobó el 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*, cuya entrada en vigor se produjo desde el mismo momento de su publicación.

El art. **4.1** RD 463/2020 señala que “*A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno*”. Con mayor concreción, el art. **4.2** determina al Ministro del Interior como una de las autoridades competentes delegadas en su respectiva área de responsabilidad y bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno. Por su parte, el art. **4.3** autoriza a los Ministros designados como autoridades competentes delegadas, para “*dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*”.

El art. **5** RD 463/2020 dispone: “*Los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales quedarán bajo las órdenes directas del Ministro del Interior, a los efectos de este real decreto, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza*”.

El art. **6** RD 463/2020 establece que “*Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5*”.

Del análisis conjunto de dichos preceptos puede extraerse que el Ministro de Interior es la autoridad competente delegada en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con capacidad para dictar órdenes directas, actuando bajo la supervisión directa del Presidente del Gobierno y, por lo tanto, quien tendría el carácter de *empleador*, sin que quepa atribuir dicho carácter, en ningún caso al Ministro de Sanidad.

Debe precisarse que resulta difícil concebir, incluso en abstracto, que el Ministro del Interior pudiera ostentar materialmente la condición de sujeto activo del delito, pues, como nos recuerda la Sentencia nº 208/2019, de 18 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (recurso núm. 312/2019), *“a la delegación de funciones en el ámbito empresarial se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, en la que se declara que no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor de exonerar de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la funciones y que disponen de medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar [...] 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”*.

Resulta claro que el criterio del “*dominio del hecho*” es determinante para atribuir la cualidad de sujeto activo por los delitos contra los derechos de los trabajadores y, por tanto, resulta difícilmente concebible que el Ministro de Interior tuviera el “*control del riesgo*” de cada centro de trabajo en el que supuestamente no se proporcionaron las medidas de seguridad. Igualmente, parece impensable atribuir al Ministro de Interior el dominio de la organización de la Guardia Civil en los distintos territorios y en los distintos centros. Por consiguiente, no cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a dicho querellado en base a criterios meramente formales y objetivos de atribución de responsabilidad, pues, como se indica en la STS nº 642/2001, de 10 de abril, *“no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto,*

se dice en la sentencia impugnada que "será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación" (FJ 1º).

Interpretación ésta análoga a la desarrollada por la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía en su Auto nº 38/2020, de 16 de junio (recurso núm. 3/2020), cuando dispone: "La entidad denunciante, parte de un hecho notorio, cual es el de un elevado número de profesionales sanitarios contagiados por el COVID-19 en Andalucía. De este dato infiere que hayan existido causas imputables a los responsables políticos y autoridades sanitarias, por incompetencia, incapacidad de coordinación, insuficiencia de instalaciones, errores en la gestión para la obtención de material de protección o falta de medios humanos, y en consecuencia plantea la posibilidad de un delito de los arts. 316 a 318, por infracción dolosa o imprudente de la normativa de seguridad en el trabajo. [...] No se concreta, sin embargo, un comportamiento personal del único aforado ante esta Sala, que revelase que teniendo el dominio del hecho (es decir, teniendo la posibilidad cierta de comportamientos alternativos acordes con la normativa penal), hubiese infringido dolosa o imprudentemente la normativa de prevención de riesgos laborales. Es obvio que no basta con decir que no contó con prontitud con los más perfeccionados equipos de protección individual para los sanitarios, como personas expuestas a un especial riesgo de contagio. De esa constatación podrán deducirse consecuencias jurídicas como la responsabilidad laboral o civil, cuando se haya constatado el padecimiento de un daño (contagio, dolencias o muerte) típicamente ligado al incremento de riesgo derivado de una insuficiencia de medios adecuados de protección. Pero para que exista responsabilidad por los tipos penales indicados sería preciso identificar al menos indiciariamente, una infracción (generalmente mediante un acta de inspección laboral) determinada por la decisión consciente del (en nuestro caso) Consejero de Salud y Familia, de no hacer lo que debía y podía hacer, o por una desatención o descuido que pudiera calificarse como gravemente imprudente, evitable con la diligencia exigible según las circunstancias" (Vid. en idéntico sentido el Auto de la Sala Civil y Penal del TSJ de Castilla y León nº 25/2020, de 3 de julio (recurso núm. 20/2020).

A mayor abundamiento, el art. **3.2** de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, *por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el 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-1, establece: “Las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, así como las Autoridades de las que dependan los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales adoptarán las medidas necesarias para que los equipos de trabajo de su personal involucrado en las actuaciones objeto de la presente regulación sean adecuados para garantizar su seguridad y salud en el cumplimiento de las funciones previstas, velando por su uso efectivo y correcto, y procurando la necesaria vigilancia y seguimiento del estado de salud de los mismos”.

En cuanto a lo alegado por la parte querellante relativo a que la actividad llevada cabo por la Guardia Civil sea calificada como de *“baja probabilidad de exposición”* por parte del Ministerio de Sanidad en la tabla nº 1 del *“Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2”*, se ha venido indicando de forma reiterada el deber de seguridad que ostenta el empresario respecto de sus trabajadores, lo que a su vez se concreta en los denominados *“principios de acción preventiva”* (art. **15** LPRL). A los efectos que ahora nos interesan, hay que traer a colación la obligación que tiene el empresario de evaluar los riesgos que no se puedan evitar. Con la *“evaluación de riesgos”* lo que el legislador pretende es que el empresario detecte y valore los riesgos existentes en la empresa, a fin de poder articular las correspondientes medidas de protección para eliminar en la medida de lo posible los riesgos cuando ello fuera posible y, en otro caso, minimizarlos. En tal sentido, el art. **3.1** RD 39/1997, de 17 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención*, considera la evaluación de riesgos como *“el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que debe adoptarse”*. A ello se debe añadir lo dispuesto en el art. **8** RD 39/1997 que establece que *“Cuando el resultado de la evaluación pusiera de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario planificará la actividad preventiva que proceda con el objeto de eliminar o controlar y reducir dichos riesgos”*. El procedimiento de evaluación, recogido en el art. **5** RD 39/1997,

consiste en determinar los elementos peligrosos y la identificación de los trabajadores expuestos a los mismos.

Si estas nociones relativas a la evaluación de riesgos laborales las extrapolamos al caso concreto de la enfermedad COVID-19, obtendremos las siguientes consideraciones: el RD 664/1997, de 12 de mayo, *sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición de agentes biológicos durante el trabajo*, que supuso la transposición al Derecho español del contenido de las Directivas 90/679 CEE, 93/88 CEE y 95/30 CEE, dispone en su art. 1, en relación a su ámbito de aplicación, que sus normas van destinadas a aquellas actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad laboral. Es cierto que su Anexo I recoge una lista indicativa de actividades a las que se aplica el citado Real Decreto, pero no hay que considerarlo como un *numerus clausus*, sino que conjugándolo con lo establecido en el citado art. 1, se pueden aplicar sus normas a otras empresas en las que exista riesgo biológico. Estas empresas están obligadas a recoger en sus evaluaciones de riesgos la posibilidad del riesgo biológico. De ello deriva que antes de la aparición de la COVID-19, solo un determinado número de empresas contemplaban en sus evaluaciones de riesgo el peligro biológico y, por ello, se les aplicaba el RD 664/1997.

Ante la pregunta de cuál sería la situación al respecto tras el brote de COVID-19, parece razonable colegir que, aunque toda la actividad empresarial esté, en este momento, expuesta a la posible contaminación de los trabajadores por COVID-19, ello no significa que a todas las empresas se les exija que cumplan con el RD 664/1997. Lo lógico sería que se establecieran unos protocolos de obligado cumplimiento, tomando, por ejemplo, el *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2* (edición inicial de 28 de febrero de 2020, última actualización de 8 de junio de 2020) y/o la “*Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo*” elaborada por el Ministerio de Sanidad (11 de abril de 2020).

En definitiva, ninguna evaluación de riesgos ha podido prever, salvo aquellas relativas a las empresas indicadas en el Anexo I o, en su caso, en el art. 1 del RD 664/1997 (entre las que se encuentran

las de actividad sanitaria, pero no, por ejemplo, las relativas a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, industria, construcción etc.) las contingencias derivadas de la epidemia producida por la COVID-19. Por tanto, su falta de evaluación no puede achacarse en modo alguno al empresario o a los servicios de prevención.

A mayor abundamiento, si lo que los querellantes indican en la querrela es la responsabilidad bien del Ministro de Sanidad, bien del Ministro del Interior en el hecho de que la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado hayan sido encuadradas como de *baja probabilidad de exposición* en la Tabla I del “*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, escenarios de riesgos de exposición al coronavirus SARS-CoV-2 en el entorno laboral*”, calificándolos así como no prioritarios y no siendo necesario el uso de EPIs, habría que precisar que se trataría de un criterio técnico adoptado por aquellos profesionales que colaboraron en su elaboración, por lo que resultaría desmesurado auspiciar una responsabilidad penal en alguno de los Ministros aludidos, como consecuencia de la aplicación de criterios realizados por profesionales expertos en la materia.

Tampoco hay constancia de que se haya producido ni grave infracción de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni el correlativo grave riesgo para la vida y salud de los trabajadores. Las referencias genéricas sobre la falta de equipos de protección y la falta de control de los adquiridos nos impide determinar que la conducta suponga una vulneración de la normativa infringida en materia de seguridad y salud en el trabajo. Si no se conoce a qué se refiere la pretendida omisión, no puede determinarse ya no solo la gravedad de la normativa que exige el tipo penal, sino tan siquiera si se produce vulneración alguna de la misma.

De la misma manera, está ausente en la querrela cualquier elemento que nos permita determinar el grave riesgo para la vida o la salud de los trabajadores, pues, aunque se trata de un delito de peligro, dicho peligro es “*concreto*”, es decir, peligro real y efectivo, como próximo a la lesión del bien jurídico, exigiéndose, por tanto, la identificación de los sujetos individuales en que se materializa el bien jurídico protegido.

Como afirma la STS nº 1355/2000, de 26 julio, los tipos de los art **316** y **317** CP “*constituyen infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal*”.

Desconocemos quién o quiénes, salvo con respecto a algunos de los fallecimientos que se imputan, son los trabajadores expuestos al riesgo, en qué centros prestaban sus servicios, y dado que el riesgo ha de ser causal a la falta de medidas adoptadas, si desconocemos cuál es la omisión real de medidas, difícilmente podemos establecer relación causal alguna.

Con relación a los “*medios de protección*”, el art. **17** LPRL dispone que “*El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesario*”. Por su parte, el art. **3 c)** RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre “*disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual*”, contempla entre las obligaciones del empresario “*Proporcionar gratuitamente a los trabajadores los equipos de protección individual que deban utilizar, reponiéndolos cuando resulte necesario*”.

Se trata de concretar si el hecho de no hacer entrega de los equipos de protección individual necesarios para que los trabajadores desarrollen su actividad en las condiciones de seguridad exigibles por la norma puede integrar alguno de los tipos delictivos señalados, cuando es un hecho notorio y sobradamente conocido la escasez de éstos en el mercado nacional e internacional y, por tanto, la dificultad -cuando no imposibilidad- de entregar los mismos a los trabajadores. La respuesta es necesariamente negativa, ya que al sujeto legalmente obligado se le estaría exigiendo una conducta imposible de realizar y, siendo la falta de medios un hecho notorio, no es precisa la práctica de diligencia de prueba alguna en tal sentido.

El art. **281.4** LEC dispone que *“no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”*.

Respecto a qué tiene la consideración de *“hecho notorio”*, la STS (1ª) de 12 de junio de 2007 asevera que son *“aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia en la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba”*, asimismo, la STC nº 59/1986, de 19 de mayo, afirma que *“es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba”*.

Debe recordarse que uno de los motivos que justificaron la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo, fue precisamente la existencia de una situación de desabastecimiento en determinados sectores. Claro ejemplo de las dificultades halladas en la adquisición de equipos de protección individual, particularmente de mascarillas, resulta la Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, *por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*, en que se venía a disponer la necesidad de tramitar por el procedimiento de emergencia la adquisición de los equipos de protección individual. O, en idéntico sentido, lo dispuesto en la Orden TMA/292/2020, de 26 de marzo, *por la que se regula una segunda adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*.

Solo nos queda, pues, analizar si ante la falta de medidas de seguridad por imposibilidad de su adquisición, procedería la paralización de la actividad. El empresario o empleador ostenta el poder de dirección en la empresa y así lo recoge el art. **1** ET al disponer que los trabajadores prestan sus servicios *“dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario”*. En el ejercicio de dicho poder de dirección, el art. **21.1.b)** LPRL, le obliga en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores, a adoptar medidas y dar las instrucciones necesarias para que los trabajadores puedan interrumpir su actividad.

La Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, establece en su art. 2 las obligaciones de prestación de sus servicios de los miembros de

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como consecuencia de la declaración del estado de alarma. No cabe duda que la actividad de estos Cuerpos tiene carácter de servicio esencial y como tales deberán mantener su actividad.

Finalmente, cabe indicar que nos encontramos ante la colisión de dos bienes jurídicos importantísimos: de una parte, la seguridad de los trabajadores, y por otra, la seguridad e integridad colectiva. Al respecto debemos aludir a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, si bien va dirigida a las exclusiones de la Directiva marco 89/391/CEE, puede aplicarse al caso que nos ocupa, ya que viene referida al buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad y de la salud en circunstancias de especial y excepcional gravedad, como es el caso de la crisis sanitaria desencadenada por la COVID-19.

En concreto, el ordinal 27 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 12 de enero de 2006, también referida a las mismas exclusiones de la Directiva marco 89/391/CEE afirma que *“En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores”*.

En el mismo sentido se pronunció el Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas dictado el 14 de julio 2005 (caso *Personalrat Der Feuerwehr Hamburg*), al señalar que *“cuando existan circunstancias excepcionales de gravedad y magnitud, el objetivo de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de intereses públicos como el orden, la salud y la seguridad públicos, debe prevalecer provisionalmente sobre aquel otro consistente en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destinados en los equipos de intervención y de socorro”* (§61).

Este criterio ha sido reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de fecha 12 de enero de 2006, cuando señala que *“En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud, así como de la seguridad colectiva, y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores”* (§27).

Se antoja, pues, como una decisión inviable la procedencia de la paralización de dicha actividad, dada la necesidad de mantener la seguridad y el orden públicos.

Por último, en cuanto a la mención realizada por los querellantes en la ampliación de la querella referida a los test defectuosos adquiridos por la empresa de nacionalidad china *SHENZEN BIOEASY BIOTECHNOLOGY*, del examen de la Plataforma de contratación del Sector Público (de carácter oficial y público acceso) se infiere que el contrato administrativo al que se alude en la querella resulta ser el adjudicado por el Ministerio de Sanidad en favor de la empresa *INTERPHARMA*, en el seno del expediente de contratación núm. 202009PJ0001, cuyo objeto aparece detallado en los siguientes términos: *“Contratación de emergencia para el suministro de kits diagnósticos para coronavirus COVID-19, en virtud del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19”* (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqxCoAgEADQr2m-mwMHh6ChqiAob4kjpY5OcxCP8cHDwgOoMRVbi7yJdZm50PIKuntfSisGk6VSwpfLcAOBCR-qApuxLxNz4111urS9q4LdkjWGMgx2h-Y1NMP/>).

El análisis de la documentación publicada por el Ministerio de Sanidad, singularmente el de su memoria justificativa (enlace: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/3af48842-6bc1-447d-a4a7-93eb74f66829/DOC20200421142446MEMORIA+INTER+PHARMA.pdf?MOD=AJPERES>), permite concluir que el referenciado contrato resultó

adjudicado con arreglo al procedimiento de emergencia, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*, así como del RDL 8/2020, de 17 de marzo, sin que exista dato o elemento alguno que permitan duda de su licitud.

En cuanto a los motivos por los que el Ministerio de Sanidad habría decidido adjudicar el contrato a una empresa que no contaría con las oportunas licencias u homologaciones, debe precisarse que esto no fue así, pues -en realidad- el contrato fue adjudicado a la empresa *INTERPHARMA*, siendo esta la que se comprometió a adquirir test idóneos para el diagnóstico rápido de COVID-19. Y, por lo tanto, resultando esta la empresa que, con claro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, adquirió de una mercantil de origen chino productos defectuosos, haciéndolo en términos que, en realidad, se ignoran, pues más allá de que los test resultaron defectuosos, no se aporta ningún otro dato por parte de la denunciante que arroje luz acerca de los términos en que se desarrolló aquella adquisición ni, desde luego, acerca de la diligencia empleada por la mercantil *INTERPHARMA*.

En cualquier caso, debe precisarse que no existen razones que permitan, ni tan siquiera indiciariamente, atribuir la ejecución de delito contra los derechos de los trabajadores al Ministro de Sanidad (que ya dijimos que no resulta legalmente obligado en los términos de los arts. 316 al 318 CP), ni al Ministro del Interior por la hipotética distribución de test defectuosos entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que nada tiene que ver en su adquisición, pero es que además resultan incontrovertidas las siguientes afirmaciones:

- No consta que ninguno de los test defectuosos adquiridos por el Ministerio de Sanidad hubiera llegado a ser suministrado o distribuido entre los profesionales de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. No existiendo por ello elemento alguno que permita afirmar que por parte del Ministerio de Sanidad se puso en peligro el bien jurídico tutelado.

- La conducta desarrollada por el Ministerio de Sanidad consistió en adjudicar a la mercantil *INTERPHARMA* la adquisición de material sanitario, resultando dicha empresa quien procedió

posteriormente a realizar las tareas oportunas al objeto de adquirir e importar dichos productos. De ahí que, si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

- Al objeto de valorar la diligencia desarrollada por el Ministerio de Sanidad, resulta sumamente relevante analizar el contenido de la resolución suscrita por D^a. Patricia Lacruz Gimeno, en su condición de Directora General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, del Ministerio de Sanidad, de fecha 8 de abril de 2020, publicada en el siguiente enlace del Ministerio de Sanidad: <https://sede.mscbs.gob.es/verificacionCSV/home.do> (clave acceso CSV: YTCCT-KMDFK-7Y7GX-XWSTJ)

“(…) Con fechas 21 y 25 de marzo de 2020 se han producido las dos primeras entregas de las cuatro previstas para el citado suministro, habiéndose incluido en la segunda de ellas distintos kits de técnica rápida de detección de antígenos del SARS-CoV-2 de la empresa BIOEASY, 2012-nCoV Ag TEST FLUORESCNCE IC ASSAY, ante los problemas de sensibilidad advertidos en los tests incluidos en la primera partida.

El Instituto de Salud Carlos III, tras realizar los correspondientes estudios de fiabilidad de los tests suministrados, ha concluido en su informe de 24 de marzo de 2020 que “la sensibilidad de la prueba rápida 2019-nCoV Ag TEST KIT es muy inferior en nuestro medio a lo que indica la validación clínica por la que se obtuvo el marcado CE (24,3% en nuestro medio vs 83% del marcado CE)” y en su informe de 30 de marzo de 2020 que “la sensibilidad de la prueba rápida 2019-nCoV Ag Test Fluorescence IC Assay TEST KIT es inferior en nuestro medio a lo que indica la validación clínica por la que se obtuvo el marcado CE (57,8% en nuestro medio vs 92% de la validación clínica presentada por el fabricante)”.

En consecuencia, no siendo los bienes suministrados aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables a INTER PHARMA y existiendo la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastante para lograr aquel fin, de

acuerdo con lo dispuesto en los artículos 120.1 d) y 305.3 de la LCSP, este órgano de contratación:

1.RECHAZA los bienes entregados dejándolos de cuenta de INTER PHARMA; quedando este órgano de contratación exento de las obligaciones de recepción y pago por el resto de suministro.

2.REQUIERE a INTERPHARMA para la recuperación del precio satisfecho que asciende a 6.998.035 euros (IVA incluido), correspondiente a las facturas nº 120/2117, nº 120/2191, nº 120/2215”.

Este documento resulta sumamente relevante, pues permite concluir que el Ministerio de Sanidad tomó precauciones al objeto de verificar, antes de proceder a su distribución, el material sanitario adquirido, extremo que se infiere con toda claridad de la circunstancia de que, a pesar de haber sido recibido el primer suministro en fecha 21 de marzo de 2020, ya el día 24 de marzo de 2020 el Instituto de Salud Carlos III, del Ministerio de Sanidad, concluyera aquella evaluación detectando el carácter defectuoso de aquellos productos.

De ahí que, si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

4) Análisis del delito de homicidio imprudente ejecutado en comisión por omisión.

Los querellantes atribuyen a los Ministros de Sanidad e Interior la comisión de cinco delitos de homicidio imprudente en relación con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fallecidos supuestamente por COVID-19 a consecuencia de la falta de medidas preventivo laborales.

Cuando acaece un accidente de trabajo, en un porcentaje altísimo, por no decir en la práctica totalidad de los mismos (salvo en los casos en que el sujeto activo no tenga la consideración de “legalmente obligado”), confluyen dos infracciones penales. De una

parte, se advierte la existencia de un delito de riesgo contemplado en los artículos **316** o **317** CP, al que acompaña el subsiguiente delito de resultado imprudente, ya sea un homicidio (art. **142** CP), ya sean alguna de las lesiones imprudentes a que se refiere el art. **152** CP. Esta conexión jurídica entre ambos delitos, un delito de riesgo (art. 316 o 317 CP), el cual se lleva a cabo por dolo eventual en el primer caso y por imprudencia grave en el segundo, y un delito de resultado imprudente (art. 142 ó 152 CP), conlleva necesariamente consecuencias en la imputación. Queremos con ello decir que no se puede prescindir del dolo eventual que embebe el delito del art. 316 CP o la imprudencia grave del delito de imprudencia grave (art. 317 CP) a la hora de la imputación imprudente del resultado.

En cuanto a los delitos de homicidio imprudente atribuidos por los querellantes, no teniendo el Ministro de Sanidad el carácter de *“legalmente obligado”* en cuanto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, difícilmente se le pueden atribuir los resultados lesivos.

En cuanto a los homicidios imprudentes objeto de la querella, cometidos por omisión impropia, como nos recuerda la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, *“según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo*

para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”.

Trasladando estas consideraciones al supuesto de autos, debe concluirse, ya en este momento procesal, la evidente imposibilidad de atribuir a los querellados distintos resultados lesivos sufridos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como consecuencia de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2. Debe subrayarse que en los supuestos de comisión por omisión, el art. 11 CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “*la posición de “garante” se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.*

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato, cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las

previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la vida e integridad física de los trabajadores entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para ello.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido, circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*.

De ahí que como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisen actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo pudiera haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados pudieran haber infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirles comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con indeterminados delitos de homicidio o de lesiones.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde*

valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “*debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica*”.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir a los Ministros de Sanidad y de Interior muertes sin identificar, en ocasiones al fallecido, ni las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios trae causa de la supuesta falta de equipos de protección personal, o medios deficientes, así como las razones por las que la adopción de medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido. Razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querella

presentada. Igualmente, tampoco se ha justificado -tan siquiera indiciariamente- en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece palmario que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado. Extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las muertes que se les imputación.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20251/20.

Querellante: **Asociación de Abogados Cristianos.**

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, D^a Carmen Calvo Poyato y D. Pablo Iglesias Turrión, Vicepresidentes Primera y Segundo del Gobierno, así como D. Salvador Illa Roca, D. José Luis Ábalos Meco, D^a Margarita Robles Fernández y D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministros de Sanidad, Transportes, Defensa e Interior, respectivamente.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 3 de abril de 2020 la Asociación de Abogados Cristianos formuló querella por delitos **omisión del deber de socorro** del art. **195** CP y **prevaricación administrativa omisiva** de los arts. **11** y **404** CP.

Sanciona el art. **195.1** CP “*al que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio, ni de terceros*”.

Sanciona el art. **404** CP “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Dispone el art. **11** CP que “los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”.

En síntesis, la asociación querellante reprocha a los querellados, en su condición de miembros del Gobierno de España:

- La falta de diligencia en la adopción de medidas de prevención epidemiológica y de tutela de la salud pública, al objeto de mitigar el riesgo de contagio de la enfermedad conocida como COVID-19 con anterioridad a la aprobación del RD 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*. Circunstancia que en opinión de los querellantes motivó el contagio por COVID-19 de un número indeterminado de personas.

- La ejecución de actuaciones dirigidas a promover la celebración de manifestaciones con motivo del “Día Internacional de la Mujer”, que tuvieron lugar en fecha 8 de marzo de 2020.

- La desatención o abandono que, por parte del Gobierno de España y durante el confinamiento, sufrieron los usuarios de las residencias geriátricas de titularidad pública, con especial referencia a la escasez de medios personales y materiales.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal alguno (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Como señala el ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019), “conforme una jurisprudencia reiterada de esta Sala -ATS de 24 de marzo de 2017 (causa especial núm. 20074/2017), entre otros muchos-, el artículo 313 de la LECrim ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito. b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional. De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)”.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, no cabe sino concluir la procedencia de acordar la inadmisión a trámite de la querella, pues nos encontramos ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima *“nullum crimen, nulla pena sine culpa”*.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por la querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito de omisión del deber de socorro.

Como nos recuerda la STS nº 648/2015, de 22 de octubre, *“en relación al tipo básico de la omisión de socorro ordinaria (artículo 195.1 CP); la jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 647/1997, de 13 de mayo, 42/2000, de 19 de enero, luego reiterada en las núm. 1422/2002 de 23 de julio, 1304/2004 de 11 de noviembre, 140/2010 de 23 de febrero, 482/2012 de 15 de junio, 706/2012 de 24 de septiembre) ha indicado como requisitos precisos para su existencia: 1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983 ; 18 de enero de 1984 ; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la*

probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva".

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos parece evidente que la conducta atribuida a los querellados no resulta subsumible en el delito de omisión del deber de socorro del art. **195** CP. Así las cosas, si convenimos en que el nacimiento del deber de socorro que tutela el art. 195 CP aparece conectado con el conocimiento de la situación descrita por el tipo penal, así como con la posibilidad material de prestar auxilio a quien lo necesita por hallarse desamparado y en peligro grave, debemos concluir que solo puede erigirse en autor del delito aquella persona que, de algún modo directo o indirecto, entre en contacto con quien precisa de socorro, pues, en definitiva, solo éste se hallará en disposición efectiva de prestar el auxilio que impone el tipo y, por ello, de cumplir el mandato cuya infracción sanciona el legislador en el art. 195 CP.

De ahí que resulte notoria la imposibilidad de atribuir al Presidente de Gobierno de España y al resto de sus miembros, el delito previsto y sancionado por el art. 195 CP, cuando la querellante no han podido concretar situación alguna en que aquellos, tras conocer la concreta situación de desamparo de cualesquiera ciudadanos, eludieran socorrerles. Es más, lo cierto es que, en realidad, la querellante se limita a afirmar que los querellados gestionaron de modo poco diligente los servicios sanitarios, supuesto de hecho que no reúne ninguno de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por la modalidad típica analizada.

En otro orden de cosas, debe descartarse también de plano, la posibilidad de atribuir a los querellados la modalidad de omisión del deber de socorro descrita en el art. **196** CP, pues al margen de resultar de aplicación lo ya manifestado con anterioridad acerca del tipo básico, debe recordarse que el precepto describe un delito especial propio, limitando de ese modo el legislador el círculo de posibles sujetos activos a quienes gocen de la condición de *“profesionales sanitarios”* -v. gr. STS de fecha 28 de enero de 2008-, condición que, sin ninguna duda, no reúnen los querellados.

4) Análisis del delito de prevaricación administrativa, ejecutado en comisión por omisión.

Según se relata a lo largo de la querella, y más concretamente a los folios 14 y ss. de la misma, los miembros del Gobierno querellados habrían incurrido en prevaricación omisiva, fruto de su inacción y falta de diligencia a la hora de adoptar las medidas de prevención epidemiológica y protección de la salud pública que por imperativo legal deberían haber adoptado al objeto de prevenir y paliar la situación de crisis sanitaria generada por la COVID-19.

Sin embargo, en opinión del Ministerio Fiscal resulta evidente que los hechos relatados por los querellantes no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa previsto y sancionado por el art. **404** CP -tampoco en su modalidad omisiva-.

Como recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario, a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto, y e) finalmente, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)*”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. **404** CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurren los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, fácilmente se advierte que la conducta atribuida a los miembros del Gobierno no reúne ni uno solo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal.

El hecho de que la ejecución del delito de prevaricación administrativa se atribuya en comisión por omisión, con arreglo a lo preceptuado por el art. **11** CP, en nada altera las anteriores conclusiones acerca de la estructura típica del delito regulado por el art. **404** CP, pues, también en los casos de ejecución omisiva, la subsunción de los hechos en el tipo penal exigirá apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos antes descritos. De ahí que la única diferencia entre la ejecución activa o en comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa, estribará en que, mientras que en el primero de los supuestos el sujeto activo del delito habrá procedido a dictar la resolución en forma expresa, a través de un acto concluyente, en los casos de omisión impropia, el sujeto activo dictará la resolución arbitraria en asunto administrativo mediante la ejecución de un acto equivalente a la aprobación expresa y directa de la misma.

Como señala la STS nº 82/2017, de 13 de febrero, *“es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en que la autoridad o*

funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras lo cual sea preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos”.

Asimismo, según se indica en la STS nº 371/2016, de 3 de mayo, *“la prevaricación se puede cometer por omisión concretamente en aquellos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida en que la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas [...] Es claro que ese no hacer que se imputa al acusado en ningún caso puede entenderse constitutivo de una resolución administrativa en los términos en que nuestra jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora”*. Consideraciones similares se realizan, asimismo, en las SSTS nº 58/2018, de 1 de febrero, y nº 294/2019, de 3 de junio.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, parece evidente que los hechos relatados en la querella no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art. **404 CP**.

Debe recordarse, además, que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, las “*bases y coordinación general de la sanidad*”, así como en materia de “*legislación sobre productos farmacéuticos*” (art. **149.1.16^a** CE). Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria. De ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la “*salud pública interior*” en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla-, permite concluir que, en relación a la sanidad interior, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, “*procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como*

“sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar ... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)”.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

Las anteriores conclusiones no se ven en ningún caso empañadas por el hecho de que el art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, confiera al Ministro de Sanidad competencias en materia de gestión de las alertas sanitarias de carácter supra autonómico o de coordinación de la red de vigilancia en salud pública, en tanto en cuanto se trata de meras facultades en materia de coordinación que en ningún caso gozan de carácter ejecutivo. Al igual que tampoco lo hacen las previsiones que se contienen en el art. 52 de la referenciada Ley, acerca de la posibilidad de que por el Ministro de Sanidad puedan adoptarse medidas de intervención especial de naturaleza ejecutiva.

Debe subrayarse que dichas facultades deben ser interpretadas con arreglo a lo preceptuado por el art. 149.1.16ª CE, a las previsiones que se contienen en los distintos Estatutos de Autonomía, así como a las distintas leyes sanitarias aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas. Resulta, por ello evidente, que las competencias en materia de protección de la salud pública y, en particular, de vigilancia y tutela epidemiológica correspondía, sin excepción, a las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas.

Por lo que se refiere a las facultades de carácter ejecutivo atribuidas con carácter extraordinario al Ministro de Sanidad en el art. **52** de la Ley 33/2011, debe advertirse que el apartado tercero del mencionado precepto, precisa que las competencias ejecutivas conferidas deberán limitarse a la adopción de aquellas medidas que resulte posible adoptar “*en el ámbito de las respectivas competencias*”. De ahí que, resultando incontrovertido que el Ministro no gozaba de competencias en materia de prevención y tutela epidemiológica, deba concluirse que no disponía de facultades para instaurar medidas de carácter ejecutivo en este caso.

A mayor abundamiento, debe advertirse que las facultades conferidas en el art. **52** no atribuían competencias al Ministro de Sanidad que le habilitaran para aprobar el confinamiento de la población u otras que afectaran directamente a la libertad de circulación, o a otros derechos fundamentales, pues lo cierto es que con arreglo al art. **81** CE no cabe sino interpretar que el desarrollo y restricción directa de derechos fundamentales únicamente resulta posible mediante ley orgánica, siendo que la Ley 33/2011 resulta ser una ley ordinaria¹.

De ahí que resultando evidente que, cuando menos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, el Estado no contaba con las competencias necesarias para adoptar medidas concretas de naturaleza ejecutiva en materia de protección de la salud pública, no resulte posible atribuir ni al Presidente del Gobierno de España, ni al resto de sus miembros, la condición de “*garantes*” de la tutela de la salud pública de todos los españoles, pues, en definitiva, dicha condición debe quedar reservada para quienes, gozando de competencias en materia sanitaria, se hallasen facultados, y, más en concreto obligados, para implementar cuantas medidas fueran necesarias a fin de conjurar el riesgo generado por la COVID-19.

Adviértase, que el art. **11** CP articula la atribución de responsabilidad criminal en los supuestos de comisión por omisión,

¹ Al objeto de contrastar la meridiana claridad con que los distintos Estatutos de Autonomía y leyes sanitarias de las distintas comunidades y ciudades autónomas atribuyen competencias en materia de sanidad interior, y en particular en el ámbito de la prevención y tutela de la salud pública en caso de riesgo epidemiológico, se adjunta un recopilatorio legislativo como ANEXO 1 y ANEXO 2, sin otro ánimo que auxiliar al Tribunal.

en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado, y a pesar de ello no lo hace cuando nada se lo impide. Por lo que sólo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Ciertamente, el art. **116** CE, el art. **5.1.f)** de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. **4** de la LO 4/1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, atribuyen al Gobierno de España la potestad de declarar el estado de alarma, al objeto de combatir situaciones de crisis sanitaria. Por ello, el Gobierno se halla facultado para arrogarse competencias en orden a la protección de la salud pública interior. Sin embargo, dicha facultad no permite atribuir a los miembros del Gobierno, sin más, y de un modo automático, una condición de “*garantes*” de carácter universal frente a cualesquiera peligros para la salud pública de todos los ciudadanos, pues debe recordarse que, sin perjuicio de las altas responsabilidades de que resultan acreedores tanto el Presidente como los demás miembros del Gobierno, la Constitución Española configuró un sistema de distribución del poder entre las diferentes administraciones que integran la Administración Pública española, que cristalizó en lo que hoy día se conoce como Estado de las Autonomías. De ahí que en el presente caso no resulte posible atribuir a los querellados, sin más, de un modo automático y acrítico, la condición de “*garantes*” de la salud pública de todos los ciudadanos de España, pues ello solo resultaría posible para el caso de concluirse que gozaban de competencias en el ámbito de la sanidad interior y, más en concreto, de competencias ejecutivas en materia de prevención epidemiológica y protección de la salud pública.

Como señala la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“la posición de “garante” se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición*

de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.

Del razonamiento anterior cabe inferir que el nacimiento de la posición de “*garante*” de los miembros del Gobierno para con la protección de la salud pública de la ciudadanía se encuentra estrechamente conectada con la aparición de aquellos presupuestos que justificaron la declaración del estado de alarma, declaración que, justo es recordarlo, resulta a todas luces excepcional, revelándose como alternativa última ante situaciones de anormalidad constitucional (STC nº 83/2016, de 28 de abril).

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resultará sencillamente evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles “*garantes*” de la tutela de la salud pública entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para frenar la pandemia y proteger la vida e integridad de las posibles víctimas.

Partiendo de las anteriores premisas, parece lógico concluir que no concurren razones para atribuir a los querellados la condición de *garantes* de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Llegados a este punto, resulta necesario advertir que ni la Constitución, ni tampoco la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, ofrecen criterios jurídicos de ningún tipo que permitan delimitar con una mínima precisión cuándo nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria o una pandemia. La LO 4/1981 se limita a afirmar en su art. 1 que “*Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento*

de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”, y en su artículo 4 que “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”.

A la vista de todo ello, resultando incontrovertido que la declaración de estado de alarma a fin de combatir la pandemia por COVID-19 únicamente resultaba posible una vez constatado que dicha declaración constituía el único instrumento jurídico idóneo ante la situación de crisis acaecida, no puede sino concluirse que no existen elementos que permitan afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno se mostrara poco ágil o poco diligente a la hora de utilizar aquel instrumento jurídico, pues, en definitiva, no existe dato alguno que permita concluir que los presupuestos jurídicos para la adopción de aquella excepcional medida concurrieran objetivamente con anterioridad a la tramitación de la declaración de estado de alarma por parte de los querellados.

Debe advertirse, además, que para que una situación alcance la consideración de crisis sanitaria, llegando a catalogarse un brote infeccioso como pandemia, resultará ineludible que previamente haya tenido lugar un elevado número de contagios y, por ello, que la enfermedad en cuestión haya alcanzado un importante grado de repercusión en la salud de la población, consideraciones éstas que permiten afirmar que los presupuestos habilitantes para decretar el estado de alarma por concurrir una situación de crisis sanitaria precisarán, ineludiblemente, que el peligro para la salud pública, y los resultados ya acaecidos, hayan alcanzado un estadio de tal magnitud que la actuación de las Comunidades Autónomas se revele como insuficiente, justificándose por ello la alteración de las reglas constitucionales de distribución de la competencia entre las distintas Administraciones públicas.

En el caso objeto de autos no consta que ninguna de las Administraciones cuyo territorio se encontraba ya entonces afectado por el brote de COVID-19 hubiera instado al Gobierno, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a declarar el estado de alarma

a fin de combatir los contagios, resultando de notorio y público conocimiento que hasta el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elevó a la categoría de pandemia el brote de coronavirus SARS-CoV-2, de ahí que, resulte lógico concluir que, en realidad, no concurría dato o razón alguna que justifique afirmar, al margen de las conjeturas y elucubraciones en torno a las que los querellantes construyen su reproche, que el Gobierno debiera haber decretado el estado de alarma con anterioridad al momento en que lo hizo.

En otro orden de cosas, debe precisarse que tampoco concurren razones que permitan conectar actuación u omisión alguna de los querellados, aun cuando se conviniera en atribuirles la condición de garantes antes analizada previa la declaración del estado de alarma, por los contagios por COVID-19 que desgraciadamente se produjeron y que, aún a día de hoy, se siguen produciendo.

La pandemia por COVID-19 constituye un evento natural cuya génesis ninguna relación guarda con la acción humana y, por lo tanto, con actuación u omisión alguna desarrollada por parte de los querellados, evento -por lo demás- 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, de ahí que ningún sentido tenga atribuir a la acción desarrollada por los querellados el desenlace finalmente acaecido, pues el reproche penal, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede construirse jamás de un modo objetivo, en atención a la mera producción de un resultado, pues ello supondría una inadmisibile vulneración del principio de culpabilidad -*vid.* ATS 1577/2015, de 10 de diciembre; STS 360/2013, de 1 de abril; STS 133/2013, de 6 de febrero-.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido

subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*.

De ahí que como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de examen, puede concluirse que, ya en el presente momento procesal, se aprecia la imposibilidad de afirmar que, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, los querellados pudieran haber desarrollado actuación alguna que pudiera evitar los desgraciados efectos producidos por la pandemia generada por el COVID-19.

Debe, así, prestarse especial atención a los siguientes aspectos:

1º) No se identifica por la asociación querellante resolución administrativa alguna que los miembros del Gobierno hubieran eludido dictar, pues lo cierto es que la norma por la que se declara el estado de alarma no constituye expresión del ejercicio de facultades administrativas, toda vez que goza de rango o fuerza de ley.

Como dispone la STC nº 83/2016, de 28 de abril, *“aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por*

idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización”.

Más recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha indicado en el ATS de fecha 4 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020) que “*Por unidad de doctrina hay que estar a lo decidido en numerosas resoluciones de la antigua Sección Séptima de esta Sala, a la que, por fusión, sucede esta Sección Cuarta. Han inadmitido impugnaciones directas similares a la actual, formuladas contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y contra su prórroga en el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre. Esas resoluciones consideraron que la declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes [artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución -en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE-. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano*

superior de la Administración. Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina. El Tribunal Constitucional ha refrendado esta apreciación en el ATC 7/2012, de 13 de enero, que recuerda el Abogado del Estado, aunque se refiere sólo a las resoluciones parlamentarias de autorización de la prórroga del estado de alarma. Ha considerado que las mismas tienen "rango" o "valor" de ley, con la consecuencia de que no son susceptibles del recurso de amparo previsto en el artículo 42 LOTC y sólo cabe impugnarlas ante el Tribunal Constitucional a través de los procesos que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley (FFJJ 2, 3 y Fallo). Esa declaración se extiende al decreto de declaración de estado de alarma, acordado en Consejo de Ministros, en la STC (Pleno) 83/2016, de 23 de febrero (FJ 10 y Fallo), que profundiza en la naturaleza de normativa de este como una fuente de derecho de emergencia al entender que: "La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado" [...] "La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar".

De ahí que resulte evidente que el RD 463/2020, de 14 de marzo, así como sus sucesivas prórrogas, no puedan ser subsumidos en el art. 404 CP, cuyo tenor literal limita su ámbito de aplicación a las resoluciones dictadas en asunto administrativo en ejecución de facultades de naturaleza administrativa, en consonancia con su ubicación sistemática -Título XIX del Libro II CP-, y del bien jurídico protegido tutelado por la norma.

2º) No se ofrece razón acerca de los motivos por los que la actuación de los querellados debe reputarse “*arbitraria*”.

Los querellantes no ofrecen argumentos acerca de las razones por las que deba considerarse que la actuación del Gobierno resultó *arbitraria*. Y seguramente no lo hacen porque no lo fue. Basta para comprobar tal extremo con verificar las razones ofrecidas por el Gobierno de España en el Preámbulo del RD 463/2020, de 14 de marzo. En donde, si bien de modo escueto, se precisan las razones que motivaron al Gobierno a adoptar tan extraordinaria medida, y del que, asimismo, se infieren las razones por las que no lo hizo con anterioridad.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo pacífico, que la “*arbitrariedad*” es el elemento que singulariza a esta infracción penal, configurándose como la esencia de lo injusto del delito de prevaricación administrativa. A pesar de que la arbitrariedad constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado con solvencia los contornos de dicho elemento típico, concluyendo de modo pacífico que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el ordenamiento jurídico, apareciendo como manifestación de la sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. *gr.* SSTs 311/2019, de 14 de junio; 727/2000, de 23 de octubre; 2340/2001, de 10 de diciembre; 1497/2002, de 23 de septiembre, 878/2002; de 17 de mayo; 76/2002, de 25 de mayo; 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la arbitrariedad se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto

activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en los casos en que se vulneren normas de contenido sustancial (*vid.* SSTs 29/208, de 17 de mayo, 249/2019, de 3 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, o 723/2009, de 1 de julio, entre otras).

En atención a las razones antes expuestas resulta inverosímil concluir que la actuación de los querellados pudiera resultar adjetivada de “*arbitraria*”, pues: a) no existía norma alguna que impusiera con carácter expreso la obligación de decretar el estado de alarma y, mucho menos, de hacerlo antes del 14 de marzo de 2020; b) con anterioridad a la aprobación del estado de alarma los querellados no gozaban de competencias en materia sanitaria que permitan considerar que les correspondía la adopción de medidas de prevención epidemiológica; c) no consta que ninguna de las Administraciones autonómicas hubiera instado al Gobierno a decretar el estado de alarma; d) hasta aquella fecha las autoridades sanitarias internacionales únicamente habían trasladado meras recomendaciones a los Gobiernos europeos.

3º) A pesar de que se atribuye a los querellados la ejecución de un delito de prevaricación omisiva, como reproche por su inacción, lo cierto es que el Gobierno y, en particular, el Ministerio de Sanidad, desarrolló diversas actuaciones dentro del limitado marco de sus competencias ya con anterioridad al 14 de marzo de 2020, así:

a) En fecha 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, informó a las comunidades autónomas -vía sistema de Alertas y Respuesta Rápida- acerca de la existencia de la enfermedad de COVID-19.

b) En fecha 23 de enero 2020 la Ponencia de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta realizó el primer protocolo de actuación conjunta ante la aparición de posibles casos sospechosos en España.

c) En fecha 30 de enero de 2020, una vez declarada por la OMS la Emergencia de Salud Pública de Impacto Internacional, España ya cumplía con las recomendaciones ofrecidas -ya disponía de una red

de vigilancia activa que informaba periódicamente a los organismos internacionales-.

d) En fecha 30 de enero de 2020 se celebró la primera sesión conjunta con las comunidades autónomas.

e) En fecha 4 de febrero de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la creación de un Comité de Coordinación Interministerial ante la amenaza para la salud pública producida por la COVID-19.

f) El mismo día 4 de febrero se convocó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con presencia de todos los consejeros autonómicos.

g) El 13 de febrero de 2020 se convocó una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

h) El 25 de febrero de 2020 la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, de la que forman parte todas las comunidades autónomas, decidió modificar la definición de “caso” en nuestro país.

i) Aquel mismo día se celebró una nueva reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

j) El 1 de marzo de 2020 se adoptaron diversos acuerdos junto a las comunidades autónomas: celebración a puerta cerrada de todas las competencias deportivas profesionales en que participaran equipos de zonas de riesgo; medidas para preservar la salud del personal sanitario.

k) En la noche del 8 de marzo de 2020 se comunicó por las comunidades autónomas un incremento del número de contagios: 294 contagios en Madrid, y 1000 en toda España.

l) Al día siguiente, 9 de marzo, se celebró una sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se aprobó un conjunto de medidas sanitarias: medidas de distanciamiento poblacional en los centros educativos, laborales y sociales; suspensión de la actividad docente; promover el teletrabajo; cancelación de actividades en espacios cerrados con más de mil personas; control de aforo de eventos; precauciones en el cuidado de personas vulnerables.

m) El 12 de marzo de 2020 se aprobó el RDL 7/2020, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, en el que se contemplaban medidas económicas extraordinarias para reforzar el sistema sanitario.

4º) A mayor abundamiento, y a los meros efectos dialécticos, las anteriores consideraciones impiden plantear, tan siquiera, que pudiera concurrir en los querellados el elemento subjetivo exigido por el tipo penal. No existe elemento alguno que permita afirmar que aquellos obraron “a sabiendas” de un modo deliberadamente contrario al ordenamiento jurídico. Así las cosas:

a) La OMS no realizó la declaración oficial de pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2 hasta el día 11 de marzo de 2020.

b) El informe del Centro Europeo de Control y Prevención de Enfermedades de fecha 2 de marzo de 2020 nos situaba aún en el escenario 1, con posibilidad de rápida evolución al escenario 2, en los cuales no se contemplaba la suspensión de eventos multitudinarios más que en circunstancias excepcionales, dejando la recomendación general de suspensión sólo para los escenarios 3 y 4. En ese sentido, los países de nuestro entorno (Alemania o Francia, con cifras que entonces duplicaban en contagios a las de España) únicamente establecieron medidas limitativas para reuniones de más de 1000 o 5000 personas en espacios cerrados, y las manifestaciones del Día de la Mujer el 8 de marzo se celebraron en todo el ámbito de la Unión Europea (a excepción de Italia, como decíamos, en atención a su especial situación). c) el día 7 de marzo de 2020 se habían declarado 374 contagios en todo el territorio español. Según el informe núm. 6 de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica de fecha 5 marzo de 2020, en la Comunidad de Madrid se había declarado 90 casos, el 47% de ellos importados.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20259/20.

Querellante: **Colectivo Profesional de Policía Municipal de Madrid.**

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y demás integrantes del Consejo de Ministros.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 14 de abril de 2020 el Colectivo de Policía Municipal de Madrid formuló querella por delitos de prevaricación administrativa del art. **404** CP, contra los derechos de los trabajadores del art. **316** CP y lesiones imprudentes del art. **152** CP.

Sanciona el art. **404** CP *“a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”*.

Sanciona el art. **316** CP a *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave, su vida, salud o integridad física”*.

Sanciona el art. **152** CP *“al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores”* (arts. 147-151)

Los breves hechos objeto de la querella se refieren a la presunta conducta delictiva por parte de los querellados, materializada en los distintos tipos penales señalados, en relación con la falta de prohibición de las manifestaciones del 8 de marzo de 2020 y la falta de dotación a los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local de los equipos de protección necesarios para el ejercicio de sus funciones.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto resulta palmario que los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, ni se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos. La responsabilidad criminal se atribuye de una forma, a todas luces, difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

De la lectura de la querella, así como de la documentación que la acompaña, solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo.

En ella no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quiénes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, qué trabajador/es han resultado, a consecuencia de la supuesta falta de medidas de prevención, con lesiones, su entidad, no se acompaña ninguna documentación en la que se ponga de manifiesto denuncia

alguna presentada ante la autoridad laboral o intervención alguna de ésta que avale el objeto de la misma. Todo ello hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento.

En lo referente a las manifestaciones del 8M, tampoco se concreta el lugar o lugares en los cuales se decidió, en palabras de la querellante, “*dar luz verde*”, pues se alude a una expresión tan genérica como “*por toda España*”, ni se efectúa un mínimo razonamiento de los motivos por los que la conducta atribuida a los querellados se califica como constitutiva de prevaricación.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella formulada (ATS de 11 de marzo de 2020), pues parece evidente lo genérico de la querella, que pretende ser una “*causa general*” contra el Gobierno derivada de la pandemia sufrida y la ausencia absoluta de principio de prueba aportada para apoyar los hechos objeto de la querella que justifiquen la actividad de investigación alguna, conlleva necesariamente al archivo de ésta.

No obstante lo anterior, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes o bien en cualquier otro.

3) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal se remite a los argumentos que sobre el citado tipo penal han sido expuestos *supra* en la Causa Especial 3/20247/20.

4) Análisis de los delitos de lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

El querellante atribuye al Presidente del Gobierno y sus Ministros, especialmente al de Sanidad, el delito de lesiones

imprudentes respecto de los miembros de las Policías Municipales, supuestamente contagiados por COVID-19 a consecuencia de la falta de medidas preventivo-laborales.

Cuando acaece un accidente de trabajo, en un porcentaje altísimo, por no decir en la práctica totalidad de los mismos (salvo en los casos en que el sujeto activo no tenga la consideración de “*legalmente obligado*”, confluyen dos infracciones penales. De una parte, se advierte la existencia de un delito de riesgo contemplado en los artículos **316** o **317** CP, al que acompaña el subsiguiente delito de resultado imprudente, ya sea un homicidio (art. **142** CP), ya sean alguna de las lesiones imprudentes a que se refiere el art. **152** CP.

Esta conexión jurídica entre ambos delitos, un delito de riesgo (art. **316** o **317** CP) el cual se lleva a cabo por dolo eventual en el primer caso y por imprudencia grave en el segundo, y un delito de resultado imprudente (art. **142** o **152** CP) conlleva necesariamente consecuencias en la imputación. Queremos con ello decir que no se puede prescindir del dolo eventual que embebe el delito del art. 316 CP o la imprudencia grave del delito de imprudencia grave (art. 317 CP) a la hora de la imputación imprudente del resultado.

En cuanto a los delitos de lesiones imprudentes atribuidos por la asociación querellante, ni el Presidente del Gobierno ni los Ministros, incluido el de Sanidad, a salvo el Ministro del Interior, tienen el carácter de “*legalmente obligado*” en cuanto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, por lo razonado más arriba. Difícilmente pues se le pueden atribuir los resultados lesivos.

En relación a las lesiones imprudentes objeto de la querella, cometidas por omisión impropia, la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, dispone que “*según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se*

haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico".

Trasladando estas consideraciones al supuesto de autos, debe concluirse, ya en este momento procesal, la imposibilidad de atribuir a los querellados distintos resultados lesivos sufridos por los miembros de las policías municipales como consecuencia de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Debe subrayarse que, en los supuestos de comisión por omisión, el art. 11 CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Como señala la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *"la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una*

posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato, cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP.

Consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la vida e integridad física de los trabajadores entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para ello.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*.

De ahí que como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisen actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo

podría haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados pudieran haber infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirle comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con indeterminados delitos de homicidio o de lesiones.

Como dispone la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “*esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero*”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “*debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el*

bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica”.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir al Gobierno de España un número indeterminado de delitos de lesiones, sin identificar los lesionados, la entidad de la lesión, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios trae causa de la supuesta falta de equipos de protección personal, así como las razones por las que la adopción medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido. Razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querella presentada.

Igualmente, tampoco se ha justificado tan siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece evidente que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado, extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de los resultados que se les imputan.

5) El delito de prevaricación y la actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas el 8 de Marzo de 2020, con ocasión del “Día Internacional de la Mujer”.

Atribuyen los querellantes al Gobierno en pleno un delito de prevaricación del art. 404 CP, por dar “*luz verde*” a las manifestaciones del 8M.

Parece a todas luces evidente que la conducta objeto de autos no resulta constitutiva de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, se atribuya éste en su modalidad activa o bien en comisión por omisión.

Como recuerda la STS 311/2019, de 14 de junio (Recurso nº 325/2018), “*Para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar,*

que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS 498/2019, de 23 de octubre; 311/2019, de 14 de junio; 281/2019, de 30 de mayo; 294/2019, de 3 de junio; 57/2020, de 20 de febrero; 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. **404** CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa resultará necesario que concurren los siguientes elementos: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; c) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al que constituye objeto de autos, se advierte que la conducta atribuida a los querellados no reúne ni uno sólo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal.

De entrada, los querellados no dictaron resolución en asunto administrativo (ni expresa ni tampoco presunta). Como nos recuerda la STS 82/2017, de 13 de febrero, *“Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras lo cual sea preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos”*.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido señalando de modo recurrente que, en rigor jurídico, “resolver” es decidir, en sentido material o sustantivo, sobre el fondo del asunto (*vid.* las SSTS 426/2016, de 19 de mayo; 373/2017, de 24 de mayo; 48/2019, de 14 de octubre). De ahí que el mero hecho de recibir comunicación acerca de la futura celebración de una manifestación, en ningún caso resultará subsumible en el art. **404** CP, pues recibir comunicación no equivale a dictar resolución.

Por tanto, la actuación de los querellados no infringió norma jurídica alguna. Recuérdese que el art. 404 CP se configura como norma penal en blanco, de suerte que la conducta típica siempre precisará ser completada por la norma extrapenal a la que remite. De ahí que los principios de legalidad y taxatividad penal resulten de plena aplicación también a la norma administrativa que completa el tipo penal, no resultando admisibles interpretaciones extensivas, que amplíen en perjuicio de reo la conducta típica, razones todas ellas que impiden imponer a los querellados una obligación de actuar allí donde la Ley no prevé más que una facultad de actuar.

Además, los querellados no gozaban de la condición de *garante* exigida por el art. **11** CP. Para que un resultado delictivo resulte atribuible a una conducta omisiva, en los supuestos de comisión por

omisión, resulta necesario que concurren los requisitos que el legislador describe en el art. 11 CP, y, en particular, que el sujeto activo del delito ostente la condición de garante. Como nos recuerda la STS núm. 758/2018 de 9 Abr. 2019, (Rec. 2998/2017) *“Según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005 de 10 de marzo ; 37/2006 de 25 de enero ; 213/2007 de 15 de marzo ; 234/2010 de 11 de marzo ; 64/2012 de 27 de enero ; 325/2013 de 2 de abril ; 25/2015 de 3 de febrero o 482/2017 de 28 de junio) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP [...] se requieren los siguientes requisitos: Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”*.

Igualmente, la actuación de los querellados no puede ser considerada *“arbitraria”*. A pesar de que la *“arbitrariedad”* constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado los contornos de dicho elemento típico, concluyendo de modo pacífico que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el ordenamiento jurídico, apareciendo como manifestación de la sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. gr. SSTS 311/2019, de 14 de junio; 727/2000, de 23 de octubre; 2340/2001, de 10 de diciembre; 1497/2002, de 23 de septiembre, 878/2002; de 17 de mayo; 76/2002, de 25 de mayo; 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la *arbitrariedad* se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en los casos en que se vulneren normas de contenido sustancial (vid. SSTS 29/2008, de 17 de mayo, 249/2019, de 3 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, o 723/2009, de 1 de julio, ente otras).

Finalmente, no concurre el elemento subjetivo del tipo penal. Nótese que la conducta descrita por el art. **404** CP únicamente admite su ejecución con dolo directo, quedando extramuros del tipo penal no ya tan sólo las actuaciones desarrolladas de modo imprudente, sino incluso aquellas ejecutadas con dolo eventual, pues, como advierte la STS 694/2018, de 21 de diciembre: *“requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión "a sabiendas" impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria. El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración. Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas. Desde el plano subjetivo, se requiere que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta. La STS 797/2015, de 24 de noviembre, señala que el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", por lo que se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS 443/2008, de 1 de julio)”*.

De lo hasta ahora expuesto se extraen las siguientes conclusiones:

a) En fecha 8 de marzo de 2020 los miembros del Gobierno de

España no ostentaban competencias para prohibir las manifestaciones que se celebraron a lo largo y ancho de España, pues lo cierto es que la competencia correspondía exclusivamente a los distintos delegados/as del Gobierno, con los matices que más adelante se expondrán.

b) Los/las Delegados/as del Gobierno únicamente gozan de la facultad de prohibir aquellas manifestaciones en que concurren razones de orden público, pues lo cierto es que las competencias para la adopción de medidas de protección de la salud pública corresponden a las comunidades autónomas.

Debe recordarse que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, “*la legislación sobre productos farmacéuticos*” y “*las bases de la sanidad*” (art. 149.1.16ª CE), entendidas éstas últimas como el establecimiento de las normas que fijan las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de las condiciones de funcionamiento de los servicios públicos, su “*coordinación general*”, lo que conlleva la fijación de los medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario [SSTC 32/1983 (FJ 2º), 98/2004 (FJ 6º), 42/1983 (FJ 2º), 87/1985 (FJ 2º), 22/2012 (FJ 3º) y 33/17 (FJ 4º)].

Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria, de ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20

de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla-, permite concluir que, en relación a la sanidad interior, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, “procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica

del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar ... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)”.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

De ahí que pueda concluirse que la única Administración competente en fecha 8 de marzo de 2020 para aprobar restricciones a la libertad de circulación o al derecho de manifestación por razones de protección de la salud pública correspondiera a las Administraciones autonómicas. A la vista de lo anterior resulta evidente que no es posible atribuir a los miembros del Gobierno de España responsabilidad por las manifestaciones y demás celebraciones del día 8 de marzo, pues lo cierto es que en aquella fecha no gozaban de facultad o competencia alguna asociada a la celebración de aquellos eventos, resultando por ello inviable atribuirles los resultados lesivos derivados de su celebración.

Por lo demás, debe precisarse que en el documento titulado *“Comparecencia sobre las actuaciones desarrolladas en relación con el Coronavirus (COVID-19)”*, publicado por el Ministerio de Sanidad (<https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>), se da cuenta de las razones por las que la adopción de medidas de protección de la salud pública se aceleraron a partir del día 9 de marzo de 2020 en los siguientes términos: *“Fue en la noche del domingo 8 de marzo, como ya hemos contado, cuando se nos comunicó un importante incremento del número de casos en la Comunidad de Madrid. Esto, al contrario de lo que a veces se ha afirmado, habla bien del trabajo que se hizo y se sigue haciendo en esta comunidad para la detección de casos. Y yo quiero hoy ponerlo*

de manifiesto. Estos datos, que no se comunicaron de forma oficial hasta la mañana del lunes día 9, arrojaban un incremento de 294 casos en la Comunidad de Madrid, lo que dejaba la cifra total en nuestro país cerca de los 1.000”.

Todas las consideraciones apuntadas impiden atribuir relevancia criminal a la actuación de los querellados en relación a las manifestaciones celebradas con motivo del Día de la Mujer.

Por todo ello, analizados en los puntos anteriores los distintos tipos penales propuestos por el querellante, dado que no se aporta principio de prueba mínima que nos permita conocer los hechos presumiblemente punibles, sino que se trata de meras conjeturas, carecemos de los mínimos elementos necesarios para poder circunscribir los hechos en los delitos examinados o bien en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación ante tales circunstancias, pues la necesaria valoración inicial jurídica de la misma que es preceptivo llevar a cabo, nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más.

Causa especial 3/20265/20.

Querellante: **Partido Político “VOX”.**

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, D^a Carmen Calvo Poyato y D. Pablo Iglesias Turrión, Vicepresidentes Primera y Segundo del Gobierno, y D. Salvador Illa Roca, D^a Margarita Robles Fernández, D. Fernando Grande-Marlaska Gómez y D. José Luis Ábalos Meco, Ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes, respectivamente.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 21 de abril de 2020 el Partido Político VOX formuló querella por delitos de imprudencia grave con resultado de muerte de los arts. **142** y **142 bis** CP, en concurso ideal con un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones de los arts. **152** y **152**

bis CP y un delito contra los derechos de los trabajadores del art. **316** CP.

Sanciona el art. **316** CP a “los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave, su vida, salud o integridad física”.

Sanciona el art. **142** CP “al que por imprudencia grave causare la muerte de otro”

Dispone el art. **142 bis** CP que “En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado”

Sanciona el art. **152** CP “al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores” (arts. 147-151)

Dispone el art. **152 bis** CP que “en los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado”.

Los querellantes reprochan a los querellados la ejecución de los siguientes hechos que, a su juicio, gozarían de relevancia criminal:

En el apartado QUINTO, bajo el título “*Relación circunstanciada de los hechos*”, aduce que el Gobierno debía haber tenido conocimiento de la gravedad de la emergencia sanitaria, mantuvo silencio, no suspendiendo la realización de eventos y alentando a participar en eventos masivos por todo el territorio nacional.

También se alega que las medidas adoptadas el 14 de marzo de 2020 en el RD 463/2020, fueron tardías e ineficaces. Tampoco hizo el Gobierno previsión alguna durante más de tres meses, en concreto:

- No se asesoró convenientemente, no constituyendo el Comité de Expertos hasta el día 23 de marzo de 2020.

- No hizo aprovisionamiento de test, suministros sanitarios, ni para el tratamiento en los hospitales de los enfermos, ni para la protección de los sanitarios y profesionales de mayor exposición al riesgo de ser contagiado.

- No movilizó ayuda de los efectivos de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ni las Fuerzas Armadas con suficiente previsión.

- No preparó con antelación mínimamente exigible ninguna medida en caso de colapso del sistema sanitario en algunos puntos de España especialmente afectados.

- No ha dispuesto ninguna medida para dar adecuado tratamiento funerario de los fallecidos, ni tampoco psicológico a los familiares.

- Adoleció de una grave, pública y notoria negligencia grave en cuanto a la prevención y protección del contagio y adopción de medidas correctoras en relación a la población de mayor edad -según evidencia científica indiscutible desde los primeros días el grupo de personas con mayor probabilidad de muerte en caso de contagio - singularmente en Residencias de mayores, de titularidad pública y privada; así como su personal de asistencia.

Todo ello, según la querella, ha dado lugar a tres conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico: la muerte de miles de españoles, la causación de lesiones a otros miles, la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, surtiendo al personal dependiente de él directa o indirectamente de la acción del Gobierno asumida con carácter general y excepcional, a tal fin, en el Real Decreto 463/2020.

A continuación, la querella, en relación a los hechos que considera como relevantes, realiza en su apartado PRIMERO un estudio cronológico de la crisis sanitaria, compartimentada en los siguientes apartados:

- Antecedente: China
- Antecedente: Italia
- Situación en España hasta el Decreto de alarma de 14 de marzo de 2020
- España, Real Decreto del estado de alarma RD 463/2020. Situación actual.

El apartado SEGUNDO lo desarrolla bajo el epígrafe “*Declaraciones públicas del Ministro de Sanidad, Salvador Illa, y de Fernando Simón, portavoz del Ministerio de Sanidad, y director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias*”. De este apartado y, a los efectos que nos interesa, se recoge en su párrafo cuarto lo siguiente “*De la misma forma en relación al acopio de material de protección, tras la reunión del Consejo Interterritorial de Sanidad se manifestó que España no tenía problemas de desabastecimiento y que el Gobierno había adquirido las necesarias para hacer frente al coronavirus, cuestión que se ha revelado manifiestamente falsa*”.

Como colofón a este apartado se solicita el auxilio al Tribunal, a fin de que “*se investigue sobre la actividad real llevada a cabo por el Gobierno y la comprobación de la veracidad de la información que nos era facilitada a todos los ciudadanos, no sólo en aras a la transparencia, sino también para analizar si la actividad desplegada se adecuaba a los estándares de exigencia de diligencia que deben aplicarse al Gobierno, teniendo en cuenta los medios que tiene a su alcance y con información privilegiada y con ella responsabilidad penal que se solicita en este escrito*”.

El apartado TERCERO se sitúa bajo el título de “*Inacción del Gobierno y/o actuación gravemente negligente. Falta de medidas de precaución para impedir el contagio del coronavirus*”. Este apartado, a su vez, se subdivide en los siguientes subapartados:

- Celebración de acontecimientos multitudinarios
- Sobre logística de atención hospitalaria, acopios de suministros sanitarios, test, mascarillas, EPIs y respiradores
- Especial trascendencia en personal de atención a afectados: sanitarios y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y trabajadores autorizados
- Sobre situación de residencias de mayores y discapacitados

- Fallecidos y apoyo a los familiares

El apartado CUARTO, bajo el título de “*Negligente ejecución de la gestión*”, se subdivide de la siguiente forma:

- Compra de material sanitario de la gestión
- Datos. Advertencias realizadas con anterioridad al decreto del estado de alarma de conocimiento público. Declaraciones contradictorias y reconocimiento por parte del Gobierno del conocimiento de las mismas y sobre registro y estadísticas sobre el COVID-19.

En el apartado SEXTO la querella se recoge la calificación jurídica de los hechos objeto de la misma. Se citan: arts. 14, 15 y 43 CE; arts. 12, 142, 142 bis, 152, 152 bis, 316 y 317 CP; arts. 6 y 7 de la Ley General de Sanidad y arts. 10, 27.3 y 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública.

Finalmente, dentro del mismo apartado se realizan diversas consideraciones voluntaristas, en el apartado 1 sobre los delitos relativos a la imprudencia grave con resultado de muerte y lesiones y, en el apartado 2 sobre el delito de infracción de normas de prevención de riesgos laborales, del que se apunta que “*Con su actividad, mejor dicho inactividad y actividad tardía, no sólo se constata la generación de un riesgo muy grave, sino que se ha traducido en unos daños irreparables muchísimo mayores que los que habría de haber tomado medidas realmente efectivas a las adoptadas y con anterioridad al momento que las hicieron*”.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada por VOX, en tanto en cuanto resulta palmario que mientras que los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, y además no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del denunciante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de

1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

De la lectura de la querella, así como de la documentación que la acompaña, solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo.

En la querella no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, ni quienes son los sujetos pasivos de los delitos atribuidos, ni cuántos y cuáles son los homicidios y lesiones imprudentes que se atribuyen a los querellados, en qué centros/s de trabajo se han producido la falta de medidas, los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, lo cual hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella formulada, pues, como nos recuerda el ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019), *“conforme una jurisprudencia reiterada de esta Sala -ATS de 24 de marzo de 2017 (causa especial núm. 20074/2017), entre otros muchos-, el artículo 313 de la LECrim ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito. b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún*

apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional. De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)”.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, no cabe sino concluir que procede la inadmisión a trámite de la querella, pues los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las situaciones de riesgo para los trabajadores y las muertes que se atribuyen a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo. Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta

intervención del denunciado y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

Como señala la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, “*según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”.*

Trasladando estas consideraciones al supuesto de autos, debe concluirse que, ya en este momento procesal, resulta posible afirmar la evidente imposibilidad de atribuir a los querellados los distintos

resultados lesivos acaecidos como consecuencia de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Debe, en primer lugar, recordarse que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, las bases y coordinación general de la sanidad, así como en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. **149.1.16^a** CE). Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria. De ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del

Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla-, permite concluir que, en relación a la sanidad interior, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, *“procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar ... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)”*.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

En definitiva, el Estado no contaba con las competencias necesarias para la adopción de medidas concretas de naturaleza ejecutiva en materia de protección de la salud pública con anterioridad a la declaración de estado de alarma en fecha 14 de

marzo de 2020. Por consiguiente, no resulta posible atribuir ni al Presidente de Gobierno de España, ni al resto de sus miembros, la condición de garantes de la tutela de la salud pública de todos los españoles, pues, en definitiva, dicha condición debe quedar reservada para quienes, gozando de competencias en materia sanitaria, se hallasen facultados y, más en concreto, obligados para implementar cuantas medidas fueran necesarias a fin de conjurar el riesgo generado por la COVID-19.

Debe subrayarse que en los supuestos de comisión por omisión el art. **11** CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Ciertamente, el art. **116** CE, el art. **5.1.f)** de la **Ley 50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. **4** de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, atribuyen al Gobierno de España la potestad de declarar el estado de alarma, al objeto de combatir situaciones de crisis sanitaria. Por ello, el Gobierno se halla facultado para arrogarse competencias en orden a la protección de la salud pública interior. Sin embargo, dicha facultad no permite atribuir a los miembros del Gobierno, sin más, y de un modo automático, una condición de garantes de carácter universal frente a cualesquiera peligros para la salud pública de todos los ciudadanos, pues debe recordarse que, sin perjuicio de las altas responsabilidades de que resultan acreedores tanto el Presidente como los demás miembros del Gobierno, la Constitución Española configuró un sistema de distribución del poder entre las diferentes administraciones que integran la Administración Pública española, que cristalizó en lo que hoy día se conoce como Estado de las Autonomías, de ahí que en el presente caso no resulte posible atribuir a los querellados, sin más, de un modo automático y acrítico, la condición de garantes de la salud pública de todos los ciudadanos de España, pues ello solo resultaría posible para el caso de concluirse que gozaban de competencias en el ámbito de la sanidad interior y,

más en concreto, de competencias ejecutivas en materia de prevención epidemiológica y protección de la salud pública.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“la posición de “garante” se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”*.

Del razonamiento anterior cabe inferir que el nacimiento de la posición de “garante” de los miembros del Gobierno para con la protección de la salud pública de la ciudadanía se encuentra estrechamente conectada con la aparición de aquellos presupuestos que justificaron la declaración del estado de alarma, declaración que, justo es recordarlo, resulta a todas luces excepcional, revelándose como alternativa última ante situaciones de anormalidad constitucional -STC nº 83/2016, de 28 de abril-.

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato, cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la salud pública entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para frenar la pandemia y proteger la vida e integridad de las posibles víctimas.

Partiendo de las anteriores premisas, parece lógico concluir que no concurren razones para atribuir a los querellados la condición

de garantes de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Llegados a este punto, resulta necesario advertir que ni la Constitución, ni tampoco la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, ofrecen criterios jurídicos de ningún tipo que permitan delimitar con una mínima precisión cuándo nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria o una pandemia. La LO 4/1981 se limita a afirmar en su art. 1 que *“Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”*, y en su artículo 4 que *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*.

A la vista de todo ello, siendo incontrovertido que la declaración de estado de alarma a fin de combatir la pandemia por COVID-19 únicamente resultaba posible una vez constatado que dicha declaración constituía el único instrumento jurídico idóneo ante la situación de crisis acaecida, no puede sino concluirse que no existen elementos que permitan afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno se mostrara poco ágil o poco diligente a la hora de utilizar aquel instrumento jurídico, pues, en definitiva, no existe dato alguno que permita concluir que los presupuestos jurídicos para la adopción de aquella excepcional medida concurrieran objetivamente con anterioridad a la tramitación de la declaración de estado de alarma por parte de los querellados.

Debe advertirse, además, que para que una situación alcance la consideración de crisis sanitaria, llegando a catalogarse un brote infeccioso como pandemia, resultará ineludible que previamente haya tenido lugar un elevado número de contagios y, por ello, que la enfermedad en cuestión haya alcanzado un importante grado de repercusión en la salud de la población, consideraciones éstas que permiten afirmar que los presupuestos habilitantes para decretar el estado de alarma por concurrir una situación de crisis sanitaria

precisarán, ineludiblemente, que el peligro para la salud pública, y los resultados ya acaecidos, hayan alcanzado un estadio de tal magnitud que la actuación de las Comunidades Autónomas se revele como insuficiente, justificándose por ello la alteración de las reglas constitucionales de distribución de la competencia entre las distintas Administraciones públicas.

En el caso objeto de autos no consta que ninguna de las Administraciones cuyo territorio se encontraba ya entonces afectado por el brote de COVID-19 hubiera instado al Gobierno, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a declarar el estado de alarma a fin de combatir los contagios, resultando de notorio y público conocimiento que hasta el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elevó a la categoría de pandemia el brote de coronavirus SARS-CoV-2, de ahí que, resulte lógico concluir que, en realidad, no concurría dato o razón alguna que justifique afirmar, al margen de las conjeturas y elucubraciones en torno a las que los querellantes construyen su reproche, que el Gobierno debiera haber decretado el estado de alarma con anterioridad al momento en que lo hizo.

Las anteriores conclusiones no se ven en ningún caso empañadas por el hecho de que el art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, confiera al Ministro de Sanidad competencias en materia de gestión de las alertas sanitarias de carácter supra autonómico o de coordinación de la red de vigilancia en salud pública, en tanto en cuanto se trata de meras facultades en materia de coordinación que en ningún caso gozan de carácter ejecutivo. Al igual que tampoco lo hacen las previsiones que se contienen en el art. **52** de la referenciada Ley, acerca de la posibilidad de que por el Ministro de Sanidad puedan adoptarse medidas de intervención especial de naturaleza ejecutiva. Debe subrayarse que dichas facultades deben ser interpretadas con arreglo a lo preceptuado por el art. **149.1.16^a** CE, a las previsiones que se contienen en los distintos Estatutos de Autonomía, así como a las distintas leyes sanitarias aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas. Resulta evidente que las competencias en materia de protección de la salud pública y, en particular, de vigilancia y tutela epidemiológica correspondía, sin excepción, a las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas.

Por lo que se refiere a las facultades de carácter ejecutivo atribuidas con carácter extraordinario al Ministro de Sanidad en el art. **52** de la Ley 33/2011, debe advertirse que el apartado tercero del mencionado precepto, precisa que las competencias ejecutivas conferidas deberán limitarse a la adopción de aquellas medidas que resulte posible adoptar *“en el ámbito de las respectivas competencias”*. De ahí que, resultando incontrovertido que el Ministro no gozaba de competencias en materia de prevención y tutela epidemiológica, deba concluirse que no disponía de facultades para instaurar medidas de carácter ejecutivo en este caso.

A mayor abundamiento, debe advertirse que las facultades conferidas en el art. **52** no atribuían competencias al Ministro de Sanidad que le habilitaran para aprobar el confinamiento de la población u otras que afectaran directamente a la libertad de circulación, o a otros derechos fundamentales, pues lo cierto es que con arreglo al art. **81** CE no cabe sino interpretar que el desarrollo y restricción directa de derechos fundamentales únicamente resulta posible mediante ley orgánica, siendo que la Ley 33/2011 resulta ser una ley ordinaria².

En otro orden de cosas, debe precisarse que tampoco concurren razones que permitan conectar actuación u omisión alguna de los querellados, aun cuando se conviniera en atribuirles la condición de garantes previa a la declaración del estado de alarma, por los contagios por COVID-19 que desgraciadamente se produjeron y que, aún a día de hoy, se siguen produciendo. Resulta sencillamente evidente que la pandemia constituye un evento natural cuya génesis ninguna relación guarda con la acción humana y, por lo tanto, con actuación u omisión alguna desarrollada por parte de los querellados, evento, por lo demás, 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, de ahí que ningún

² Al objeto de contrastar la meridiana claridad con que los distintos Estatutos de Autonomía y leyes sanitarias de las distintas comunidades y ciudades autónomas atribuyen competencias en materia de sanidad interior, y en particular en el ámbito de la prevención y tutela de la salud pública en caso de riesgo epidemiológico, se adjunta un recopilatorio legislativo como ANEXO 1 y ANEXO 2, sin otro ánimo que auxiliar al Tribunal.

sentido tenga atribuir a la acción desarrollada por los querellados el desenlace finalmente acaecido, pues el reproche penal, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede construirse jamás de un modo objetivo, en atención a la mera producción de un resultado, pues, como ya hemos señalado más arriba, ello supondría una inadmisibles vulneración del principio de culpabilidad -*vid.* ATS nº 1577/2015, de 10 de diciembre; STS nº 360/2013, de 1 de abril; STS nº 133/2013, de 6 de febrero-.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor del delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit*, de ahí que como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de examen, puede concluirse que, ya en el presente momento procesal, se aprecia la imposibilidad de afirmar que, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, los querellados pudieran haber desarrollado actuación alguna que pudiera evitar los desgraciados efectos producidos por la pandemia generada por la COVID-19.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisan actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo pudiera haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados

podrían haber infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirles comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con miles de delitos de homicidio o de lesiones.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica”.

Con arreglo a tales consideraciones, resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir al Presidente de Gobierno, y al resto de querellados, miles de muertes y de resultados lesivos, sin identificar en momento alguno a las víctimas, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios trae causa de la supuesta inacción del Gobierno, los concretos deberes jurídicos infringidos por los querellados en relación a cada uno de los resultados acaecidos, así como las razones por las que la adopción de otras medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido, razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querella presentada.

Igualmente, tampoco se ha justificado tan siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece palmario que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado, extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las múltiples muertes y resultados lesivos que se les imputan.

Debe, también, subrayarse que no resulta cierto que los querellados no desarrollaran actuación alguna con anterioridad al 14 de marzo de 2020, pues resulta notorio que el Gobierno, y en particular el Ministerio de Sanidad, desarrolló diversas actuaciones dentro del limitado marco de sus competencias en materia de coordinación de la sanidad interior, según aparece publicado en el siguiente enlace de la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>, así:

- En fecha 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, informó a las comunidades autónomas -vía sistema de Alertas y Respuesta Rápida- acerca de la existencia de la enfermedad de COVID-19.

- En fecha 23 de enero 2020 la Ponencia de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta realizó el primer protocolo de actuación

conjunta ante la aparición de posibles casos sospechosos en España.

- En fecha 30 de enero de 2020, una vez declarada por la OMS la Emergencia de Salud Pública de Impacto Internacional, España ya cumplía con las recomendaciones ofrecidas -ya disponía de una red de vigilancia activa que informaba periódicamente a los organismos internacionales-.

- En fecha 30 de enero de 2020 se celebró la primera sesión conjunta con las comunidades autónomas.

- En fecha 4 de febrero de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la creación de un Comité de Coordinación Interministerial ante la amenaza para la salud pública producida por la COVID-19.

- El mismo día 4 de febrero se convocó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con presencia de todos los consejeros autonómicos.

- El 13 de febrero de 2020 se convocó una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 25 de febrero de 2020 la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, de la que forman parte todas las comunidades autónomas, decidió modificar la definición de “caso” en nuestro país.

- Aquel mismo día se celebró una nueva reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 1 de marzo de 2020 se adoptaron diversos acuerdos junto a las comunidades autónomas: celebración a puerta cerrada de todas las competencias deportivas profesionales en que participaran equipos de zonas de riesgo; medidas para preservar la salud del personal sanitario.

- En la noche del 8 de marzo de 2020 se comunicó por las comunidades autónomas un incremento del número de contagios: 294 contagios en Madrid y 1000 en toda España. Al día siguiente, 9 de marzo, se celebró una sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se aprobó un conjunto de medidas sanitarias: medidas de distanciamiento poblacional en los centros educativos, laborales y sociales; suspensión de la actividad docente; promover el teletrabajo; cancelación de actividades en espacios cerrados con más de mil personas; control de aforo de eventos; precauciones en el cuidado de personas vulnerables.

- El 12 de marzo de 2020 se aprobó el RDL 7/2020, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, en el que se contemplaban medidas económicas extraordinarias para reforzar el sistema sanitario.

El resumen de actuaciones antes expuesto resulta sumamente relevante en orden a rechazar las afirmaciones de los querellantes acerca de que por parte de los miembros del Gobierno de España no se adoptaron acciones para la gestión de la crisis sanitaria con anterioridad a la aprobación del RD 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*, extremo éste que permite afirmar que la actuación del Gobierno no resultó en ningún caso arbitraria o poco diligente.

Por lo demás, en cuanto a la acción desarrollada por el Gobierno a partir del día 14 de marzo de 2020, tras la declaración del estado de alarma con arreglo al RD 463/2020, no puede sino concluirse que la acción ejecutada por los querellados en pro de la tutela de la salud pública de todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en territorio nacional resultó copiosa, así como -cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia- idónea o, al menos, razonable para contener la pandemia. Y ello tanto desde una vertiente *ex ante*, como también desde una perspectiva *ex post*. Pues lo cierto es que hasta la fecha no se han hallado otras alternativas efectivas frente al contagio de COVID-19, al margen de las medidas de confinamiento, prevención e higiene impuestas por el Gobierno, igualmente idóneas para paliar o mitigar los efectos de aquella enfermedad. Basta con analizar el contenido del BOE a partir del día 14 de marzo de 2020, y hasta la actualidad, para apreciar la ingente actividad desarrollada por el Gobierno de España con la aprobación de cientos de normas dirigidas a tutelar la vida e integridad de todos los ciudadanos residentes en nuestro país.

En definitiva, el hecho de que fueran posibles otras alternativas al objeto de frenar la pandemia, en ningún caso permite concluir que la actuación de los querellados resultara poco diligente, y mucho menos que supusiera la infracción del mandato que como garantes les pudiese resultar exigible, de suerte que la omisión de aquellas medidas que los querellantes hubieran preferido que se adoptaran justifique equiparar la actuación de los querellados con un comportamiento activo de naturaleza homicida o lesivo. Conclusión ésta avalada por la convalidación por el Congreso de los Diputados de la actuación desarrollada por el Gobierno de España.

4) Análisis de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Estos delitos se encuentran regulados en los arts. **316** CP (tipo doloso), **317** CP (tipo imprudente) y **318** CP (empresario persona jurídica).

Respecto de este tipo penal, debe destacarse que no se identifica en momento alguno por los querellantes la comisión de los concretos hechos delictivos imputados, resultando por ello sencillamente imposible determinar la autoría de los mismos y su posible relevancia criminal, habida cuenta de los cambios competenciales producidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Así, debe subrayarse que el acopio y puesta a disposición de los materiales y equipos de protección individual con anterioridad a la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, resultaba -por lo general- una competencia propia de las Comunidades Autónomas. Mientras que, a partir del 14 de marzo de 2020, cabría concluir que pasó a convertirse en una competencia compartida.

Tampoco se infiere del contenido de la querella que se haya producido ni grave infracción de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni tampoco un correlativo riesgo, concreto y grave, para la vida y salud de los trabajadores, en los términos exigidos por los arts. **316** y **317** CP.

Asimismo, se desconoce quién o quiénes -aun genéricamente- son los trabajadores expuestos al riesgo, en qué centros prestaban sus servicios y, ante todo, qué nexo causal existía entre la situación de riesgo a la que los mismos pudieran haber sido expuestos y la actuación desarrollada por los querellados.

En definitiva, elementos todos ellos que permiten afirmar que lo que en realidad pretenden los querellantes es que se desarrolle una investigación a todas luces prospectiva, al objeto de fiscalizar la actuación desarrollada por el Gobierno de España en relación a la

posible comisión, en abstracto y de modo genérico, de alguno o varios delitos contra la seguridad e higiene de los trabajadores.

Por lo demás, debe precisarse que resulta difícil concebir, incluso en abstracto, que alguno de los querellados pudiera ostentar materialmente la condición de sujeto activo del delito. Pues, como nos recuerda la Sentencia nº 208/2019, de 18 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (recurso núm. 312/2019), *“a la delegación de funciones en el ámbito empresarial se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, en la que se declara que no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor de exonerar de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la funciones y que disponen de medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar [...] 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”*.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto objeto de análisis, parece impensable que alguno de los ministros querellados pudiera desarrollar personalmente funciones en materia de prevención de riesgos laborales, resultando sencillamente inconcebible que pudieran tener personal conocimiento de las concretas situaciones de riesgo para la vida o integridad de alguno o varios trabajadores que pudieran haber llegado a producirse, de ahí que resulte lógico descartar que alguno de los querellados pudiera ostentar un auténtico dominio del hecho sobre las concretas situaciones de peligro que pudieran haberse llegado a producir como consecuencia de la escasez de equipos de protección individual.

Por lo demás, en aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que sobre los

delitos contra los derechos de los trabajadores han sido expuestos *supra* en relación con la Causa Especial 3/20247/20.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20270/20.

Querellante: D^a **Trinidad Morgado Gil** y 4 ciudadanos más.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, D^a Carmen Calvo Poyato y D. Pablo Iglesias Turrión, Vicepresidentes Primera y Segundo del Gobierno, y D^a Irene Montero Gil, D. Salvador Illa Roca, D^a Margarita Robles Fernández, D. José Luis Ábalos Meco y D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministros de Igualdad, Sanidad, Defensa, Transportes e Interior, respectivamente

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 22 de abril de 2020 los ciudadanos citados formularon querella por delitos de imprudencia grave con resultado de muerte de los arts. **142** y **142 bis** CP, en concurso ideal con un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones de los arts. **152** y **152 bis** CP, prevaricación administrativa del art. **404** CP y desobediencia a la autoridad del art. **556** CP.

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”

Dispone el art. **142 bis** CP que “*En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho*

revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado”

Sanciona el art. **152 CP** “*al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores*” (arts. 147-151)

Dispone el art. **152 bis CP** que “*en los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado*”.

Sanciona el art. **404 CP** a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

Sanciona el art. **556 CP** a “*los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones*”.

Se afirma en la querella que el pasado 21 de marzo de 2020 D. José Martín Mendoza, progenitor de los querellantes, falleció tras contraer la enfermedad COVID-19. En opinión de los querellantes, su fallecimiento, al igual que otros tantos, se produjo a causa de la falta de diligencia del Gobierno de España en la gestión de la crisis sanitaria generada por la COVID-19, resultando particularmente grave el hecho de haber promocionado la manifestación del 8 de marzo a pesar de conocer la letalidad del virus.

Se afirma, por último, que la situación creada por el Gobierno de España habría ocasionado lesiones psicológicas en un buen número de sanitarios, a causa de haberse encontrado en “*la insoluble tesitura de elegir qué paciente vivirá y a cuál otro han de condenar a la muerte simplemente por no haber respiradores suficientes para todos*”.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto resulta palmario que mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos al Presidente y demás miembros del Gobierno de España querellados. La responsabilidad criminal se les atribuye de una forma a todas luces difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal.

Los querellantes no precisan la identidad de las personas fallecidas o lesionadas, con la única excepción de su padre D. José Martín Mendoza, al igual que tampoco las circunstancias en que se produjo el fallecimiento o la lesión de cada una de ellas, ni, desde luego, las razones que permiten imputar el resultado lesivo acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, los querellantes se limitan a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes y lesiones sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida.

Tampoco precisan los querellantes la hipotética resolución cuya falta de aprobación merecería calificarse de prevaricación omisiva, o la concreta orden que los querellados habrían desobedecido. Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella (ATS de 11 de marzo de 2020), pues los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las diversas muertes y resultados lesivos acaecidos a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima *“nullum crimen, nulla pena sine culpa”*.

En relación al fallecimiento del padre de los querellantes, no se aporta en la querella documento que permita tener por acreditado el óbito ni se ofrece razón alguna acerca de los motivos por los que se afirma que la muerte tuvo lugar a causa de que D. José contrajera la enfermedad de COVID-19, al igual que tampoco acerca de las razones por las que dicho contagio guardaría relación con la inacción o falta de diligencia en la gestión del Gobierno de España, a pesar de haberse producido con anterioridad al 14 de marzo de 2020.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que en relación a estos delitos

han sido expuestos *supra* en relación con la Causa Especial 3/20265/20.

4) Análisis del delito de prevaricación administrativa ejecutado en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que en relación a este delito y su modalidad comisiva han sido expuestos *supra* en relación con la Causa Especial 3/20251/20.

5) Análisis del delito de desobediencia.

Se atribuye por los querellantes a D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y D. Pablo Manuel Iglesias Turrión, Presidente y Vicepresidente segundo del Gobierno, respectivamente, la ejecución de un delito de desobediencia del art. **556** CP.

No se precisa, sin embargo, qué hechos serían aquellos que en opinión de los querellantes resultarían subsumibles en el art. 556 CP. En cualquier caso, debe subrayarse que del relato de hechos que se contiene en la querella no se infiere la concurrencia de indicio alguno acerca de la ejecución del delito previsto y penado en el art. 556 CP. Resulta evidente que por parte del Presidente y Vicepresidente Segundo del Gobierno no se pudo desobedecer orden alguna, cuando no consta que previamente la recibieran. Debiendo, a mayor abundamiento, precisarse que los Organismos Internacionales se limitaron a dictar y ofrecer recomendaciones a los distintos países, sin que el incumplimiento de dichas recomendaciones, para el caso de haber tenido lugar, pudiera jamás justificar la calificación como delito de desobediencia.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a

concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20271/20.

Querellante: Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 23 de abril de 2020 el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España interpuso querella por delitos contra la seguridad de los trabajadores del art. **316** y ss CP, lesiones por imprudencia grave, con resultado de muerte de los arts. **142.1, 142, 142 bis, 147.1, 152.1, 152.2 y 152 bis** y omisión del deber de socorro del art. **195** CP. A dicha querella se adhieren, con posterioridad, los Colegios Oficiales de Enfermería de Madrid, Burgos y Álava.

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”

Dispone el art. **142 bis** CP que “*En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado*”

Sanciona el art. **152** CP “*al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores*” (arts. 147-151)

Dispone el art. **152 bis** CP que “*en los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho*

revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado”.

Sanciona el art. **147.1 CP** al que “*por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”

Sanciona el art. **195 CP** al que “*no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*”.

En el escrito de querella se recoge un cronograma de las distintas actuaciones e informes de la OMS y otros organismos sobre la COVID-19, su evolución e incidencia hasta la declaración de tal enfermedad como pandemia (11 de marzo de 2020), así como noticias sobre la enfermedad recogidas en distintos medios de comunicación, actuaciones del Gobierno, iniciativas parlamentarias al respecto y consideraciones de diversa índole que hacen los querellantes sobre la pandemia. Se reprocha fundamentalmente a los querellados, la falta de previsión y de adopción de las medidas procedentes para la protección de los trabajadores sanitarios (enfermeros/as) tanto antes como después de la declaración de estado de alarma.

En cuanto a los tipos penales de aplicación, consideran los hechos constitutivos de los delitos más arriba expuestos, si bien únicamente explicitan lo referente al delito contra los derechos de los trabajadores por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales de los arts. **316** y siguientes del Código Penal, fundamentándolo en la falta de medidas de seguridad en el trabajo, con referencia al art.17 de la **Ley 31/95** de 8 de noviembre, *de prevención de riesgos laborales*, el apartado c) del RD 773/1997, de 30 de mayo, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de los equipos de protección individual* y el art. 3 del RD 1215/1997, de 18 de julio, *por*

el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto resulta palmario que los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, ni se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos. La responsabilidad criminal se les atribuye de una forma, a todas luces, difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaba al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-COV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerle merecedor de reproche penal.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima "*nullum crimen, nulla pena sine culpa*".

De la lectura de la querella, así como de la documentación en ella contenida, solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo.

En la querella no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuales son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, ni los fallecidos o lesionados, lo cual hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento.

En lo referente a las mascarillas defectuosas la conclusión no es distinta. Es preciso una mínima determinación y prueba de su carácter defectuoso, si han pasado los controles, si aun faltando dicho requisito los mismos no eran eficaces para el fin pretendido, en qué centro/s de trabajo se emplearon y si fueron efectivamente utilizados y por quién/es.

Tampoco se aporta elemento probatorio alguno que avale razonablemente el objeto de la querella. Como ya señalamos, la querella básicamente transcribe informaciones sobre la COVID-19 aparecidas en diversos medios de comunicación, valoraciones, opiniones y suposiciones varias, manifestadas por los querellantes o terceros, pero no la más mínima prueba al respecto de los hechos presumiblemente punibles.

La querella, como señalamos, se ampara en gran medida en meras informaciones aparecidas en distintos medios de comunicación. Ha de citarse, la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (AATS 756/2014, de 17 de enero; 10168/2013, de 11 de octubre; 6609/2012, de 18 de junio; 6026/2011, de 31 de mayo, entre otros) conforme a la cual *“la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal para la investigación de los hechos descritos, si la querella que los incorpora, como es el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al Tribunal de una serie de informaciones difundidas públicamente a través de medios de comunicación”*.

Lo genérico de la querella, que pretende ser una “*causa general*” contra el Gobierno y en concreto contra el Ministerio de Sanidad por la gestión de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y la falta de principio de prueba aportada para apoyar los hechos objeto de la querella que justifiquen la actividad de la Sala, conlleva necesariamente al archivo de esta.

No obstante lo anterior, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes o bien en cualquier otro.

3) Análisis de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En cuanto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, se encuentran regulados en los arts. **316** CP (tipo doloso), **317** CP (tipo imprudente).

El art. 316 CP se construye como un delito especial propio, al indicar que son responsables del mismo los “*legalmente obligados*” y, como a su vez, estamos en presencia de una norma penal en blanco, habrá de acudir a la normativa preventivo laboral para determinar quienes ostentan tal condición.

El art. **14** de la **Ley 31/1995** Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) señala al “*empresario*” como primigenio garante de la seguridad de sus trabajadores. Sin embargo, hay que modular dicha afirmación con una interpretación amplia. En este sentido es tradicional la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que en el ámbito laboral todos los que ostentan mando o dirección técnica o de ejecución y, por tanto, los mandos superiores como los subalternos está obligados a cumplir las normas preventivo-laborales (STS 16.6.1992).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es obvio que el empleador o empresario y por lo tanto el obligado a proporcionar los medios a los sanitarios sería la correspondiente Comunidad Autónoma, habida cuenta de la transferencia de las competencias en materia de sanidad.

Debe recordarse que el Estado únicamente goza de

competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, “*la legislación sobre productos farmacéuticos*” y “*las bases de la sanidad*” (art. 149.1.16ª CE), entendidas éstas últimas como el establecimiento de las normas que fijan las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de las condiciones de funcionamiento de los servicios públicos, su “*coordinación general*”, lo que conlleva la fijación de los medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario [SSTC 32/1983 (FJ 2º), 98/2004 (FJ 6º), 42/1983 (FJ 2º), 87/1985 (FJ 2º), 22/2012 (FJ 3º) y 33/17 (FJ 4º)].

Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria, de ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución Española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía (art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO

1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla), permite concluir que, en relación a la “sanidad interior”, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, “*procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar ... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)*”.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018,

de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

Es preciso el análisis de la situación creada por el RD 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*, y su posible afectación en relación al concepto “*legalmente obligado*”.

La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 al estado de pandemia. Ante dicha tesitura, el Gobierno de España, en aplicación del art. 116 CE y del art. 4 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEALLES), aprobó el 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*, cuya entrada en vigor se produjo desde el mismo momento de su publicación.

El art. **4.1** RD 463/2020, señala que “*A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno*”. Con mayor concreción, el art. **4.2** establece al Ministro de Sanidad como una de las autoridades competentes delegadas en su respectiva área de responsabilidad y bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno.

El art. **6** RD 463/2020 dispone que “*Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5*”.

También hay que traer a colación lo dispuesto en el art. **12** RD 463/2020, referido a las “*Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de la Salud en todo el territorio nacional*”. Dicho precepto tiene el siguiente contenido: “*1. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las*

mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. 2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio”.

Finalmente, el art. **13** señala que el Ministro de Sanidad podrá *“impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública”.*

Del análisis conjunto de dichos preceptos pueden extraerse determinadas conclusiones. Por una parte, y a tenor de lo dispuesto en el art. **4**, el Ministro de Sanidad es la autoridad competente delegada en el ámbito sanitario, con capacidad para dictar órdenes directas, actuando bajo la supervisión directa del Presidente del Gobierno. En segundo lugar y, en consonancia con lo dispuesto en el art. **6**, cada Administración (en este caso, cada comunidad autónoma) conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente, en relación con la gestión ordinaria de sus servicios, para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma.

Dado que en la querella no se determina temporalmente la comisión de los presuntos hechos delictivos, difícilmente puede establecerse la autoría de los genéricos hechos denunciados, habida cuenta de los cambios competenciales producidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Si bien, el aspecto de la querella referido a la falta de acopio de medios de protección antes de la declaración de dicho estado, sería una cuestión atinente a las Comunidades Autónomas, únicas competentes en la materia. Tras la declaración del estado de alarma, si bien se coloca al Ministro de Sanidad en el vértice de la pirámide

de mando, las administraciones públicas autonómicas y locales mantienen la gestión de los servicios sanitarios, asegurando su buen funcionamiento. Por tanto, las Comunidades Autónomas y Entes Locales conservan la gestión de los servicios sanitarios con el fin de asegurar su funcionamiento.

Por lo demás, debe precisarse que resulta difícil concebir, incluso en abstracto, que los querellados pudieran ostentar materialmente la condición de sujeto activo del delito, pues, como nos recuerda la Sentencia nº 208/2019, de 18 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (recurso núm. 312/2019), *“a la delegación de funciones en el ámbito empresarial se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, en la que se declara que no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor de exonerar de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la funciones y que disponen de medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar [...] 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”*.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto objeto de análisis, parece impensable que los querellados pudieran desarrollar personalmente funciones en materia de prevención de riesgos laborales, resultando inconcebible que pudieran tener personal conocimiento de las concretas situaciones de riesgo para la vida o integridad de alguno o varios trabajadores que pudieran haber llegado a producirse, de ahí que resulte lógico descartar que el mismo pudiera ostentar un auténtico dominio del hecho sobre las concretas situaciones de peligro que pudieran haberse llegado a producir como consecuencia de la escasez de equipos de protección individual.

Por consiguiente, no cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a los querellados en base a criterios meramente formales y objetivos de atribución de responsabilidad, pues, como se indica en la STS nº 642/2001, de 10 de abril, *“no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que “será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación”* (FJ 1º).

Interpretación esta análoga a la desarrollada por la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, en su Auto nº 38/2020, de 16 de junio (recurso núm. 3/2020), cuando dispone: *“La entidad denunciante, parte de un hecho notorio, cual es el de un elevado número de profesionales sanitarios contagiados por el COVID-19 en Andalucía. De este dato infiere que hayan existido causas imputables a los responsables políticos y autoridades sanitarias, por incompetencia, incapacidad de coordinación, insuficiencia de instalaciones, errores en la gestión para la obtención de material de protección o falta de medios humanos, y en consecuencia plantea la posibilidad de un delito de los arts. 316 a 318, por infracción dolosa o imprudente de la normativa de seguridad en el trabajo. [...] No se concreta, sin embargo, un comportamiento personal del único aforado ante esta Sala, que revelase que teniendo el dominio del hecho (es decir, teniendo la posibilidad cierta de comportamientos alternativos acordes con la normativa penal), hubiese infringido dolosa o imprudentemente la normativa de prevención de riesgos laborales. Es obvio que no basta con decir que no contó con prontitud con los más perfeccionados equipos de protección individual para los sanitarios, como personas expuestas a un especial riesgo de contagio. De esa constatación podrán deducirse consecuencias jurídicas como la responsabilidad laboral o civil, cuando se haya constatado el padecimiento de un daño (contagio, dolencias o muerte) típicamente ligado al incremento de riesgo derivado de una insuficiencia de medios adecuados de protección. Pero para que exista responsabilidad por los tipos penales indicados sería preciso identificar al menos indiciariamente, una infracción (generalmente mediante un acta de*

inspección laboral) determinada por la decisión consciente del (en nuestro caso) Consejero de Salud y Familia, de no hacer lo que debía y podía hacer, o por una desatención o descuido que pudiera calificarse como gravemente imprudente, evitable con la diligencia exigible según las circunstancias” (Vid. en idéntico sentido el Auto de la Sala Civil y Penal del TSJ de Castilla y León nº 25/2020, de 3 de julio (recurso núm. 20/2020).

Parece claro, que el criterio del *dominio del hecho* es determinante para atribuir la cualidad de sujeto activo por los delitos contra los derechos de los trabajadores, y por tanto las eventuales responsabilidades penales derivadas de la posible infracción de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Resultando difícilmente imaginable que, en el presente caso, atendida la compleja organización de la administración sanitaria en los distintos territorios y centros de trabajo, pueda concebirse que los querellados tuvieran el *control del riesgo* de cada centro de trabajo en el que supuestamente no se proporcionaron las medidas de seguridad.

Siguiendo con la falta de concurrencia de los elementos del tipo, tampoco hay constancia de que se haya producido ni grave infracción de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni el correlativo grave riesgo para la vida y salud de los trabajadores. Las referencias genéricas sobre la falta de acopio de equipos de protección nos impiden determinar que la conducta suponga una vulneración de la normativa infringida en materia de seguridad y salud en el trabajo, y si no se conoce a que se refiere la pretendida omisión, no puede determinarse ya no solo la gravedad de la normativa que exige el tipo penal, sino tan siquiera si se produce vulneración alguna de la misma.

De la misma manera, está ausente en la querella cualquier elemento que nos permita determinar el grave riesgo para la vida o la salud de los trabajadores, pues, aunque se trata de un delito de peligro, dicho peligro es concreto, es decir, peligro real y efectivo, como próximo a la lesión del bien jurídico, exigiéndose, por tanto, la identificación de los sujetos individuales en que se materializa el bien jurídico protegido. Como afirma la STS 1355/2000, de 26 julio, los tipos de los art **316** y **317** CP “*constituyen infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los*

trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal”.

Desconocemos quién o quiénes, aun genéricamente, son los trabajadores expuestos al riesgo, en que centros prestaban sus servicios, y dado que el riesgo ha de ser causal a la falta de medidas adoptadas, si desconocemos cual es la omisión real de medidas, difícilmente podemos establecer relación causal alguna.

Con relación a los medios de protección, el art. **17** LPRL dispone que *“El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesario”*. Por su parte, el art. **3 c)** RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre *disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual*, contempla entre las obligaciones del empresario *“proporcionar gratuitamente a los trabajadores los equipos de protección individual que deban utilizar, reponiéndolos cuando resulte necesario”*.

En el ámbito específico del personal sanitario, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, *del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, en su art. **17.1.d)**, reconoce el derecho *“a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre los riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esta materia conforme a los dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”*.

El siguiente camino por recorrer es trasvasar esta obligación preventivo-laboral al marco del Derecho penal, dado el carácter de norma penal en blanco de los arts. **316** y **317** CP.

Se trata de concretar si el hecho de no hacer entrega de los equipos de protección individual necesarios para que los trabajadores desarrollen su actividad en las condiciones de seguridad exigibles por la norma, cuando es de hecho notorio y sobradamente conocido la escasez de estos en el mercado nacional e internacional,

y, por tanto, la dificultad, cuando no imposibilidad, de entregar los mismos a los trabajadores, puede integrar alguno de los tipos delictivos señalados. La respuesta es necesariamente negativa, ya que al sujeto legalmente obligado se le estaría exigiendo una conducta imposible de realizar y siendo la falta de medios un hecho notorio, no es precisa la práctica de diligencia de prueba alguna en tal sentido.

El art. **281.4** LEC dispone que *“no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”*. Respecto a qué tiene la consideración de *“hecho notorio”* la STS (1ª) de 12 de junio de 2007 asevera que son *“aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia en la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba”*. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/1986, de 19 de mayo afirma que *“Es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba”*.

No en vano, debe recordarse que uno de los motivos que justificaron la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo, fue precisamente la existencia de una situación de desabastecimiento en determinados sectores, situación particularmente acuciante en el ámbito sanitario, que motivó que art. 13 del referenciado Real Decreto previera que el Ministro de Sanidad podría impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de productos para garantizar la salud pública, atribuyéndosele a tal efecto facultades exorbitantes tales como la posibilidad de practicar requisas temporales de productos o imponer prestaciones personales obligatorias.

Claro ejemplo de las dificultades halladas en la adquisición de equipos de protección individual, particularmente de mascarillas, resulta la propia Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, *por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, en que se venía a disponer la necesidad de tramitar por el procedimiento de emergencia la adquisición de los equipos de protección individual*. O en idéntico sentido, lo dispuesto en la Orden TMA/292/2020, de 26 de marzo, *por la que se regula una segunda adquisición y distribución*

de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

En cuanto a la cuestión planteada por los querellantes acerca de las mascarillas defectuosas, conviene mencionar la Resolución de 20 de marzo de 2020, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE europeo (BOE de 20 de marzo de 2020), que en sus apartados primero y segundo procedía a dar aceptación a las especificaciones NIOSH y Chinas siguientes, con los detalles y requisitos que se especifican en dicha resolución. Esta resolución, vigente en el momento de la adquisición de las mascarillas, no exigía testar las mismas, sino únicamente que las mismas reunieran unas especificaciones determinadas, tanto para las NIOSH, como las chinas.

Prueba de ello la encontramos en el documento emitido por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, que aunque de fecha 3 de mayo de 2020 y, en referencia a la Resolución del 23 de abril, de la Secretaría General de Industria de la Pequeña y Mediana Empresa, referente a los equipos de protección individual en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (que deja sin eficacia la ya referida de 20 marzo), es perfectamente aplicable a la situación existente bajo el paraguas de la de 20 de marzo y, en la que se indica lo siguiente: *“se incluyen a continuación alguna indicaciones a seguir para poder verificar la idoneidad de la documentación que acompaña a los equipos de protección individual (EPI) que pudiera avalar un nivel adecuado de protección de la salud y la seguridad para los usuarios”*. Por tanto, la verificación de la idoneidad del producto se realizaba con la comprobación de la documentación aportada por el proveedor.

Del examen de la Plataforma de Contratación del Sector Público (de carácter oficial y público acceso) se infiere sin dificultad alguna que el contrato administrativo al que se alude por los querellantes resulta ser el adjudicado por el Ministerio de Sanidad en favor de la empresa *Hangzhou Ruinning Trading Co Ltd* en el seno del expediente de contratación núm. 202009PJ0006, cuyo objeto aparece detallado en los siguientes términos: *“Contratación de emergencia para el suministro de las mascarillas FFP2 para*

coronavirus covid- 19, en virtud del real decreto – ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del covid-19”.

<https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/9a1efba7-05de-4154-a99f-31839f42ff50/DOC20200421191354COVID19+202009PJ0006.pdf?MOD=AJPERES>

Así, en primer lugar, si se analiza la documentación relativa a la contratación para la adquisición de las mascarillas FFP2-N95 a la empresa GARRY GALAXI, se observa en la “*memoria justificativa de la contratación de emergencia con Hangzhou Ruinning Trading Co. Ltd., para el suministro de mascarillas de protección respiratoria FFP2 para coronavirus COVID-19, en virtud del Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*” que el objeto del contrato es la adquisición a la empresa HANGZHOU RUINNING CO., LTD de mascarillas de protección respiratoria FFP2:

- 2.100.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2 - Manufacturer: GarryGalaxy Biothechnology Co., Ltd.
- 700.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2 - Manufacturer: HeNan YADU Industrial Co. Ltd.
- 6.000.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2- Manufacturer: Shangay Dasheng Health Productos Manufacture Co. Ltd.

A continuación, en la citada memoria se da cumplida justificación de la necesidad del contrato, los aspectos clínicos del mismo, así como de la elección del procedimiento de contratación, forma de tramitación y justificación el presupuesto.

En cuanto al pliego de adjudicación del contrato, la entidad adjudicataria es la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, cuya titular resulta ser, a tenor de la carta de fecha 21 de abril de 2020, Patricia Lacruz Gimeno. Las funciones de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia se encuentran recogidas en el art. 4 del RD 454/2020, de 10 de marzo.

En carta fechada el 21 de abril de 2020, la citada Directora General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, D^a. Patricia Lacruz Gimeno, dirigida a la empresa

HANGZHOU RUINNING TRADING CO LTD, les comunica que, tras el análisis de las mascarillas y, con respecto al lote con referencia 20200324 201201, por parte del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el mismo no cumple con ninguna clasificación indicada en la norma UNE-EN 149: 2001+A1: 2010 y que la eficacia media de filtración es del 70%. En base a ello se les requiere para el cese de suministro de cualquier tipo de material del fabricante *Garry Galaxi* al Ministerio de Sanidad de España, así como la reposición a la mayor brevedad posible en su integridad de las mascarillas FFP2 retiradas, así como las restantes no suministradas. Este suministro se realizará con empresa/s, fabricante/s autorizada/s por el gobierno chino que cumpla los estándares de calidad requeridos tras la oportuna validación técnica de la documentación presentada y la aceptación de la mismas.

Por consiguiente:

1º) De lo recogido en el contrato administrativo núm. de expediente 202009PJ0006 se observa que el Ministro de Sanidad no tomó parte en la adjudicación del contrato a la empresa adjudicataria. La adjudicación se realiza por la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, cuya titular es D^a Patricia Lacruz Gimeno, órgano este integrado en la Secretaría General de Sanidad (art. 1 RD 454/2020, de 10 de marzo), A mayor abundamiento, nada hacer suponer que, en la recepción de las mascarillas, así como en su posterior distribución, el Ministro de Sanidad tomará decisión alguna al respecto.

2º) En relación a la distribución de las mascarillas se advierte que lo solicitado a *GARRY GALAXY* son mascarillas FFP2, por lo que no se deriva ningún tipo de responsabilidad penal en la autoridad sanitaria, ya que no incumplió ningún procedimiento establecido en la adquisición de las citadas mascarillas y la defectuosidad de las mismas estaba, en ese momento fuera de su conocimiento (en la resolución de 20 de marzo de 2020 no se exige una evaluación de las mismas, sino únicamente que cumplan las especificaciones que en ella se indican). Además, todo ello hay que situarlo en el contexto de aquellas fechas, con una escasez muy importante de equipos de protección en los mercados nacionales e internacionales, así como la premura para la adquisición y distribución de los mismos.

Si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

Solo nos quedaría pues analizar si ante la falta de medidas de seguridad por imposibilidad de su adquisición, procedería la paralización de la actividad.

El empresario o empleador ostenta el poder de dirección en la empresa y así lo recoge el art. 1 ET, al disponer que los trabajadores prestan sus servicios “*dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario*”. En el ejercicio de dicho poder de dirección, el art. el art. 21.1 b) LPRL, le obliga en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores, a adoptar medidas y dar las instrucciones necesarias para que los trabajadores puedan interrumpir su actividad.

Por su parte, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de la Salud Pública*, dispone en su artículo 54.2 que la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, tanto el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, como la suspensión del ejercicio de las actividades.

El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, *por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19*, dispone en su artículo 1 que “1. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el 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, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. 2. De conformidad con dicho carácter esencial, los establecimientos a que se refiere el apartado anterior deberán mantener su actividad, pudiendo

únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que se lo permitan las autoridades competentes”.

En desarrollo de lo preceptuado, se dictó la Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, que en su art. 2 dispone que “*se determinan como servicios esenciales a los efectos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, los centros, servicios o establecimientos sanitarios previstos en el anexo*”. La lectura de dicho anexo pone de manifiesto la amplísima consideración de qué centros, servicios o establecimientos sanitarios tienen la consideración de servicios esenciales, entre los que, a título de ejemplo se pueden citar, los hospitales, las consultas médicas, centros de atención primaria, etc.

En virtud de dichos preceptos debemos concluir que los centros sanitarios tienen la consideración de “*servicios esenciales*” y como tales deberán de mantener su actividad, pudiendo solo las autoridades competentes, en este caso el Ministerio de Sanidad, proceder a reducir o suspender la misma parcialmente.

Finalmente indicar que nos encontramos ante la colisión de dos bienes jurídicos importantísimos; de una parte, la seguridad de los trabajadores y por otra la seguridad colectiva. Al respecto cabe aludir a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que si bien va dirigida a las exclusiones de la Directiva marco 89/391/CEE (el art. 2.2 dispone “*La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil*”), puede aplicarse al caso que nos ocupa, ya que viene referida al buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad y de la salud en circunstancias de especial y excepcional gravedad, como es el caso de la crisis sanitaria desencadenada por la COVID-19.

En concreto, el ordinal 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 12 de enero de 2006, también referida a las mismas exclusiones de la Directiva marco

89/391/CEE afirma que *“En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores”*.

En el mismo sentido se pronunció el Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas dictado el 14 de julio 2005 (caso Personalrat Der Feuerwehr Hamburg), al señalar que *“cuando existan circunstancias excepcionales de gravedad y magnitud, el objetivo de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de intereses públicos como el orden, la salud y la seguridad públicos, debe prevalecer provisionalmente sobre aquel otro consistente en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destinados en los equipos de intervención y de socorro”* (§61).

Este criterio ha sido reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de fecha 12 de enero de 2006, cuando señala que *“En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud, así como de la seguridad colectiva, y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores”* (§27).

Se antoja pues, como una decisión inviable, vista la situación sanitaria del país, la procedencia del cierre o paralización de dicha actividad.

4) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

Los querellantes atribuyen a los querellados la comisión de delitos de homicidio y lesiones imprudentes por los sanitarios (enfermeros/as) fallecidos o que sufrieran un menoscabo en su salud a consecuencia de la falta de medidas preventivo laborales.

Cuando acaece un accidente de trabajo, en un porcentaje altísimo, por no decir en la práctica totalidad de los mismos (salvo en los casos en que el sujeto activo no tenga la consideración de "*legalmente obligado*"), confluyen dos infracciones penales. De una parte, se advierte la existencia de un delito de riesgo contemplado en los artículos **316** o **317** CP, al que acompaña el subsiguiente delito de resultado imprudente, ya sea un homicidio (art. **142** CP), ya sean alguna de las lesiones imprudentes a que se refiere el art. **152** CP.

Esta conexión jurídica entre ambos delitos, un delito de riesgo (art. 316 o 317 CP), el cual se lleva a cabo por dolo eventual en el primer caso y por imprudencia grave en el segundo, y un delito de resultado imprudente (art. 142 o 152 CP) conlleva necesariamente consecuencias en la imputación. Queremos con ello decir que no se puede prescindir del dolo eventual que embebe el delito del art. 316 CP o la imprudencia grave del delito de imprudencia grave (art. 317 CP) a la hora de la imputación imprudente del resultado.

En cuanto a los delitos de homicidio o lesiones imprudentes atribuidos a los querellados cometidos por omisión impropia, como nos recuerda la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, "*según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no*

evitación del resultado "equivalga" a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”.

Trasladando estas consideraciones al supuesto de autos, debe concluirse que, ya en este momento procesal, resulta posible afirmar la evidente imposibilidad de atribuir a los querellados los distintos resultados lesivos sufridos por el personal sanitario como consecuencia de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Debe subrayarse que, en los supuestos de comisión por omisión, el art. 11 CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Como señala la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “*la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.*

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato, cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la vida e integridad física de los trabajadores (sanitarios) entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para ello.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*. De ahí que, como recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*.

Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará en todo caso que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisen actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo pudiera haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que el denunciado pudieran haber infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya

implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirle comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con indeterminados delitos de homicidio o de lesiones.

Como indica la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “*esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero*”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “*debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica*”.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir a los querellados muertes y resultados lesivos, sin identificar, los fallecidos o lesionados, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios trae causa de la supuesta falta de equipos de protección personal, así como las razones por las que la adopción medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido, razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querella presentada.

Igualmente, tampoco se ha justificado tan siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece palmario que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado. Extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las muertes y resultados lesivos que se les imputan.

5) Análisis del delito de omisión del deber de socorro.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que en relación al tipo penal referenciado han sido expuestos *supra* en el informe relativo a la Causa Especial 3/20251/20.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20276/20.

Querellante: **Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM).**

Querellado: D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 27 de abril de 2020 la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) interpuso querella por delitos contra la seguridad de los trabajadores de los arts. **316** y **317** CP.

Sanciona el art. **316** CP a “*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*”.

Sanciona el art. **317** CP la misma conducta reseñada cuando “*se cometa por imprudencia grave*”.

La asociación querellante reprocha que por parte del Gobierno se procediese a adquirir a la empresa de nacionalidad china *Garry Galaxy*, a través de la empresa de suministros sanitarios *Hangzhou Ruining Trading Co Ltd*, las mascarillas FFP2-N95, las cuales debieron ser remitidas (diversas muestras) al Instituto de salud Carlos III a fin de que se procediera a testar sus características y que las mismas fueran adecuadas para su función de protección para el personal sanitario. No siendo posible constatar tal circunstancia tras la consulta los portales del Ministerio de Sanidad (textualmente extraído de la querella).

Continúa diciendo la querellante, que sin conocer una información fiable sobre el número de mascarillas adquiridas, ni distribuidas, ni en qué proporción se distribuyeron entre las distintas comunidades autónomas, ni qué personal las recibió, ni el tiempo de uso que efectivamente realizaron los empleados sanitarios de las mismas, sin embargo se tiene conocimiento tanto por noticias publicadas en los medios de comunicación como por los sindicatos

confederados y estos a su vez de los médicos afiliados que desde el día 5 de abril se usaron por los facultativos y otro personal sanitario en la atención de pacientes contagiados por la COVID-19 y perduró hasta el día 17 de abril al menos, fecha en la que algunos Consejeros de Sanidad de varias Comunidades Autónomas (Aragón y Cataluña) reconocieron la entrega de las citadas mascarillas y el aislamiento del personal que las utilizó, tras lo cual el Ministerio de Sanidad coordinó la retirada de las mascarillas mencionadas. (afirmación en base a información periodística de fecha 18 de abril de 2020, sin citar el medio, según documentación recogida en la querella).

Señala asimismo que las protecciones que se tuvieron que retirar se enviaron a cinco hospitales de valencianos: el Clínico y el Doctor Peset de Valencia, el General de Alicante, el de Orihuela y el de San Joan d'Alacant (afirmación en base a informaciones periodísticas de fecha 20 de abril 2020 aparecida en el Levante el Mercantil Valenciano y de fecha 21 de abril de 2020 difundida por Burguera, según documentación recogida en la querella); especificando el número de las distribuidas: Hospital Clínico de Valencia 300 mascarillas en la UCI y en urgencias; Hospital Sant Joan de Alicante se utilizaron 511 mascarillas, de ellas 196 en UCI, 274 en otros departamentos del hospital y 41 en servicios externos; Hospital General de Alicante se utilizaron 118 mascarillas defectuosas; Hospital de Orihuela 300 mascarillas en urgencia y en medicina interna. Finalmente, se afirma que, según lo manifestado por la Consellera de Sanidad, ha habido, al menos un contagio positivo.

Y, finalmente, señalan los querellantes que en comparecencia pública del Presidente de la Junta de Andalucía, se afirma por éste que 70.000 unidades de dichas mascarillas fueron entregadas a su Comunidad (afirmación en base a información periodística de fecha 17 de abril de 2020 aparecida en el medio OKDIARIO).

En la querella se fijan como hechos necesarios de investigación: las gestiones previas a la adquisición, los controles, los requisitos exigidos para su compra, la compra efectiva, la recepción del material, las órdenes de gestión del mismo, la remisión de muestras para su análisis, la distribución, la cifra remitida a cada uno de las comunidades autónomas, su entrega al personal, las

consecuencias, la comunicación del gobierno de Aragón y Cataluña, a quién, qué hizo ese quién, quién lo comunicó, qué ocurrió en el lapso de tiempo desde que se tuvo conocimiento hasta que se procedió a la orden de retirada, quién lo acordó, cómo lo acordó.

En cuanto a los tipos penales de aplicación, consideran los hechos constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales de los arts. **316** y **317** CP, al entender que la entrega de equipos de protección individual (EPIs) defectuosos es equiparable a su no entrega, considerando al Ministro de Sanidad como máximo responsable (empleador).

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto resulta palmario que mientras que los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, ni se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados al querellado, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos al Ministro de Sanidad. La responsabilidad criminal se le atribuye de una forma, a todas luces, difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaba al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerle merecedor de reproche penal. Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en

exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

De la lectura de la querella, así como de la documentación en ella contenida (informaciones periodísticas), solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo.

En la querella no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal defectuosos que se han proporcionado, la prueba de tales defectos, si han pasado los controles, si aun faltando dicho requisito, los mismos no eran eficaces para el fin pretendido (si los consideramos como elementos capaces de eliminar o minimizar el riesgo), lo cual hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento. Basta con la lectura de la misma para apreciar que estas preguntas se las hacen los mismos querellantes que parten en la exposición de hechos, de “*dudas, incertidumbres e informaciones no fiables*” (en palabras textuales de los mismos).

Tampoco se aporta elemento probatorio alguno que avale razonablemente el objeto de la querella. Como ya señalamos, básicamente transcribe informaciones aparecidas en varios medios de comunicación, relacionadas supuestas mascarillas defectuosas, pero no la más mínima prueba al respecto de tal cuestión.

Finalmente indicar que no se acompaña ninguna documentación en la que se ponga de manifiesto denuncia alguna presentada ante la autoridad laboral o intervención alguna de ésta que avale el objeto de la misma.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella (ATS de 11 de marzo de 2020). Realmente los hechos referidos en

ella están únicamente amparados en meras informaciones aparecidas en distintos medios de comunicación. Ha de citarse, la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (AATS 756/2014, de 17 de enero; 10168/2013, de 11 de octubre; 6609/2012, de 18 de junio; 6026/2011, de 31 de mayo, entre otros) conforme a la cual *“la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal para la investigación de los hechos descritos, si la querella que los incorpora, como es el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al Tribunal de una serie de informaciones difundidas públicamente a través de medios de comunicación”*.

Lo genérico de la denuncia, que pretende ser una “*causa general*” contra el Ministro de Sanidad por la gestión de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, y la falta de principio de prueba aportada para apoyar los hechos objeto de la querella que justifiquen la actividad de la Sala, conlleva necesariamente al archivo de la misma.

No obstante lo anterior, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes o bien en cualquier otro.

3) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos expuestos *supra* en relación con el delito contra los derechos de los trabajadores imputado por los querellantes de la Causa Especial 3/20271/20.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a

concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20286/20.

Querellante: **Asociación de Médicos Titulados Superiores (AMYTS).**

Querellado: D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 30 de abril de 2020 la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) interpuso querella por delitos contra la seguridad de los trabajadores de los arts. **316** y **317** CP.

Sanciona el art. **316** CP a *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”*.

Sanciona el art. **317** CP la misma conducta reseñada cuando *“se cometa por imprudencia grave”*.

En la querella se afirma que por el Ministro de Sanidad se ha estado presidiendo el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado. Que el 4 de febrero de 2020 se creó por el Consejo de Ministros el Comité de Coordinación Interministerial para realizar un seguimiento y evaluación de la situación. Señala asimismo que los sanitarios carecían de medios para el desarrollo de su actividad, por insuficiencia de equipos de protección individual, lo cual suponía un riesgo para su salud por el contagio por coronavirus.

En fecha 9 de marzo de 2020 la querellante remitió un escrito el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid ante la falta de

equipos de protección individual (EPIs). El 10 de marzo de 2020 el sector de Atención Primaria de AMYTS remitió escrito a la Gerencia de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid acerca de las condiciones de abastecimiento de los equipos de protección individual, así como de pruebas diagnósticas. El 19 de marzo de 2020 se solicitó de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid la proporción de EPIs. Las reclamaciones fueron desatendidas.

En la querella se pone de manifiesto la distribución por parte del Ministerio de Sanidad de la partida de mascarillas FFP2 de la marca *Garry Galaxy*, modelo N95, a varios servicios nacionales de salud, sin hacer previamente las pertinentes verificaciones, siendo público y notorio que eran deficientes.

Por parte de la querellante se solicitaron medidas cautelarísimas contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en el correspondiente procedimiento, en el que por auto del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de fecha 2 de abril de 2020, se requiere a la Consejería de Sanidad de Madrid para que proporcione a AMYTS todas las medidas de protección necesarias para el desempeño de sus funciones.

Se pone de manifiesto que se ha interpuesto denuncia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra el Consejero de Sanidad y otras autoridades administrativas de la Consejería por los hechos que se refieren en la presente querella.

En cuanto a los tipos penales de aplicación, consideran los hechos constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores, por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales del art. **316** CP (tipo doloso) y en su defecto del art. **317** CP (tipo imprudente), por incumplimiento de lo previsto en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, fundamentalmente referida a lo previsto en los arts. 14 y 15 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre, *de prevención de riesgos laborales*.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella, en tanto en cuanto los hechos en ella relatados ni resultan constitutivos de ilícito penal, ni se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones del denunciante, sin principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

De la lectura de la querella, así como de la documentación que la acompaña, solo podemos llegar a la conclusión de que la misma es genérica y no aporta principio de prueba bastante para justificar otra decisión distinta a su archivo. En la querella no se determina ni cuándo se han producido los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, lo cual hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento.

En lo referente a las mascarillas defectuosas la conclusión no es distinta. Es preciso una mínima determinación y prueba de su carácter defectuoso, si han pasado los controles, si aun faltando dicho requisito los mismos no eran eficaces para el fin pretendido (si los consideramos como elementos capaces de eliminar o minimizar el riesgo), en qué centro/s de trabajo se emplearon y si fueron efectivamente utilizados y por quién/es.

Tampoco se aporta elemento probatorio alguno que avale razonablemente el objeto de la querella ni se acompaña ninguna documentación en la que se ponga de manifiesto denuncia alguna presentada ante la autoridad laboral o intervención alguna de esta que avale el objeto de la misma.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella (ATS de 11 de marzo de 2020). Lo genérico de la misma, que

pretende ser una “*causa general*” contra el Ministro de Sanidad por la gestión de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, y la falta de principio de prueba aportado para apoyar los hechos objeto de la querella, conlleva necesariamente a su archivo.

No obstante lo anterior, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal reproduce los argumentos expuestos en relación con el precitado tipo penal y que han sido desarrollados *supra* en relación con la Causa Especial 3/20271/20.

Analizado el tipo penal propuesto por la asociación querellante, carecemos de los mínimos elementos necesarios para poder circunscribir los hechos en el delito examinado o bien en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación ante tales circunstancias, pues la necesaria valoración inicial jurídica de la misma nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más.

Causa especial 3/20295/20.

Querellante: D. **Esteban Gómez Rovira**.

Querellada: D^a Teresa Ribera Rodríguez, Ministra de Transición Ecológica y Reto Demográfico.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 5 de mayo de 2020 D. Esteban Gómez Rovira interpuso querrela por delito contra la integridad moral del art. **175** CP.

Sanciona el art. **175** CP a *“la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona”*.

La querrela la fundamenta el querellante en las siguientes declaraciones efectuadas por la querellada el 3 de Mayo anterior en una entrevista que concedió al diario El País:

“Portugal paró antes. Venía del este y ellos están un poco más al oeste, y entonces pudieron parar un poco antes. Allí ha habido un comportamiento por parte del conjunto de la sociedad y por parte de las fuerzas políticas mucho más compacto, de ayudarse.

La noche del 8 al 9 de marzo es cuando se empiezan a notificar un número importante de casos rápidamente y pasan dos cosas: se adopta un primer paquete de medidas de limitación de movilidad y el cierre de fronteras con Italia”.

Al hilo de explicar el carácter delictivo de estas manifestaciones, el querellante efectúa diversos juicios de valor del tenor literal siguiente: la ministra *«miente»*, sus afirmaciones parecen ser fruto de la *«estulticia o la mala fe»*, la entrevista está plagada de *«inexactitudes»*, más allá de eludir responsabilidades o entrar en un juego de *«groseras manipulaciones»*, ofende al conjunto de la sociedad reaccionando ante la tragedia de la enfermedad y los fallecidos *«como si fuera una alumna de preescolar»*, etc.

Según el querellante, las afirmaciones de la querellada atentán contra la integridad moral de los ciudadanos, particularmente de los que han perdido a algún ser querido con ocasión de la pandemia por coronavirus, y tendrían encuadre -a su juicio- en el delito previsto en el art. **175** CP.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querrela.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal alguno (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Conforme a reiterada jurisprudencia [*vid.* ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019)], no cabe sino concluir que procede la inadmisión a trámite de la querella, pues el querellante se limita a manifestar -de forma ciertamente vehemente- su disgusto y discrepancia con unas manifestaciones públicas de la querellada, invocando un tipo penal que, a juicio del Ministerio Fiscal, en modo alguno resulta aplicable en consideración a los argumentos que acto seguido se exponen.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en el tipo penal propuesto por el querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito contra la integridad moral.

Ubicado en el Título VII del Libro II titulado *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, el art. **175** CP castiga, como antes se ha señalado, a “*la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona*”.

El delito aparece así configurado como un tipo penal de naturaleza residual respecto del delito de torturas del art.174 CP (*vid.* SSTS 465/2013 de 29 de mayo; 294/2003, 16 de abril; 1218/04, de 2 de noviembre, 625/05, de 5 de mayo; 414/04, de 20 de julio), en el que el sujeto activo necesariamente ha de ser una autoridad o funcionario público conforme a la definición auténtica que a tal fin facilita el art. 24 CP. En cuanto al elemento subjetivo, el precepto solo concibe la modalidad dolosa.

No faltan autores que consideran el art. **175** CP como un “*tipo atenuado del delito de torturas*”, que castiga los supuestos en los cuales, aun cumpliéndose algunas de las características del delito del art. 174 CP, falta el requisito teleológico.

Efectivamente, el art. 175 CP no exige ningún elemento finalístico (en las torturas, la ejecución de hechos “*con el fin de obtener una confesión o información*”), bastando con que la conducta pretenda humillar al sujeto pasivo.

La acción no solo requiere la causación de un padecimiento físico o psíquico en la víctima, persona individual e individualizada, sino un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad humana de la persona afectada. Comprende cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque de cierta intensidad ejecutada por una autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo -lo que integra a su vez un prevalimiento de su condición o, dicho de otra manera, supone una vulneración del ordenamiento jurídico por quien aparece como su guardián o custodio-, provoque humillación o quebranto degradante en el sujeto pasivo (v. gr. STS 891/08, de 11 de diciembre).

La “*integridad moral*” se configura como una categoría conceptual propia, como un “*valor*” de la existencia humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. El Tribunal Constitucional no ha fijado un concepto preciso de *integridad moral* pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta el concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de “*sensación de envilecimiento*” o de “*humillación, vejación e indignidad*”.

La STC nº 120/90, de 27 de junio, puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. **15** CE garantiza el derecho a la “*integridad física y moral*” “*mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular*”.

Como se ha adelantado, el propio tenor literal del precepto impide la consideración de un sujeto pasivo de naturaleza colectiva, pues se refiere expresamente a *la integridad moral de una persona*, sujeto individual que habría por tanto de resultar individualizado para posibilitar la valoración de la potencial *lesividad penal* de las frases que constituyen el objeto de la presente querella. Las manifestaciones de la querellada se refieren en todo caso a colectividades, “*conjunto de la sociedad*” y “*fuerzas políticas*” y, por tanto, no pueden enmarcarse en un precepto que exige un ataque a la integridad moral de la que solo es titular la persona, singularmente considerada.

La anterior consideración constituye, a juicio del Ministerio Fiscal, un primer obstáculo para incardinar los hechos denunciados en el precepto que se invoca; sin embargo, no es el único. Las declaraciones de la querellante se enmarcan en el contexto de una entrevista periodística realizada el 3 de mayo de los corrientes en la versión digital del diario El País, y no siendo ni remotamente reconducibles al que se ha dado en denominar “*discurso del odio*”, resultan holgadamente amparadas por su libertad de expresión y su derecho a la crítica -de igual modo que lo están las duras valoraciones que sobre las mismas vierte el propio querellante en su escrito de querella-.

Por tanto, a la dificultad de ir referidas sus palabras a sendos colectivos, se une el hecho de que su tenor literal está muy lejos de constituir un ataque que pueda producir una «*situación de envilecimiento y humillación*» penalmente relevantes, ni para el querellante, ni para nadie en particular (v. gr. SSTEDH de Irlanda c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978, caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001).

Tampoco se alcanza a comprender en qué medida la querellada ha abusado de su cargo para realizar la acción que se le reprocha.

En consideración a lo expuesto, debe concluirse que las manifestaciones de la Sra. Ribera Rodríguez no tienen encaje en el

tipo penal invocado y, debemos añadir, permanecen igualmente extramuros de cualquier otro precepto del vigente Código Penal.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20309/20.

Querellante: D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Querellado: D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

En fecha 11 de mayo de 2020 D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX interpuso querella por delito de prevaricación administrativa del art. **404** CP.

Sanciona el art. **404** CP a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

Afirma el querellante que el Ministro de Sanidad, D. Salvador Illa Roca, habría incurrido en prevaricación administrativa al aprobar la Orden Ministerial SND/399/2020, de 9 de mayo, y más en concreto el Anexo incorporado a aquella Orden, titulado “*unidades territoriales*”, en el que, en su criterio, se rechazaba de modo arbitrario la posibilidad de que varias unidades territoriales o departamentos de salud, de la Comunidad Valenciana pasaran a la Fase 1 de la desescalada.

Debe advertirse desde un primer momento que el querellante aporta, como único apoyo de su tesis, dos tuits presuntamente publicados por el Presidente de la Generalitat Valenciana y la Consejera de Sanidad, en donde ambos afirmaban no compartir la decisión del Ministerio de Sanidad por considerar que toda la Comunidad Valenciana reunía los requisitos para pasar a la Fase 1.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, los hechos relatados por el querellante no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa previsto y sancionado por el art. 404 CP, tampoco en su modalidad omisiva y, en consecuencia, procedería la inadmisión a trámite de la querella.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en el tipo penal propuesto por el querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito de prevaricación administrativa.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén*

supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. 404 CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurran los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, se advierte claramente que la conducta atribuida al Ministro de Sanidad no reúne ni uno solo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal. Así:

1º) No se concreta en momento alguno qué norma sería la que el querellado habría vulnerado.

Así las cosas, los requisitos que cada Departamento de Salud o Unidad Territorial debían reunir al objeto de pasar de la Fase 0 a la Fase 1 de la *desescalada*, aparecían claramente definidos en el denominado Plan para la transición hacia la nueva normalidad, aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 28 de abril de 2020, publicado por el Ministerio de Sanidad en el siguiente enlace: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCoV-China/documentos/PlanTransicionNuevaNormalidad.pdf>.

De esta forma, y en relación al paso a la Fase 1 se indicaba lo siguiente que resulta de interés: *“En función del cumplimiento de los indicadores del panel de indicadores en los diferentes territorios, se permitirá la apertura parcial de actividades, en particular, actividades económicas como pudieran ser la apertura del pequeño comercio con cita previa o servicio en mostrador, restaurantes y cafeterías con entrega para llevar, actividades en el ámbito agrario, actividades deportivas profesionales, alojamientos turísticos sin utilización de zonas comunes y con restricciones, entre otras actividades”*.

Por lo que se refiere a los indicadores que debían concurrir, debe subrayarse que estos aparecían expresamente previstos en los ANEXOS 1 y 2 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad, publicados en el siguiente enlace: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCoV-China/planDesescalada.htm> Todos estos criterios obedecían a criterios médicos.

Del análisis de aquellos documentos, se infiere que la decisión del Ministerio de Sanidad no vulneró ni aquella normativa, ni ninguna otra, resultando a todas luces ajustada a Derecho la decisión de que los Departamentos de Salud de Castelló y La Plana, Sagunt, Valencia-Clínic, Malva-rosa, Valencia-Arnau de Vilanova-Llíria, València-La Fe, València-Hospital General, Valencia Dr. Peset, Manises, La Ribera, Alicante-Sant Joan, Alicante Hospital General, Elche-Crevillent y Elche, permanecieran en la Fase 0 de la desescalada.

2º) Claro ejemplo de que la conducta desarrollada por el querellado no resultó arbitraria resulta del contenido del informe redactado por Dña. Pilar Aparicio Azcárraga, en fecha 8 de mayo de 2020, en su condición de Directora General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, titulado *“Análisis sobre la situación epidemiológica y las capacidades estratégicas sanitarias de la Comunidad Valenciana dentro del Plan de Transición hacia una nueva normalidad”*, publicado en el siguiente enlace: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCoV-China/documentos/20200508COMVALENCIANA.pdf>:

“... La situación epidemiológica ha mejorado en estos últimos días y muestra una tendencia favorable en el control de la transmisión del virus estando su número reproductivo básico instantáneo (R_t) por debajo de 1 desde el 15 de abril. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los últimos 14 días se han diagnosticado más de 1.000 casos en Alicante y en Valencia y casi 200 en Castellón, que son en su mayor parte casos hospitalarios o personal sanitario o esencial. El diagnóstico en Primaria comenzará a realizarse de forma amplia en la semana del 11 de mayo. Entre el 28 de abril y el 4 de mayo se han contabilizado 596 nuevos ingresos (1,20/10.000 habitantes).

[...] Es importante garantizar que a todos los pacientes sospechosos que se detectan en Atención Primaria se les realiza un test diagnóstico para confirmar o descartar infección por COVID-19, ya que si la proporción de positivos detectados en la semana referida se mantuviera para el conjunto de los sospechosos detectados en Atención Primaria, estaría indicando que hay una circulación considerable del virus en la comunidad con el riesgo de que se produjera un nuevo aumento de casos si esta situación no se controla, sobre todo en las áreas con mayor tasa de incidencia de casos sospechosos. [...] todavía hay otros departamentos con tasas superiores o alrededor de 50 casos por 100.000 habitantes en los últimos 14 días. Por todo lo anteriormente expuesto, se plantea una desescalada fragmentada del territorio por departamentos o agrupaciones de departamentos, atendiendo a una ponderación de varios criterios de orden fundamentalmente epidemiológico, pero también sociodemográficos y de control de la movilidad poblacional, pudiendo algunos departamentos de salud pasar a la fase I y otros permanecer en la fase 0 hasta una nueva reevaluación. Se ha tomado como una tasa de incidencia adecuada aquellos departamentos con una tasa menor de 1,5/10.000 (los que están por debajo de la media de toda la comunidad) con las salvedades descritas a continuación y las áreas metropolitanas por sus características sociodemográficas y de movilidad”.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo pacífico, que la *arbitrariedad* es el elemento que singulariza a la prevaricación administrativa frente al ilícito administrativo.

A pesar de que la “*arbitrariedad*” constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado con solvencia los contornos de dicho elemento típico, concluyendo de modo pacífico que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el ordenamiento jurídico, apareciendo como manifestación de la sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. gr. SSTs 311/2019, de 14 de junio; 727/2000, de 23 de octubre; 2340/2001, de 10 de diciembre; 1497/2002, de 23 de septiembre, 878/2002; de 17 de mayo; 76/2002, de 25 de mayo; 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la “*arbitrariedad*” se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en los casos en que se vulneren normas de contenido sustancial (vid. SSTs 29/2008, de 17 de mayo, 249/2019, de 3 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, o 723/2009, de 1 de julio, entre otras).

En atención a las razones antes expuestas resulta inverosímil concluir que la actuación del querellado pudiera resultar adjetivada de arbitraria, pues resulta notorio que los criterios seguidos para determinar el paso a la Fase 1 no pueden ser tildados de *ilícitos* y mucho menos de *arbitrarios*.

A tal efecto, resulta revelador que el único argumento que ofrece el querellante en apoyo de su tesis se reduce a la existencia de dos tuits, publicados por el Presidente de la Generalitat Valenciana y la Consejera de Sanidad, en los que estos se limitaban a expresar sus discrepancias en relación al criterio del Ministerio de Sanidad, sin aportar dato alguno que revelara el que fundaban aquel criterio.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en el tipo penal examinado, ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que

lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20310/20.

Querellante: Colectivo de 3268 personas que habrían perdido a 3.374 familiares como consecuencia de la epidemia del coronavirus SARS-CoV-2.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno y demás integrantes del Consejo de Ministros.

En el momento de presentar la querella, los querellantes identificados aparecen relacionados en el documento Anexo I (un total de 116). Los restantes no están incluidos en ese listado por cuanto -según se refiere en el propio escrito de querella- no han podido obtener aún el certificado médico de defunción necesario para acreditar la muerte del familiar de que se trate en cada caso, y las causas del óbito.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone el 8 de mayo de 2020 por delitos de **homicidio imprudente** ejecutado en comisión por omisión de los arts. **142 y 142 bis CP.**

Sanciona el art. **142 CP** “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”

Dispone el art. **142 bis CP** que “*En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado*”.

Los querellantes efectúan el siguiente relato de hechos que, a su juicio, gozarían de relevancia criminal:

En diciembre de 2019 se detectó oficialmente el primer caso de contagio en humanos por el virus denominado SARS-CoV-2, ocurrido en un mercado de animales vivos de la región china de Wuham, hecho reconocido por el Gobierno de la República Popular China.

El 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), aceptando una Recomendación del Comité de Emergencias, declaró que el brote constituía una Emergencia de Salud Pública de importancia Internacional (ESPII).

El 4 de enero de 2020 el Jefe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de la Policía emitió una comunicación dirigida al Ministerio del Interior en la que se proponían medidas de prevención (guantes de nitrilo, mascarillas, etc.) para proteger a los funcionarios policiales, particularmente los destinados en puestos fronterizos y aeropuertos. Según refiere la querella, esta recomendación del funcionario provocó que fuera cesado en su puesto poco después por el Ministro de Interior y querrellado, Excmo. Sr. D. Fernando Grande-Marlaska Gómez.

En fecha 31 de enero se detectó en la isla de la Gomera el primer caso de contagio en nuestro país, y la primera muerte conocida se produjo en Valencia el 13 de febrero. A raíz de esto y según el relato de la querellante, el virus comenzó a propagarse exponencialmente por España, y a finales del mes de febrero se habían detectado ya 32 casos de contagio, sin que el Gobierno adoptara medida alguna de prevención.

El jueves 13 de febrero, en una rueda de prensa concedida en el Hospital Gómez Ulla de Madrid, el Director del Centro de Coordinación y Alertas del Ministerio de Sanidad, D. Fernando Simón, a propósito del alta médica prescrita a 19 afectados por coronavirus que habían sido repatriados de China a finales de enero, declaraba: *«En España no hay coronavirus y por tanto no hay riesgo de infectarse, ... se está generando una ansiedad social que está un poco fuera de lo razonable.... en España no se ha producido ningún caso de transmisión del virus porque los pacientes que hay actualmente se contagiaron en otros países. Por tanto, no tenemos coronavirus y no hay riesgo de infectarse, y mucho menos, de las*

personas a las que hoy se les ha dado el alta, porque hemos comprobado que no tienen virus».

A finales de febrero y en la primera semana de marzo se celebraron en España multitud de concentraciones y manifestaciones que se enumeran en la querella, señalando la misma que *«y la vida ciudadana continuó sin que la gran mayoría de los ciudadanos españoles tuvieran conciencia del riesgo que corrían»*, algo que, según el querellante, el Gobierno conocía, no obstante lo cual, *«decidió anteponer sus intereses sobre la salud de las personas»*.

El 2 de marzo el Centro Europeo de Prevención y Control de Enfermedades de la Unión Europea emitió un informe en el que realizaba una serie de recomendaciones en consideración a la situación de cada país.

Para los querellantes, y *“siendo muy laxo, podríamos decir que efectivamente España ya en la última semana de febrero estaba en un escenario 1”* y la consecuente acción a tomar según dichas recomendaciones, incluía el distanciamiento social, evitar estrechar manos y besar, evitar las aglomeraciones en el transporte y las manifestaciones masivas innecesarias.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud, declaró la situación de pandemia y fue el día 12 de marzo de 2020 cuando, en palabras de los querellantes, *«arrollados ya por los acontecimientos, y sin duda con mucho retraso, los ahora querellados e integrantes del Gobierno de España, decidieron adoptar las primeras medidas preventivas contra el coronavirus, como el cierre de los colegios y universidades a nivel nacional, medida que ya habían adoptado con antelación diversas comunidades autónomas para, finalmente, el 14 de marzo dictar el 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 (BOE número 67, de 14 de marzo de 2.020)”*.

Según la querella, el Gobierno se amparó en el estado de alarma y la situación de confinamiento de la población para desplegar una inusitada actividad normativa, *“dictando numerosas normas de*

diverso rango y nivel, pasando de una inacción total a una actividad normativa exagerada (34 normas, entre Decretos y Reales Decretos y más de 90 contando otras resoluciones , en tan solo un mes y medio, desde mitad de marzo a finales de abril); normas que, además, exceden en mucho de la finalidad preventiva y de contención, gestión y control de la pandemia, llegando a resultar en muchos casos confiscatorias de los derechos individuales y fundamentales de las personas, más propios de un estado de excepción que de un estado de alarma. Y a mayor abundamiento, aprovechando para incluir en dichas normas, o en otras simultáneas, la regulación de materias que ninguna relación guardan con la lucha contra el coronavirus. A título de ejemplo: el blindaje del querellado D. Pablo Iglesias Turrión en el CNI, la aceleración de trámites para el indulto de los condenados por el juicio del procés, la proposición de despenalización de determinados delitos del actual Código Penal referidos a los ultrajes al Rey y a la bandera de España, ciertas medidas de confiscación de la propiedad.”

Por último, se hace una muy breve referencia en el relato de hechos a la forma en que se adquirieron hisopos y material de protección por parte del Gobierno y al presunto favorecimiento de algunas empresas proveedoras en detrimento de otras, si bien se afirma acto seguido que tales hechos no constituyen el objeto de esta querella.

Del anterior relato parece inferirse, no sin cierta dificultad, la atribución a los integrantes del Gobierno de España de una falta de diligencia en la adopción de medidas de prevención epidemiológica y de tutela de la salud pública, al objeto de mitigar el riesgo de contagio de coronavirus con anterioridad a la aprobación del RD 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*, lo que -en opinión de los querellantes- habría motivado el contagio de un número indeterminado de personas.

Asimismo, se considera que la celebración de diversas manifestaciones con motivo del “Día Internacional de la Mujer”, que tuvieron lugar en fecha 8 de marzo, así como la inacción ante otros eventos multitudinarios que se celebraron durante la primera quincena del mes de marzo, habrían provocado el contagio masivo

de la enfermedad COVID-19 de un número indeterminado de personas, siendo causa del fallecimiento de los familiares de los querellantes.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

A juicio del Ministerio Fiscal, y con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, se entiende que procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, tratándose algunos de ellos de meras manifestaciones o elucubraciones del querellante sin soporte en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Conviene subrayar, además, la notable indeterminación de los hechos atribuidos al Presidente y demás integrantes del Gobierno de España. La responsabilidad criminal se les imputa de una forma difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal. La querella hace incluso mención específica al hecho de que se dirige contra el presidente del Gobierno y los 22 ministros que forman parte del Ejecutivo español por el simple hecho de integrar el Gobierno, el Presidente desde el 7 de enero, fecha en la que SM el Rey Felipe VI le designó como tal, y los 22 ministros relacionados en el encabezamiento, desde el 12 de enero de 2020, fecha en la que fueron publicados sus nombramientos en el BOE.

Asimismo, los querellantes no precisan la identidad de todos sus familiares fallecidos, facilitando únicamente los nombres de algunos de ellos, sin determinar las circunstancias concretas en que

se produjo el óbito ni -desde luego- las razones que permiten imputar el resultado acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, los querellantes se limitan a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en los que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, no cabe sino concluir la procedencia de acordar la inadmisión a trámite de la querella, pues su texto no facilita elemento objetivo alguno que permita conectar los fallecimientos de los familiares relacionados como consecuencia de la pandemia por la enfermedad COVID-19, con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima *“nullum crimen, nulla pena sine culpa”*.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en el tipo penal propuesto por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio imprudente ejecutados en comisión por omisión.

Como recuerda la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, *“según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del*

artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico".

Si atendemos a las anteriores consideraciones, resulta evidente -ya en este momento procesal- la imposibilidad de atribuir a los querellados los distintos resultados lesivos acaecidos como consecuencia de la pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2.

Debe recordarse que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la "sanidad exterior", "la legislación sobre productos farmacéuticos" y "las bases de la sanidad" (art. 149.1.16ª CE), entendidas éstas últimas como el establecimiento de las normas que fijan las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de las condiciones de funcionamiento de los servicios públicos, su "coordinación general", lo que conlleva la fijación de los medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario [SSTC 32/1983 (FJ 2º), 98/2004 (FJ 6º), 42/1983 (FJ 2º), 87/1985 (FJ 2º), 22/2012 (FJ 3º) y 33/17 (FJ 4º)].

Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria, de ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución Española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla-, permite concluir que, en relación a la sanidad interior, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y

coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, *“procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)”*.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

En definitiva, el Estado no contaba con las competencias necesarias para la adopción de medidas concretas de naturaleza ejecutiva en materia de protección de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma en fecha 14 de marzo de 2020. Por consiguiente, no resulta posible atribuir ni al Presidente de Gobierno de España, ni al resto de sus miembros, la condición de garantes de la tutela de la salud pública de todos los españoles, pues en definitiva, dicha condición debe quedar reservada para quienes, gozando de competencias en materia sanitaria, se hallasen facultados y, más en concreto, obligados a

implementar cuantas medidas fueran necesarias a fin de conjurar el riesgo generado por la COVID-19.

Debe subrayarse que en los supuestos de comisión por omisión el art. 11 CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Ciertamente, el art. 116 CE, el art. 5.1.f) de la **Ley 50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. 4 de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, atribuyen al Gobierno de España la potestad de declarar el estado de alarma, al objeto de combatir situaciones de crisis sanitaria. Por ello, el Gobierno se halla facultado para arrogarse competencias en orden a la protección de la salud pública interior. Sin embargo, dicha facultad no permite atribuir a los miembros del Gobierno, sin más, y de un modo automático, una condición de garantes de carácter universal frente a cualesquiera peligros para la salud pública de todos los ciudadanos, pues debe recordarse que, sin perjuicio de las altas responsabilidades de que resultan acreedores tanto el Presidente como los demás miembros del Gobierno, la Constitución española configuró un sistema de distribución del poder entre las diferentes administraciones que integran la Administración Pública española que cristalizó en lo que hoy día se conoce como Estado de las Autonomías, de ahí que en el presente caso no resulte posible atribuir a los querellados, sin más, de un modo automático y acrítico, la condición de garantes de la salud pública de todos los ciudadanos de España, pues ello solo resultaría posible para el caso de concluirse que gozaban de competencias en el ámbito de la sanidad interior y, más en concreto, de competencias ejecutivas en materia de prevención epidemiológica y protección de la salud pública.

Como recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable*

de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”.

Del razonamiento anterior cabe inferir que el nacimiento de la posición de “garante” de los miembros del Gobierno para con la protección de la salud pública de la ciudadanía se encuentra estrechamente conectada con la aparición de aquellos presupuestos que justificaron la declaración del estado de alarma, declaración que, justo es recordarlo, resulta a todas luces excepcional, revelándose como alternativa última ante situaciones de anormalidad constitucional -STC nº 83/2016, de 28 de abril-.

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la salud pública entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para frenar la pandemia y proteger la vida e integridad de las posibles víctimas.

Partiendo de las anteriores premisas, parece lógico concluir que no concurren razones para atribuir a los querellados la condición de garantes de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Llegados a este punto, resulta necesario advertir que ni la Constitución, ni tampoco la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, ofrecen criterios jurídicos de ningún tipo que permitan delimitar con una mínima precisión cuándo nos

encontramos ante una situación de crisis sanitaria o una pandemia. La LO 4/1981 se limita a afirmar en su art. 1 que *“Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”*, y en su artículo 4 que *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*.

A la vista de todo ello, siendo incontrovertido que la declaración de estado de alarma a fin de combatir la pandemia por COVID-19 únicamente resultaba posible una vez constatado que dicha declaración constituía el único instrumento jurídico idóneo ante la situación de crisis acaecida, no puede sino concluirse que no existen elementos que permitan afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno se mostrara poco ágil o poco diligente a la hora de utilizar aquel instrumento jurídico, pues, en definitiva, no existe dato alguno que permita concluir que los presupuestos jurídicos para la adopción de aquella excepcional medida concurrieran objetivamente con anterioridad a la tramitación de la declaración de estado de alarma por parte de los querellados.

Debe advertirse, además, que para que una situación alcance la consideración de crisis sanitaria, llegando a catalogarse un brote infeccioso como pandemia, resultará ineludible que previamente hayan tenido lugar un elevado número de contagios y, por ello, que la enfermedad en cuestión haya alcanzado un importante grado de repercusión en la salud de la población, consideraciones éstas que permiten afirmar que los presupuestos habilitantes para decretar el estado de alarma por concurrir una situación de crisis sanitaria precisarán, ineludiblemente, que el peligro para la salud pública y los resultados ya acaecidos, hayan alcanzado un estadio de tal magnitud que la actuación de las Comunidades Autónomas se revele como insuficiente, justificándose por ello la alteración de las reglas constitucionales de distribución de la competencia entre las distintas Administraciones Públicas.

En el caso objeto de autos no consta que ninguna de las Administraciones cuyo territorio se encontraba ya entonces afectado por el brote de COVID-19 hubiera instado al Gobierno, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a declarar el estado de alarma a fin de combatir los contagios, resultando de notorio y público conocimiento que hasta el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elevó a la categoría de pandemia el brote de coronavirus SARS-CoV-2, de ahí que resulte lógico concluir que, en realidad, no concurría dato o razón alguna que justifique afirmar, al margen de las elucubraciones en torno a las que los querellantes construyen su reproche, que el Gobierno debiera haber decretado el estado de alarma con anterioridad al momento en que lo hizo.

Las anteriores conclusiones no se ven en ningún caso empañadas por el hecho de que el art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, confiera al Ministro de Sanidad competencias en materia de gestión de las alertas sanitarias de carácter supra autonómico o de coordinación de la red de vigilancia en salud pública, en tanto en cuanto se trata de meras facultades en materia de coordinación que en ningún caso gozan de carácter ejecutivo. Al igual que tampoco lo hacen las previsiones que se contienen en el art. 52 de la referenciada Ley, acerca de la posibilidad de que por el Ministro de Sanidad puedan adoptarse medidas de intervención especial de naturaleza ejecutiva. Debe subrayarse que dichas facultades deben ser interpretadas con arreglo a lo preceptuado por el art. 149.1.16ª CE, a las previsiones que se contienen en los distintos Estatutos de Autonomía, así como a las distintas leyes sanitarias aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas. Resulta evidente que las competencias en materia de protección de la salud pública y, en particular, de vigilancia y tutela epidemiológica correspondían, sin excepción, a las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas.

Por lo que se refiere a las facultades de carácter ejecutivo atribuidas con carácter extraordinario al Ministro de Sanidad en el art. 52 de la Ley 33/2011, debe advertirse que el apartado tercero del mencionado precepto precisa que las competencias ejecutivas conferidas deberán limitarse a la adopción de aquellas medidas que resulte posible adoptar *en el ámbito de las respectivas competencias*.

De ahí que, resultando incontrovertido que el ministro no gozaba de competencias en materia de prevención y tutela epidemiológica, deba concluirse que no disponía de facultades para instaurar medidas de carácter ejecutivo en este caso.

A mayor abundamiento, debe advertirse que las facultades conferidas en el art. **52** no atribuían competencias al Ministro de Sanidad que le habilitaran para aprobar el confinamiento de la población u otras que afectaran directamente a la libertad de circulación o a otros derechos fundamentales, pues lo cierto es que con arreglo al art. **81** CE, no cabe sino interpretar que el desarrollo y restricción directa de derechos fundamentales únicamente resulta posible mediante ley orgánica, siendo que la Ley 33/2011 resulta ser una ley ordinaria³.

En otro orden de cosas, debe precisarse que tampoco concurren razones que permitan conectar actuación u omisión alguna de los querellados, aun cuando se conviniera en atribuirles la condición de garantes previa a la declaración del estado de alarma, por los contagios por COVID-19 que desgraciadamente se produjeron y que, aún a día de hoy, se siguen produciendo. Resulta evidente que la pandemia constituye un evento natural cuya génesis ninguna relación guarda con la acción humana y, por lo tanto, con actuación u omisión alguna desarrollada por parte de los querellados. Evento, por lo demás, extraordinario y cuyas consecuencias resultaban inicialmente ignoradas como consecuencia del estado de la ciencia, al igual que lo eran las medidas que pudieran resultar más idóneas al objeto de combatir la enfermedad. De ahí que no se pueda atribuir a la acción desarrollada por los querellados el desenlace finalmente acaecido, pues el reproche penal, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede construirse jamás de un modo objetivo, en atención a la mera producción de un resultado, pues, como ya hemos señalado más arriba, ello supondría una inadmisibile vulneración del principio de culpabilidad -*vid.* ATS nº

³ Al objeto de contrastar la claridad con que los distintos estatutos de autonomía y leyes sanitarias de las distintas comunidades y ciudades autónomas atribuyen competencias en materia de sanidad interior, y en particular en el ámbito de la prevención y tutela de la salud pública en caso de riesgo epidemiológico, se adjunta un recopilatorio legislativo como ANEXO 1 y ANEXO 2, sin otro ánimo que auxiliar al Tribunal.

1577/2015, de 10 de diciembre; STS nº 360/2013, de 1 de abril; STS nº 133/2013, de 6 de febrero-.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*, de ahí que, como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*.

Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Una vez más se entiende que, trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho que nos ocupa, se aprecia ya en este momento procesal, la imposibilidad de afirmar que, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, los querellados pudieran haber desarrollado actuación alguna que pudiera evitar los desgraciados efectos producidos por la pandemia generada por la COVID-19.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisan actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo podría haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados hayan infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirles comportamiento omisivo de ningún tipo

cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con miles de delitos de homicidio.

Como recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica”.

Resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir al Presidente de Gobierno y al resto de miembros que lo integran, miles de muertes sin identificar suficientemente a las

víctimas, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios traen causa de la supuesta inacción del Gobierno, los concretos deberes jurídicos infringidos por los querellados en relación a cada uno de los resultados acaecidos, así como las razones por las que la adopción de otras medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido. Razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querrela presentada.

Tampoco se ha justificado siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece palmario que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado, extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las múltiples muertes que se les imputan.

Debe subrayarse, además, que no resulta cierto que los querellados no desarrollaran actuación alguna con anterioridad al 14 de marzo de 2020, pues resulta fácilmente comprobable que el Gobierno, y en particular el Ministerio de Sanidad, desarrolló diversas actuaciones dentro del limitado marco de sus competencias en materia de coordinación de la sanidad interior, según aparece publicado en el siguiente enlace de la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.msbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>. Así:

- En fecha 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, informó a las comunidades autónomas -vía sistema de Alertas y Respuesta Rápida- acerca de la existencia de la enfermedad de COVID-19.

- En fecha 23 de enero 2020 la Ponencia de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta realizó el primer protocolo de actuación conjunta ante la aparición de posibles casos sospechosos en España.

- En fecha 30 de enero de 2020, una vez declarada por la OMS la Emergencia de Salud Pública de Impacto Internacional, España ya cumplía con las recomendaciones ofrecidas -ya disponía de una red de vigilancia activa que informaba periódicamente a los organismos internacionales.

- En fecha 30 de enero de 2020 se celebró la primera sesión conjunta con las comunidades autónomas.
- En fecha 4 de febrero de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la creación de un Comité de Coordinación Interministerial ante la amenaza para la salud pública producida por la COVID-19.
- El mismo día 4 de febrero se convocó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con presencia de todos los consejeros autonómicos.
- El 13 de febrero de 2020 se convocó una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.
- El 25 de febrero de 2020 la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, de la que forman parte todas las comunidades autónomas, decidió modificar la definición de “caso” en nuestro país.
- Aquel mismo día se celebró una nueva reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.
- El 1 de marzo de 2020 se adoptaron diversos acuerdos junto a las comunidades autónomas: celebración a puerta cerrada de todas las competencias deportivas profesionales en que participaran equipos de zonas de riesgo; medidas para preservar la salud del personal sanitario.
- En la noche del 8 de marzo de 2020 se comunicó por las Comunidades Autónomas un incremento del número de contagios: 294 contagios en Madrid y 1000 en toda España-. Al día siguiente, 9 de marzo, se celebró una sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se aprobó un conjunto de medidas sanitarias: medidas de distanciamiento poblacional en los centros educativos, laborales y sociales; suspensión de la actividad docente; promover el teletrabajo; cancelación de actividades en espacios cerrados con más de mil personas; control de aforo de eventos; precauciones en el cuidado de personas vulnerables.
- El 12 de marzo de 2020 se aprobó el RDL 7/2020, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, en el que se contemplaban medidas económicas extraordinarias para reforzar el sistema sanitario.

El resumen de actuaciones antes expuesto resulta sumamente relevante en orden a rechazar las afirmaciones de los querellantes acerca de que por parte de los miembros del Gobierno de España no se adoptaron acciones para la gestión de la crisis sanitaria con anterioridad a la aprobación del RD 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, extremo este que permite afirmar que la actuación del Gobierno no resultó en ningún caso arbitraria o poco diligente.

Por lo demás, en cuanto a la acción desarrollada por el Gobierno a partir del día 14 de marzo de 2020, tras la declaración del estado de alarma con arreglo al RD 463/2020, lejos de dirigirse a objetivos muy alejados de la protección de la salud ciudadana, cuando no inspirada por motivos espurios, según alega el propio querellante- resultó efectivamente copiosa y, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, idónea o, al menos, razonable para contener la pandemia. Y ello tanto desde una vertiente *ex ante*, como también desde una perspectiva *ex post*, pues lo cierto es que hasta la fecha no se han hallado otras alternativas efectivas frente al contagio de COVID-19, al margen de las medidas de confinamiento, prevención e higiene impuestas por el Gobierno, igualmente idóneas para paliar o mitigar los efectos de aquella enfermedad. Basta con analizar el contenido del BOE a partir del día 14 de marzo de 2020, y hasta la actualidad, para apreciar la ingente actividad desarrollada por el Gobierno de España con la aprobación de cientos de normas dirigidas a tutelar la vida y la integridad de todos los ciudadanos residentes en nuestro país.

En definitiva, el hecho de que fueran posibles otras alternativas al objeto de frenar la pandemia, en ningún caso permite concluir que la actuación de los querellados resultara poco diligente, y mucho menos que supusiera la infracción del mandato que como garantes les pudiere resultar exigible, de suerte que la omisión de aquellas medidas que los querellantes hubieran preferido que se adoptaran justifique equiparar la actuación de los querellados con un comportamiento activo de naturaleza homicida, conclusión ésta, por lo demás, avalada por la convalidación por el Congreso de los Diputados de la actuación desarrollada por el Gobierno de España.

4) Actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas del 8 de Marzo de 2020 con ocasión del “Día Internacional de la Mujer”.

Según se infiere de la lectura sistemática del art. 21.2 CE y de los arts. 8 y 10 de la LO 9/1983, de 15 de julio, la celebración de una manifestación no precisa más que su previa comunicación a la

autoridad gubernativa. Tan solo en aquellos casos en que existan *“razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público”* podrá el Delegado/a del Gobierno prohibir su celebración.

Resulta sumamente relevante precisar que los Delegados del Gobierno no ostentan competencias en materia sanitaria. Es suficiente para advertir que dicha afirmación no admite discusión el contenido del art. **73** de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen jurídico del sector público*, en donde se relacionan las distintas facultades y competencias que el legislador atribuye a los mismos, y que -en síntesis- se circunscriben al ámbito del orden público y de representación del Gobierno.

Tales consideraciones permiten extraer las siguientes conclusiones:

- En fecha 8 de marzo de 2020 los miembros del Gobierno de España no ostentaban competencias para prohibir las manifestaciones que se celebraron a lo largo y ancho de España, pues lo cierto es que la competencia correspondía exclusivamente a los distintos Delegados del Gobierno, con los matices que más adelante se expondrán.

- Los Delegados del Gobierno únicamente gozan de la facultad de prohibir aquellas manifestaciones en que concurren razones de orden público, pues lo cierto es que las competencias para la adopción de medidas de protección de la salud pública corresponden a las comunidades autónomas, tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar. De ahí que pueda concluirse que la única administración competente en fecha 8 de marzo de 2020 para aprobar restricciones a la libertad de circulación o al derecho de manifestación por razones de protección de la salud pública correspondiera a las administraciones autonómicas.

- A la vista de lo anterior, resulta evidente que no es posible atribuir a los miembros del Gobierno de España responsabilidad por las manifestaciones y demás celebraciones del día 8 de marzo, pues lo cierto es que en aquella fecha no gozaban de facultad o competencia alguna asociada a la celebración de aquellos eventos, resultando por ello inviable atribuirles los resultados lesivos derivados de su celebración.

Debe precisarse que en el documento titulado “*Comparecencia sobre las actuaciones desarrolladas en relación con el Coronavirus (COVID-19)*”, publicado por el Ministerio de Sanidad en el enlace <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>, se da cuenta de las razones por las que la adopción de medidas de protección de la salud pública se aceleraron a partir del día 9 de marzo de 2020 en los siguientes términos: “*Fue en la noche del domingo 8 de marzo, como ya hemos contado, cuando se nos comunicó un importante incremento del número de casos en la Comunidad de Madrid. Esto, al contrario de lo que a veces se ha afirmado, habla bien del trabajo que se hizo y se sigue haciendo en esta comunidad para la detección de casos. Y yo quiero hoy ponerlo de manifiesto. Estos datos, que no se comunicaron de forma oficial hasta la mañana del lunes día 9, arrojaban un incremento de 294 casos en la Comunidad de Madrid, lo que dejaba la cifra total en nuestro país cerca de los 1.000*”.

Esta circunstancia resulta compatible y coherente con el hecho de que la mayoría de los querellados, sino todos, acudieran personalmente a las manifestaciones del 8M, algunos de ellos incluso acompañados por sus familiares, incluidos hijos e hijas, en algunos casos de cortísima edad. En definitiva, las reglas de la experiencia y la sana crítica invitan a pensar que solo quien cree que no existe riesgo alguno para su integridad y la de los suyos, o bien cree que se trata de un riesgo mínimo, se aventura a exponerse de aquel modo en que consta que lo hicieron buena parte de los querellados.

Todas las consideraciones apuntadas impiden atribuir relevancia criminal a la actuación de los querellados en relación a las manifestaciones celebradas con motivo del Día Internacional de la Mujer y al resto de eventos que tuvieron lugar en fechas próximas a aquella.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20315/20.

Querellante: **Central Sindical Independiente de Funcionarios (CESIF).**

Querellado: D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares:

La querella se interpone por delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. **316** y **317** CP y homicidio y lesiones imprudentes de los arts. **142** y **152** CP.

Sanciona el art. **142** CP *“al que por imprudencia grave causare la muerte de otro”*.

Sanciona el art. **152** CP *“al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones de los artículos anteriores”* (art. 147-151)

Sanciona el art. **316** CP a *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”*.

Sanciona el art. **317** CP la misma conducta reseñada cuando *“se cometa por imprudencia grave”*.

Con fecha 13 de mayo de 2020 la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) interpuso querella por los delitos indicados y contra la persona del Ministro de Sanidad.

Realizando una labor de síntesis de los hechos expuestos en la querella de los que el querellante extrae responsabilidades penales para el Ministro de Sanidad, vendrían a ser los siguientes:

- Comienza la querella con la referencia normativa al art. **14** de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y del RD 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, con el fin de justificar las competencias al respecto del Ministro de Sanidad.

- Refiere el querellante que, con carácter previo a la declaración del estado de alarma, el sindicato CSIF, había reclamado reiteradamente al Ministerio de Sanidad medidas preventivas necesarias para afrontar adecuadamente la enfermedad.

- Que el 17 de marzo de 2020 se solicitó por el presidente del CSIF al Ministro de Sanidad que dotase al personal sanitario de equipos de protección individual para garantizar la seguridad y la salud de dicho personal en el desempeño de sus funciones ante la existencia del grave riesgo de contagio por COVID-19.

- Que los diferentes responsables provinciales del sector de sanidad del CSIF también han solicitado de la Inspección de Trabajo que actúen ante la detección de riesgos para la salud de los trabajadores de determinados centros sanitarios en concreto, así se aporta con la denuncia escrito del responsable de sanidad del CSIF en Valencia de fecha 23 de marzo de 2020 dirigido a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, así como escrito de queja de 25 de marzo de 2020 presentado por la anterior ante el Síndic de Greuges.

- Que, en el Hospital la Fe de Valencia, las tres delegadas del CSIF dirigieron un escrito al director gerente del mismo, manifestando la carencia de equipos de protección, exigiéndoles información sobre el stock de material sanitario de prevención, que lo solicitara al Ministerio de Sanidad, así como test diagnósticos. Se aporta un listado de sanitarios fallecidos, publicado en la página web de la Cadena Ser.

- Que dos semanas después de la declaración del estado de alarma, los profesionales de la sanidad de toda España continúan sin los necesarios equipos de protección (guantes, gafas, batas, mascarillas, etc.).

- Que en Fuente de San Esteban (Salamanca) ha fallecido una profesional que presentaba síntomas; en el País Vasco en el Hospital de Galdakao (Bizkaia) el número de contagios sanitarios se incrementa a diario y en el centro de atención Primaria Levante-Sur de Córdoba ha fallecido un médico.

- Que la falta de protección del personal sanitario por no poner a disposición los equipos sucede la mayoría de los hospitales y centros sanitarios y se exponen como ejemplos los siguientes: Hospital General de Albacete, Hospital Virgen de la Salud de Toledo,

Hospital Ramón y Cajal de Madrid, Hospital Álvaro Cunqueiro de Vigo, Centro coordinador de Mariano Rojas de Murcia, Hospitales Valencianos y Hospital Provincial de Zaragoza.

- Se hace referencia no solo a la ausencia de equipos de protección, sino al carácter defectuoso de algunos de los adquiridos, en concreto a la compra de 50.000 test de detección por el Gobierno a la empresa china SHENZHEN BIOTECHONOLGY, que no cumplen con los requisitos de sensibilidad, así como que se procedió a repartir por el Ministerio de Sanidad un lote de mascarillas defectuosas, adquiridas a la firma China GARRY GALAXY modelo N95, entre todas las Comunidades Autónomas y que se estuvieron utilizando durante diez días. A esto último se añade que, como consecuencia del uso de dichas mascarillas defectuosas, se han detectado numerosos contagios entre el personal sanitario que las ha usado *“tal y como se refleja en los distintos medios de comunicación de nuestro país”*.

Como documento nº 17 se aporta un artículo del diario “El Mundo” en el que se recoge una entrevista con D^a Susana Martínez, médico de urgencias del Hospital Royo Villanova de Zaragoza, en relación a la utilización de las mascarillas defectuosas. En dicho artículo se asevera que *“el de Susana es el primer testimonio de un profesional sanitario que se ha demostrado contagiado tras usar la N95 defectuosa. Nunca se podrá saber si de infectó “por culpa” de la mascarilla, pero sí que “la probabilidad de contagio aumentó mucho” con ella”*.

- Se recoge un cronograma de las distintas actuaciones e informes de la OMS sobre el COVID-19, su evolución e incidencia, así como de las diversas notas de prensa del Ministerio de Sanidad referentes a la evolución de la situación generada por tal enfermedad.

En cuanto a los tipos penales de aplicación, considera el querellante los hechos constitutivos, como antes se indicó, de un delito contra los derechos de otros trabajadores por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales del **316** CP (tipo doloso) y en su defecto del art **317** CP (tipo imprudente), por incumplimiento de lo previsto en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, fundamentalmente referida a lo previsto en el art. 14 de la **Ley 31/95** de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales*, RD 664/1997, de 12 de mayo, *sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición da agentes biológicos*

durante el trabajo, y el RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

Asimismo, atribuye al querellado la comisión de delitos de homicidio y lesiones imprudentes (arts. **142** CP y **152** CP, respectivamente) por los sanitarios fallecidos o que sufrieran un menoscabo en su salud a consecuencia de la falta de medidas preventivo laborales.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada por CSIF, en tanto en cuanto resulta palmario que mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Salvo los casos en los que se ha efectuado alguna concreción (y a los que luego nos referiremos), dado que en la querella se generaliza y se refiere a los profesionales de la sanidad de toda España, no se determina ni cuándo se han producidos los hechos, en qué centros/s de trabajo, ni los concretos incumplimientos que en cada uno de ellos se ha producido, ni quién/quienes son los trabajadores afectados por el riesgo, ni cuál/cuáles son los equipos de protección personal que no se han proporcionado, lo cual hace no solo inviable y carente de toda lógica la investigación pretendida, sino que además se trataría de una investigación genérica proscrita en nuestro ordenamiento.

Se afirma en la querella que en Fuente de San Esteban (Salamanca) ha fallecido una profesional que presentaba síntomas;

en el País Vasco en el Hospital de Galdakao (Bizkaia) el número de contagios sanitarios se incrementa a diario y en el centro de atención Primaria Levante-Sur de Córdoba ha fallecido un médico.

Las referencias son igualmente genéricas, no se concreta la filiación de los fallecidos, la data y causa del fallecimiento, la relación entre la prestación de sus servicios, la falta de medios de protección, el supuesto contagio por COVID-19 y el fallecimiento, y no se aporta principio de prueba alguno más que la simple afirmación al respecto que venga a justificar mínimamente tales circunstancias.

Se enumeran asimismo los hospitales en los cuales faltan equipos de protección del personal sanitario, a saber: Hospital General de Albacete, Hospital Virgen de la Salud de Toledo, Hospital Ramón y Cajal de Madrid, Hospital Álvaro Cunqueiro de Vigo, Centro coordinador de Mariano Rojas de Murcia, Hospitales Valencianos y Hospital Provincial de Zaragoza. Otro tanto puede predicarse de las referencias a algunos hospitales en concreto, la afirmación genérica de la falta de medidas y la ausencia de elemento probatorio alguno, nos lleva necesariamente a la misma conclusión más arriba expuesta.

En lo que se refiere a la lista de sanitarios fallecidos, toda la prueba que se aporta al respecto es lo publicado en la página web de la Cadena Ser. Resulta evidente, que los hechos referidos en la querella están únicamente amparados en meras informaciones aparecidas en un medio de comunicación.

Ha de citarse la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (AATS 756/2014, de 17 de enero; 10168/2013, de 11 de octubre; 6609/2012, de 18 de junio; 6026/2011, de 31 de mayo, entre otros) conforme a la cual *“la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal para la investigación de los hechos descritos, si la querella que los incorpora, como es el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al Tribunal de una serie de*

informaciones difundidas públicamente a través de medios de comunicación”.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella formulada por la organización sindical CSIF (ATS de 11 de marzo de 2020). Lo genérico de la misma, que pretende ser una “*causa general*” contra el Ministro de Sanidad por la gestión de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, y la falta de principio de prueba aportada para apoyar los hechos objeto de la misma que justifiquen actividad de investigación alguna, evidencian que nos encontramos ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención del denunciado y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”, todo lo cual conlleva necesariamente su archivo.

No obstante lo anterior, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes o bien en cualquier otro.

3) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal se remite a los argumentos expuestos *supra* en relación con el precitado tipo penal analizado detalladamente en el informe emitido en la Causa Especial 3/20271/20.

A mayor abundamiento, en relación a las mascarillas defectuosas, debemos traer a colación la Resolución de 20 de marzo de 2020, *de la Secretaría General de Industria y de la pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE europeo*, se dicta como consecuencia de la escasez de EPI con marcado CE reglamentario en el mercado nacional y la necesidad de los mismos para la protección frente a la COVID-19.

La resolución, ante la situación excepcional manifestada, contempla cuatro escenarios para la aceptación de los EPI:

1. Marcado CE con norma armonizada.
2. Compra pública sin marcado CE, de mascarilla EPI que cumplan las especificaciones indicadas a continuación, previa autorización de Sanidad. En este caso estas mascarillas EPI sólo puede ser suministradas al personal sanitario.
3. Excepción temporal de aceptar la comercialización de mascarillas de protección sin marcado CE que cumplan las especificaciones indicadas a continuación, previo análisis de la autoridad Sanitaria como Autoridad Delegada o de una Comunidad Autónoma como autoridad de Vigilancia del mercado de forma temporal mientras se realizan los procedimientos necesarios para poner el marcado CE. Las autoridades citadas deberán comprobar que el producto dispone de los documentos que garantizan que el producto cumple las especificaciones indicadas a continuación y que existe una solicitud de evaluación remitida a un organismo notificado.
4. Marcado CE con otra especificación técnica distinta de las normas armonizadas.

En el ordinal segundo de la Resolución se procede a indicar que se aceptan las especificaciones NIOSH y chinas siguientes, con el detalle y requisitos que se especifican a continuación:

1. NIOSH_USA. El proceso de certificación para las mascarillas N95 considerando las diferencias tanto en los parámetros de los ensayos de filtración como en los agentes de ensayo empleados, para el caso de la protección biológica en los que no es esperable la presencia de bioaerosoles con base de aceite, puede a los efectos de esta resolución equivaler a las europeas como se indica en la siguiente tabla.

Certificación UE	Certificación NIOSH
FFP2	N95, R95, P95
FFP3	N99, R99, P99, N100, R100, P100

Una mascarilla "Surgical N95" sería comparable a una mascarilla de uso dual (EPI+PS). En este caso se tiene la ventaja de que se puede acceder desde el siguiente enlace del CDC a un listado:

<https://www.cdc.gov/niosh/npptl/topics/respirators/cel/default.html>.

Este listado permite comprobar si una mascarilla está certificada NIOSH, lo cual puede ser de utilidad.

2. KN95_China. En el caso de las mascarillas FFP2-N95 adquiridas a la empresa GARRY GALAXI, estaríamos en el supuesto contemplado en el escenario 2 “*Compra pública sin marcado CE*”, por lo que deberían cumplir con las especificaciones requeridas para la certificación NIOSH_USA, previa autorización del Ministerio de Sanidad. El escenario 3 vendría referido a la comercialización de mascarillas de protección sin marcado CE, supuesto diferente y que conlleva unos requisitos diferentes.

En relación con la compra de las mascarillas N95, la Resolución lo que indica es que se cumplan las especificaciones contempladas en el número segundo y que exista una previa autorización de Sanidad. Estas mascarillas solo podrán suministrarse al personal sanitario. No se establece ningún procedimiento de evaluación del material, por lo que únicamente habría que comprobar si con la documentación técnica aportada por el fabricante, importador o suministrador, se estima que el material reúne los requisitos exigidos.

En el caso de que la documentación entregada por el fabricante, importador o suministrador no fuere correcta, esto podría llevar a producir un error al comprador que, a menos que hiciera una evaluación o análisis de las mascarillas, no podría saber si realmente cumplen con alguna clasificación indicada en la norma UNE-EN 149:2001+A1:2100. En este caso, la responsabilidad no se focalizaría en el comprador sino en el fabricante, importador o suministrador, en cuyo caso habría que acudir a lo dispuesto en el art. 41.1 de la **Ley de Prevención de Riesgos Laborales** que dispone "*Los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos u útiles de trabajo están obligados a asegurar que éstos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos. (...) Los fabricantes, importadores y suministradores de elementos para la protección de los trabajadores están obligados a asegurar la efectividad de los mismos, siempre que sean instalados y usados en*

las condiciones y de la forma recomendada por ellos. A tal efecto, deberán suministrar la información que indique el tipo de riesgo al que van dirigidos, el nivel de protección frente al mismo y la forma correcta de su uso y mantenimiento. Los fabricantes, importadores y suministradores deberán proporcionar a los empresarios, y éstos recabar de aquéllos, la información necesaria, para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como para que los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de los trabajadores”.

Posteriormente, vio la luz la Resolución de 23 de abril de 2020, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa referente a los equipos de protección individual en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Dicha Resolución se dicta con la finalidad de que, ante la situación actual de escasez de Equipos de Protección Individual (EPI) con el marcado CE reglamentario en base a normas armonizadas, es necesario ampliar el listado de normas consideradas como equivalentes y hacer extensivo lo establecido en la Resolución de 20 de marzo de 2020, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE europeo, no sólo a las mascarillas de protección, sino a otros EPI y que, adicionalmente, es necesario clarificar las autoridades referenciadas en la citada resolución. Esta resolución, además de dejar sin eficacia la Resolución de 20 de marzo de 2020, establece una regulación más detallada respecto de los supuestos de aceptación de otros EPI sin marcado CE reglamentario en base a normas armonizadas.

A mayor abundamiento, del examen de la Plataforma de contratación del Sector Público (de carácter oficial, y público acceso también para el querellante) se infiere sin dificultad alguna que el contrato administrativo al que se alude por los querellantes resulta ser el adjudicado por el Ministerio de Sanidad en favor de la empresa *Hangzhou Ruining Trading Co Ltd* en el seno del expediente de contratación núm. 202009PJ0006, cuyo objeto aparece detallado en los siguientes términos: *“Contratación de emergencia para el suministro de las mascarillas FFP2 para coronavirus Covid-19, en virtud del real decreto – ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del covid-19”.*

Así, en primer lugar, si se analiza la documentación relativa a la contratación para la adquisición de las mascarillas FFP2 N95 a la empresa GARRY GALAXI, se observa en la “memoria justificativa de la contratación de emergencia con Hangzhou Ruinning Trading Co. Ltd., para el suministro de mascarillas de protección respiratoria FFP2 para coronavirus COVID-19, en virtud del Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19” que el objeto del contrato es la adquisición a la empresa HANGZHOU RUINNING CO., LTD de mascarillas de protección respiratoria FFP2:

- 2.100.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2 - *Manufacturer: Garry Galaxy Biothechnology Co., Ltd.*
- 700.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2 - *Manufacturer: He Nan YADU Industrial Co. Ltd.*
- 6.000.000 unidades FACE MASK, TYPE FFP2 - *Manufacturer: Shangay Dasheng Health Productos Manufacture Co. Ltd*

A continuación, en la citada memoria, se da cumplida justificación de la necesidad del contrato, los aspectos clínicos del mismo, así como de la elección del procedimiento de contratación, forma de tramitación y justificación del presupuesto.

En cuanto al pliego de adjudicación del contrato, la entidad adjudicataria es la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, cuya titular resulta ser, a tenor de la carta de fecha 21 de abril de 2020, Patricia Lacruz Gimeno. Las funciones de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia se encuentran recogidas en el art. 4 del RD 454/2020, de 10 de marzo.

En carta fechada el 21 de abril de 2020, la citada Directora General de cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, Patricia Lacruz Gimeno, dirigida a la empresa HANGZHOU RUINNING TRADING CO LTD, les comunica que, tras el análisis de las mascarillas y, con respecto al lote con referencia 20200324 201201, por parte del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el mismo no cumple con ninguna clasificación indicada en la norma UNE-EN 149: 2001+A1: 2010 y que la eficacia media de

filtración es del 70%. En base a ello se les requiere para el cese de suministro de cualquier tipo de material del fabricante GARRY GALAXY al Ministerio de Sanidad de España, así como la reposición a la mayor brevedad posible en su integridad de las mascarillas FFP2 retiradas, así como las restantes no suministradas. Este suministro se realizará con empresa/s, fabricante/s autorizada/s por el gobierno chino que cumpla los estándares de calidad requeridos tras la oportuna validación técnica de la documentación presentada y la aceptación de la mismas.

Por lo tanto:

1º) De lo recogido en el contrato administrativo nº de expediente 202009PJ0006 se observa que el Ministro de Sanidad no tomó parte en la adjudicación del contrato a la empresa adjudicataria. La adjudicación se realiza por la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, cuya titular es D^a Patricia Lacruz Gimeno, órgano este integrado en la Secretaría General de Sanidad (art. 1 RD 454/2020, de 10 de marzo), A mayor abundamiento, nada hacer suponer o indica que, en la recepción de las mascarillas, así como en su posterior distribución tomará decisión alguna al respecto el Ministro de Sanidad.

2º) Respecto a la distribución de las mascarillas, se advierte que lo solicitado a GARRY GALAXY son mascarillas FFP2, por lo que no se deriva ningún tipo de responsabilidad penal en la autoridad sanitaria, ya que no incumplió ningún procedimiento establecido en la adquisición de las citadas mascarillas y la defectuosidad de las mismas estaba en ese momento fuera de su conocimiento (en la Resolución de 20 de marzo de 2020 no se exige una evaluación de las mismas, sino únicamente que cumplan las especificaciones que en ella se indican). Además, todo ello hay que situarlo en el contexto de aquellas fechas, con una escasez muy importante de equipos de protección en los mercados nacionales e internacionales, así como la premura para la adquisición y distribución de los mismos.

Si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

Por último y en cuanto a la mención realizada por la querellante en la ampliación de la querella referida a los test defectuosos

adquiridos a la empresa de nacionalidad china *SHENZEN BIOEASY BIOTECHNOLOGY*, del examen de la Plataforma de contratación del Sector Público (de carácter oficial, y público acceso también para la denunciante) se infiere sin dificultad alguna que el contrato administrativo al que se alude en la querella resulta ser el adjudicado por el Ministerio de Sanidad en favor de la empresa *INTERPHARMA*, en el seno del expediente de contratación núm. 202009PJ0001, cuyo objeto aparece detallado en los siguientes términos: “*Contratación de emergencia para el suministro de kits diagnósticos para coronavirus COVID-19, en virtud del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*” (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqxCoAgEADQr2m-mwMHh6ChqiAob4kipY5OcxCP8cHDwgOoMRVbi7yJdZm50PIKuntfSisGk6VSwpfLcAOBCR-qApuxLxNz4111urS9q4LdkjWGMgx2h-Y1NMP/>).

El análisis de la documentación publicada por el Ministerio de Sanidad, singularmente el de su memoria justificativa (enlace: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/3af48842-6bc1-447d-a4a7-93eb74f66829/DOC20200421142446MEMORIA+INTER+PHARMA.pdf?MOD=AJPERES>), permite concluir que el referenciado contrato resultó adjudicado con arreglo al procedimiento de emergencia, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*, así como del RDL 8/2020, de 17 de marzo, sin que exista dato o elemento alguno que permitan duda de su licitud.

Resulta, pues, que el contrato fue adjudicado a la empresa *INTERPHARMA*, siendo esta la que se comprometió a adquirir test idóneos para el diagnóstico rápido de COVID-19. Y, por lo tanto, resultando esta la empresa que, con claro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, adquirió de una mercantil de origen chino productos defectuosos, haciéndolo en términos que, en realidad, se ignoran, pues más allá de que los test resultaron defectuosos, no se aporta ningún otro dato por parte de la denunciante que arroje luz acerca de los términos en que se desarrolló aquella adquisición ni, desde luego, acerca de la diligencia empleada por la mercantil *INTERPHARMA*.

En cualquier caso, debe precisarse que no existen razones que permitan, ni tan siquiera indiciariamente, atribuir la ejecución de delito contra los derechos de los trabajadores alguno al Ministro de Sanidad por la hipotética distribución de test defectuosos entre los sanitarios,

que nada tiene que ver en su adquisición, pero es que además resultan incontrovertidas las siguientes afirmaciones:

- No consta que ninguno de los test defectuosos adquiridos por el Ministerio de Sanidad hubiera llegado a ser suministrado o distribuido entre los profesionales sanitarios. No existiendo por ello elemento alguno que permita afirmar que por parte del Ministerio de Sanidad se puso en peligro el bien jurídico tutelado.

- La conducta desarrollada por el Ministerio de Sanidad consistió en adjudicar a la mercantil INTERPHARMA la adquisición de material sanitario, resultando dicha empresa quien procedió posteriormente a realizar las tareas oportunas al objeto de adquirir e importar dichos productos. De ahí que, si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

- Al objeto de valorar la diligencia desarrollada por el Ministerio de Sanidad resulta sumamente relevante analizar el contenido de la resolución suscrita por Patricia LACRUZ GIMENO, en su condición de Directora General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, del Ministerio de Sanidad, de fecha 8 de abril de 2020, publicada en el siguiente enlace del Ministerio de Sanidad: <https://sede.mscbs.gob.es/verificacionCSV/home.do> (clave acceso CSV: YTCCT-KMDFK-7Y7GX-XWSTJ)

“(...) Con fechas 21 y 25 de marzo de 2020 se han producido las dos primeras entregas de las cuatro previstas para el citado suministro, habiéndose incluido en la segunda de ellas distintos kits de técnica rápida de detección de antígenos del SARS-CoV-2 de la empresa BIOEASY, 2012-nCoV Ag TEST FLUORESCNCE IC ASSAY, ante los problemas de sensibilidad advertidos en los test incluidos en la primera partida.

El Instituto de Salud Carlos III, tras realizar los correspondientes estudios de fiabilidad de los test suministrados, ha concluido en su informe de 24 de marzo de 2020 que “la sensibilidad de la prueba rápida 2019-nCoV Ag TEST KIT es muy inferior en nuestro medio a lo que indica la validación clínica por la que se

obtuvo el marcado CE (24,3% en nuestro medio vs 83% del marcado CE)” y en su informe de 30 de marzo de 2020 que “la sensibilidad de la prueba rápida 2019-nCoV Ag Test Fluorescence IC Assay TEST KIT es inferior en nuestro medio a lo que indica la validación clínica por la que se obtuvo el marcado CE (57,8% en nuestro medio vs 92% de la validación clínica presentada por el fabricante)”.

En consecuencia, no siendo los bienes suministrados aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables a INTER PHARMA y existiendo la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastante para lograr aquel fin, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 120.1 d) y 305.3 de la LCSP, este órgano de contratación:

1.RECHAZA los bienes entregados dejándolos de cuenta de INTER PHARMA; quedando este órgano de contratación exento de las obligaciones de recepción y pago por el resto de suministro.

2.REQUIERE a INTERPHARMA para la recuperación del precio satisfecho que asciende a 6.998.035 euros (IVA incluido), correspondiente a las facturas nº 120/2117, nº 120/2191, nº 120/2215”.

Este documento resulta sumamente relevante, pues permite concluir que el Ministerio de Sanidad tomó precauciones al objeto de verificar, antes de proceder a su distribución el material sanitario adquirido, extremo que se infiere con toda claridad de la circunstancia de que, a pesar de haber sido recibido el primer suministro en fecha 21 de marzo de 2020, ya el día 24 de marzo de 2020 el Instituto de Salud Carlos III, del Ministerio de Sanidad, concluyera aquella evaluación detectando el carácter defectuoso de aquellos productos.

De ahí que, si convenimos en que la única conducta que pudiera presentar indicios de tipicidad es, precisamente, la consistente en importar productos sanitarios defectuosos, su atribución debiera efectuarse, en todo caso, a aquella mercantil.

4) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que en relación a estos delitos han sido expuestos *supra* en el marco de la Causa Especial 3/20271/20.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20318/20.

Querellante: D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y demás integrantes del Consejo de Ministros.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. **316** y **317** CP, lesiones imprudentes del art. **152** CP y prevaricación administrativa del art. **404** CP

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”.

Sanciona el art. **316** CP a “*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*”.

Sanciona el art. **404 CP** a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

La querella se interpuso el 13 de mayo de 2020 y en ella se afirma, en síntesis, que los miembros del Gobierno de España, con manifiesta infracción de las más elementales normas de diligencia, promovieron la celebración de la manifestación del 8 de marzo, a pesar de conocer el grave riesgo para la salud pública que ello implicaba, circunstancia que motivó que miles de ciudadanos contrajeran la enfermedad COVID-19.

Asimismo, reprocha a los querellados que su inacción haya ocasionado más de 260.000 contagios y 60.000 muertes.

Por último, el querellante afirma que la falta de previsión y actuación del Gobierno de España condujo a la existencia de una situación de escasez de medios, en particular de guantes, mascarillas y batas, extremo que motivó la muerte de 60 médicos, enfermeras y personal sanitario, así como de diversos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y del Ejército.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313 LECrim**, procede la inadmisión a trámite de la querella, en tanto en cuanto mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de

los hechos atribuidos al Presidente y demás integrantes del Gobierno de España. La responsabilidad criminal se les atribuye de una forma difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión del querellante resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal.

Asimismo, el querellante no precisa la identidad de las personas fallecidas o lesionadas, al igual que tampoco las circunstancias en que se produjo el fallecimiento o la lesión de cada una de ellas, ni -desde luego- las razones que permiten imputar el resultado lesivo acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, el querellante se limita a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes y lesiones sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida. Tampoco precisa el querellante la hipotética resolución cuya falta de aprobación merecería ser calificada como prevaricación omisiva.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella pues, como nos recuerda el ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019).

En fin, trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, no cabe sino concluir que procede la inadmisión a trámite de la querella, pues el querellante se limita a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las diversas muertes y resultados lesivos acaecidos a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en

exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por el querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que sobre los delitos precitados han sido desarrollados *supra* en el informe relativo a la Causa Especial 3/20265/20.

4) Análisis del delito de prevaricación administrativa, ejecutado en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que sobre el delito de prevaricación han sido desarrollados *supra* en el informe relativo a la Causa Especial 3/20251/20.

5) Análisis de la actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas el día 8 de Marzo 2020 con ocasión del “Día Internacional de la Mujer”.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que sobre este particular han sido desarrollados *supra* en el informe relativo a la Causa Especial 3/20259/20.

6) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

Respecto de este tipo penal, debe subrayarse desde un primer momento que no se identifica en momento alguno por el querellante la comisión de los concretos hechos delictivos imputados, resultando por ello sencillamente imposible determinar la autoría de los mismos y su posible relevancia criminal, habida cuenta de los cambios competenciales producidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Así, debe subrayarse que el acopio y puesta a disposición de los materiales y equipos de protección individual con anterioridad a la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, resultaba -por lo general- una competencia propia de las comunidades autónomas. Mientras que, a partir del 14 de marzo de 2020, cabría concluir que pasó a convertirse en una competencia compartida.

Tampoco se infiere del contenido de la querella que se haya producido ni grave infracción de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni tampoco un correlativo riesgo, concreto y grave, para la vida y salud de los trabajadores, en los términos exigidos por los arts. **316** y **317** CP.

Asimismo, se desconoce quién o quiénes -aun genéricamente- son los trabajadores expuestos al riesgo, en qué centros prestaban sus servicios y, ante todo, qué nexo causal existía entre la situación de riesgo a la que los mismos pudieran haber sido expuestos y la actuación desarrollada por los querellados.

En definitiva, elementos todos ellos que permiten afirmar que lo que en realidad pretende el querellante es que se desarrolle una investigación a todas luces prospectiva, al objeto de fiscalizar la actuación desarrollada por el Gobierno de España en relación a la posible comisión, en abstracto y de modo genérico, de alguno o varios delitos contra la seguridad e higiene de los trabajadores.

Por lo demás, debe precisarse que resulta difícil concebir, incluso en abstracto, que alguno de los querellados pudiera ostentar materialmente la condición de sujeto activo del delito, pues, como nos recuerda la Sentencia nº 208/2019, de 18 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (recurso núm. 312/2019), *“a la delegación de funciones en el ámbito empresarial se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, en la que se declara que no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución*

de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor de exonerar de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la funciones y que disponen de medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar [...] 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”.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de análisis, parece impensable que alguno de los ministros querellados pudiera desarrollar personalmente funciones en materia de prevención de riesgos laborales, resultando inconcebible que pudieran tener personal conocimiento de las concretas situaciones de riesgo para la vida o integridad de alguno o varios trabajadores que pudieran haber llegado a producirse, de ahí que resulte lógico descartar que los querellados pudieran ostentar un auténtico dominio del hecho sobre las concretas situaciones de peligro que pudieran haberse llegado a producir como consecuencia de la escasez de equipos de protección individual.

Por consiguiente, no cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a los querellados en base a criterios meramente formales y objetivos de atribución de responsabilidad, pues, como se indica en la STS nº 642/2001, de 10 de abril, *“no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que “será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación” (FJ 1º)”.*

Interpretación ésta análoga a la desarrollada por la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, en su Auto nº 38/2020, de 16 de junio (recurso núm. 3/2020), cuando dispone: *“La entidad denunciante, parte de un hecho notorio, cual es el de un elevado número de profesionales*

sanitarios contagiados por el COVID-19 en Andalucía. De este dato infiere que hayan existido causas imputables a los responsables políticos y autoridades sanitarias, por incompetencia, incapacidad de coordinación, insuficiencia de instalaciones, errores en la gestión para la obtención de material de protección o falta de medios humanos, y en consecuencia plantea la posibilidad de un delito de los arts. 316 a 318, por infracción dolosa o imprudente de la normativa de seguridad en el trabajo. [...] No se concreta, sin embargo, un comportamiento personal del único aforado ante esta Sala, que revelase que teniendo el dominio del hecho (es decir, teniendo la posibilidad cierta de comportamientos alternativos acordes con la normativa penal), hubiese infringido dolosa o imprudentemente la normativa de prevención de riesgos laborales. Es obvio que no basta con decir que no contó con prontitud con los más perfeccionados equipos de protección individual para los sanitarios, como personas expuestas a un especial riesgo de contagio. De esa constatación podrán deducirse consecuencias jurídicas como la responsabilidad laboral o civil, cuando se haya constatado el padecimiento de un daño (contagio, dolencias o muerte) típicamente ligado al incremento de riesgo derivado de una insuficiencia de medios adecuados de protección. Pero para que exista responsabilidad por los tipos penales indicados sería preciso identificar al menos indiciariamente, una infracción (generalmente mediante un acta de inspección laboral) determinada por la decisión consciente del (en nuestro caso) Consejero de Salud y Familia, de no hacer lo que debía y podía hacer, o por una desatención o descuido que pudiera calificarse como gravemente imprudente, evitable con la diligencia exigible según las circunstancias” - Vid. en idéntico sentido el Auto de la Sala Civil y Penal del TSJ de Castilla y León nº 25/2020, de 3 de julio (recurso núm. 20/2020).

En definitiva, parece claro que el criterio del “*dominio del hecho*” es fundamental en orden a atribuir la cualidad de sujeto activo por los delitos contra los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, las eventuales responsabilidades penales derivadas de la posible infracción de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Resultando inimaginable que, en el presente caso, atendida la compleja organización de la administración sanitaria en los distintos territorios y centros de trabajo, pueda concebirse que el Ministro de Sanidad tuviera “*el control del riesgo*” de cada centro de trabajo en el que supuestamente no se proporcionaron las medidas de seguridad, y respecto a cada trabajador cuya vida o integridad física pudiera haber llegado a estar en peligro.

Por lo demás, debe precisarse, a los meros efectos dialécticos, que, aun para el caso de constatarse que, en efecto, se hubieran llegado a producir situaciones en que la salud e integridad de los trabajadores pudiera haber llegado a peligrar, fruto del riesgo de contagio de COVID-19, resulta notorio que la escasez de los equipos de protección individual no podría resultar atribuible al Ministerio de Sanidad, pues son de general y público conocimiento las dificultades que existieron al objeto de lograr la adquisición de aquellos productos, atendida la coyuntura internacional.

Claro ejemplo de las dificultades que existieron en relación a la adquisición de equipos de protección individual, particularmente de mascarillas, resulta la propia Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, *por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*, en que se venía a disponer la necesidad de tramitar por el procedimiento de emergencia la adquisición de los equipos de protección individual. O en idéntico sentido la Orden TMA/292/2020, de 26 de marzo, *por la que se regula una segunda adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*.

Finalmente, parece oportuno recordar que la paralización de las actividades esenciales resultaba a todas luces inviable, atendida la colisión de bienes jurídicos en juego. De una parte, la seguridad e integridad individual de los trabajadores y, por otra, la salud pública o colectiva. Como nos recuerda el Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (caso Personalrat Der Feuerwehr Hamburg) dictado en fecha 14 de julio 2005, “*cuando existan circunstancias excepcionales de gravedad y magnitud, el objetivo de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de intereses públicos como el orden, la salud y la seguridad públicos, debe prevalecer provisionalmente sobre aquel otro consistente en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destinados en los equipos de intervención y de socorro*” (§61).

Criterio asimismo reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 12 de enero de 2006, “*En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud, así como de la seguridad colectiva, y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la*

Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores” (§27).

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados, ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

El archivo de esta causa especial conllevará asimismo el de las **Diligencias de Investigación 18/2020 y 27/2020** de la Fiscalía del Tribunal Supremo que se hallan incorporadas a esta causa especial en base al art. 773 inciso último de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como se solicitó por el Ministerio Fiscal al inicio de este dictamen (apartados 1º y 2º de este escrito – pág: 2 y 3 del mismo).

Causa especial 3/20329/20.

Querellante: D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delito de **prevaricación administrativa** del art. 404 CP

Sanciona el art. 404 CP a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

La querella se interpuso el 21 de mayo de 2020 y en ella el querellante afirma que la Orden ministerial, SND/422/2020, de 19 de mayo, aprobada por el segundo de los querellados en su condición de Ministro de Sanidad, con el beneplácito del Presidente del Gobierno, impuso una inadmisibile vulneración de derechos fundamentales, fruto de la imposición del uso obligatorio de la mascarilla en determinados supuestos.

Asimismo, siempre según el querellante, los querellados, con manifiesta infracción del art. 53 de la Ley 53/2015, *del Procedimiento Administrativo Común*, habrían ocultado deliberadamente la identidad de los expertos en sanidad que asesoraron al Gobierno de España durante el Estado de Alarma.

En fecha 22 de junio de 2020 la representación procesal de D. José Luis Mazón presentó un nuevo escrito por el que solicitaba se le tuviera por desistido de la querella *“en cuanto a la imposición de mascarillas”*, afirmando, asimismo, *“que la condición del querellante es de PERJUDICADO por la negativa a divulgar la composición de la comisión de Sanidad, en cuya información todos los ciudadanos estamos interesados y no actuó por tanto en defensa del derecho de un tercero”*.

El querellante no ha aportado en momento alguno el poder especial para pleitos reclamado por Providencia de fecha 3 de junio de 2020, extremo que debiera conducir a negar a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la condición de querellante, teniéndole por mero denunciante.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal procede la inadmisión a trámite de la querella y el archivo de plano de las actuaciones pues ninguno de los hechos referidos por el querellante son constitutivos de ilícito penal.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse

en el tipo penal propuesto por el querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito de prevaricación administrativa.

En cuanto a la aprobación de la Orden Ministerial, SND/422/2020, de 19 de mayo, el querellante no precisa la calificación jurídica que a su juicio debiera merecer tal aprobación, si bien parece lógico inferir, a la vista de que tilda de “*arbitrario*” el contenido de la misma, que en su opinión los hechos debieran ser calificados como prevaricación administrativa del art. **404** CP.

En cualquier caso, resulta notorio que la aprobación de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, no reúne en ningún caso los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art. 404 CP.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario: a) en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; c) en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y e) en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)”.*

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019,

de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de autos, resulta evidente que la aprobación de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, no reúne los requisitos típicos descritos por el art. 404 CP.

Así las cosas, abstracción hecha de la controversia acerca de si las disposiciones de carácter general, y en particular los reglamentos y normas con rango reglamentario, gozan de la condición de resolución en asunto administrativo, resulta evidente que no existe dato o elemento alguno que permita concluir, ni tan siquiera con carácter indiciario o provisional, que la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, resulte contraria al ordenamiento jurídico y mucho menos *“arbitraria”*.

Ciertamente, el hecho de imponer con carácter obligatorio el uso de mascarillas supone una restricción de la libertad. No obstante, se trata de una restricción lícita, proporcionada y legítima, adoptada al objeto de preservar la salud pública de todos los ciudadanos, en el marco de las competencias de que resultaba titular el autor de la orden.

Similares consideraciones conducen a concluir que no existe dato o elemento alguno que permita considerar que los denunciados habrían incurrido en prevaricación omisiva al negarse a facilitar la composición de los expertos en sanidad que asesoran al Gobierno de España durante el estado de alarma.

En primer lugar, debe precisarse que el querellante no aporta principio de prueba alguno que justifique la veracidad de sus afirmaciones, pues, al margen de no aportar documentos de los que inferir que el Gobierno, o la Administración del Estado, se hubieran negado a ofrecer aquellos datos en el seno de procedimiento alguno, lo cierto es que en el artículo de opinión que se adjunta al texto de la querella, se indica la identidad de aquellos expertos, apostillándose que la misma resultó ofrecida por el Presidente del Gobierno en fecha 1 de febrero de 2020.

Se limita en realidad el querellante a articular su reproche en torno a la circunstancia de que D. Fernando Simón Soria se negare a ofrecer en rueda de prensa la identidad de aquellos expertos. Actuación a todas luces atípica.

Ciertamente el art. **53.1 b)** de la Ley **39/2015**, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante LPAC), impone a la Administración la obligación de informar a los interesados, en el seno de los procedimientos administrativos, acerca de la identidad de los responsables de su tramitación.

Dicho deber se circunscribe, pues, a la obligación de ofrecer la identidad de los responsables de la tramitación de los procedimientos administrativos incoados con arreglo a lo preceptuado por los arts. **54** y ss. LPAC, no imponiendo el art. **53.1.b)** LPAC una obligación genérica de identificar cualesquiera actuaciones desarrolladas por autoridades y/o funcionarios públicos, tal y como parece pretender el querellante, y mucho menos un concreto deber de ofrecer datos o informaciones en rueda de prensa.

No se alcanza, así, a comprender qué norma habrían infringido los querellados, y mucho menos, qué resolución habrían dictado, al negarse D. Fernando Simón a ofrecer los datos antes referenciados en rueda de prensa, pues no debe olvidarse que el delito de prevaricación no solo exige que el acto desarrollado resulte contrario a Derecho, sino además que nos encontremos ante una resolución considerada *arbitraria*.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo pacífico, que la “*arbitrariedad*” es el elemento que singulariza a la prevaricación administrativa frente al ilícito administrativo.

A pesar de que la “*arbitrariedad*” constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado con solvencia los contornos de dicho elemento típico, concluyendo de modo pacífico que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el ordenamiento jurídico, apareciendo como manifestación de la sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. *gr.*

SSTS 311/2019, de 14 de junio; 727/2000, de 23 de octubre; 2340/2001, de 10 de diciembre; 1497/2002, de 23 de septiembre, 878/2002; de 17 de mayo; 76/2002, de 25 de mayo; 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras). Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la arbitrariedad se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en los casos en que se vulneren normas de contenido sustancial (*vid.* SSTs 29/208, de 17 de mayo, 249/2019, de 3 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, o 723/2009, de 1 de julio, entre otras).

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20336/20.

Querellante: **Central Unitaria de Trabajadoras (CUT)**

Querellado: D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministro de Interior.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delito de prevaricación administrativa del art. **404** CP en concurso de normas con un delito contra los derechos fundamentales del art. **511** CP.

Sanciona el art. **404** CP a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

Sanciona el art. **511.1.3** CP al “*funcionario público encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga*

derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.

La querella se interpuso en fecha 25 de mayo de 2020 y en ella se atribuía al Ministro de Interior la comisión de los delitos ya explicitados. Según se indica en la querella, por Resolución de fecha 21 de abril de 2020, D^a. María Del Carmen Filomena Larriba García, en su condición de Subdelegada del Gobierno en la Provincia de Pontevedra, prohibió arbitrariamente la celebración de la manifestación convocada para el día 23 de abril de 2020 por la C.U.T.

En opinión de los querellantes no concurrían razones jurídicas que justificaran aquella prohibición, pues posteriormente se autorizaron otras manifestaciones de análogas características celebradas en fechas próximas, extremo que revela que, en realidad, la manifestación por ellos convocada fue prohibida por motivos ideológicos, asociados a razones de rédito político del Gobierno de España.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella, en tanto en cuanto mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos al Ministro de Interior y a la Subdelegada del Gobierno en la provincia de Pontevedra. La responsabilidad criminal

se les atribuye a ambos de una forma a todas luces difusa y genérica, en atención a un presunto concierto para prohibir una manifestación en base a motivaciones espurias de carácter discriminatorio. Todo ello sin aportar dato o elemento alguno, ni tan siquiera de carácter indiciario, que justifiquen atribuir a los querellados aquel concierto o motivación criminal en su actuar. Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella formulada por la Central Unitaria de Trabajadoras (ATS de 11 de marzo de 2020).

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, no cabe sino concluir que procede la inadmisión a trámite de la querella, pues los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita afirmar que su actuación obedeció a motivaciones espurias.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis del delito de prevaricación administrativa.

En opinión del Ministerio Fiscal, los hechos relatados por el querellante no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. **404** CP, tampoco en su modalidad omisiva.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la*

resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. 404 CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurren los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de autos se advierte claramente que la resolución de fecha 21 de abril de 2020, dictada por Dña. María Del Carmen Filomena Larriba García no reúne las características típicas exigidas por el art. 404 CP.

Tal y como ya tuvo ocasión de concluir el Tribunal Constitucional, en su ATC nº 40/2020, de 30 de abril, al resolver el recurso de amparo promovido por los querellantes contra la resolución de 21 de abril de 2020 que constituye ahora, de nuevo, objeto de autos: “*El derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado. El propio art. 21.1 CE, que reconoce que el*

derecho de reunión pacífica y sin armas no necesitará de autorización previa, asume en su apartado segundo la existencia de límites al ejercicio del derecho, cuando las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, que exigen de comunicación previa a la autoridad puedan suponer una alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, existiendo razones fundadas para entenderlo así. [...] En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente. [...] En suma, las medidas de protección propuestas se identifican con la propia fórmula

elegida para celebrar la manifestación, pero, pese al esfuerzo argumental de los recurrentes, en su escrito de demanda, no aportan previsión alguna distinta de la que contiene la normativa vigente para poder efectuar los desplazamientos en vehículos particulares para las actividades permitidas por el decreto de declaración del estado de alarma. Es decir, no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria. En relación con este punto en concreto, no puede perderse de vista que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa. Y, a este respecto la STC 66/1995, de 8 de mayo, aun afirmando que la mera ocupación del espacio de tránsito público no supone una causa suficiente para impedir una concentración que pueda afectar al tráfico, también entendió que “desde la perspectiva del art. 21.2 CE, para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona —normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades—, provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la citada STC 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas”. [...] En suma, en el análisis de proporcionalidad de la medida, no puede obviarse el hecho de que la modalidad de manifestación elegida por los recurrentes, y que ellos entienden suficiente para conjurar el riesgo sanitario a pesar de las apreciaciones en contrario de las autoridades sanitarias que desaconsejan las aglomeraciones, sean estas a pie o en vehículo, porque no se puede entender de otro modo el contenido del decreto de alarma, genera otros problemas que pueden impactar en la

preservación de la seguridad de las personas con las que los recurrentes no han contado. En una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada. El impacto de la infección de la COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos. Según los datos oficiales fechados el 29 de abril de 2020 y publicados por la Xunta de Galiza, la Dirección General de Salud Pública de la Consellería de Sanidad informa que el número de casos activos de coronavirus en Galicia asciende a 3.526, de ellos 880 son del área de A Coruña, 244 de la de Lugo, 715 de la de Ourense, 215 de la de Pontevedra, 808 del área de Vigo, 505 de la de Santiago, y 159 de la de Ferrol. Por tanto la ciudad de Vigo es la segunda población de Galicia en número de casos activos identificados, siendo este dato de suma importancia también a la hora de valorar el riesgo que sobre la salud de las personas puede tener la autorización de una manifestación en la que no se han previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios, ni de limitación de asistentes, ni de garantía del libre tránsito de vehículos sanitarios, ni de salida o retorno escalonado, con lo que no es imposible imaginar una concentración de personas en el momento previo a la convocatoria y en el momento sucesivo, de retorno a los lugares de origen, que contribuyese a activar la escalada exponencial de contagios que sabemos posible y que no cabe evitar más que con la limitación del ejercicio del derecho en las condiciones solicitadas por los convocantes”.

Argumentos todos ellos que, obviamente, motivaron la desestimación del recurso de amparo formulado por la C.U.T. contra la resolución dictada por la Subdelegada del Gobierno en fecha 21 de abril de 2020, y que, por idénticos motivos, deben conducir a rechazar de plano los argumentos de los querellantes acerca del carácter “prevaricante” de aquella resolución.

Por lo demás, debe recordarse que las manifestaciones convocadas para el 23 de mayo de 2020 por el partido político VOX, no resultaban análogas a la que la querellante pretendía celebrar, pues las condiciones sanitarias existentes en España en fecha 23 de

abril de 2020 no eran asimilables a las concurrentes en fecha 23 de mayo de 2020.

Como nos recuerda el Auto de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 1391/2020, 22 de mayo de 2020 (recurso núm. 113/2020), -en análogo sentido los AATSJ Cat 1390/2020, de 22 de mayo-: *"Respecto a lo primero, resulta evidente que el debate se suscita en un contexto básicamente determinado por la situación de pandemia a que hace referencia la resolución administrativa impugnada. Sin embargo, como han puesto de relieve las partes, tal situación no puede contemplarse de un modo puramente estático pues dicha imagen no sería acorde a la realidad. Antes bien, dicha situación de pandemia se caracteriza por el dinamismo y la rapidez de su evolución. En tal sentido, por ejemplo, el Preámbulo de la Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19 (en adelante, Orden SND/380/2020), se refiere a "la rapidez en la evolución de la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, a escala nacional e internacional" y a que "la evolución de la crisis sanitaria que se desarrolla en el marco del estado de alarma, obliga a adaptar y concretar de manera continua las medidas adoptadas, para asegurar la eficiencia en la gestión de la crisis". Por tanto, el enjuiciamiento del presente recurso contencioso-administrativo ha de efectuarse con arreglo a la valoración de las circunstancias que concurren en el momento actual. Así se viene a admitir también en el propio informe de la Abogacía General del Estado unido al expediente administrativo pues, aunque se pronuncia sobre una manifestación prevista para el día 2 de mayo de 2020, concluye que "la prohibición de las manifestaciones encuentra un amparo constitucional que justifica esta conclusión, sin perjuicio tanto de la evolución de las circunstancias como de las características específicas de cada convocatoria" y, a continuación, añade en similar sentido que "salvo que en el futuro la actual situación de crisis sanitaria evolucionara favorablemente,..., existe fundamento jurídico suficiente para acordar la prohibición de las manifestaciones que se pretendan convocar". En lo que interesa al presente debate, la Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de*

14 de marzo, extiende dicho estado hasta las 00:00 horas del 24 de mayo de 2020. Al amparo de dicha autorización se ha dictado el Real Decreto 514/2020 que, en su Preámbulo, informa de la evolución de la pandemia en España en los siguientes términos: "Durante el periodo de la primera prórroga, los datos proporcionados por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica pusieron de manifiesto que las medidas aplicadas durante el periodo de vigencia del estado de alarma habían conseguido alcanzar gradualmente el objetivo de disminuir la transmisión de la enfermedad y reducir al máximo el riesgo de colapso en las unidades de cuidados intensivos hospitalarios (en adelante, UCI). Durante el periodo de la segunda prórroga, esos datos indicaron que se había conseguido disminuir el número de contagios a fin de situarlos por debajo del umbral que produciría la saturación de las UCI, con su capacidad extendida para hacer frente a la epidemia, al tiempo que se había fortalecido la capacidad del sistema sanitario para dar respuesta a la misma. En efecto, el incremento de nuevos casos hospitalizados e ingresados en UCI había pasado de alrededor del 20 % para ambos indicadores la semana anterior a la segunda prórroga a estar por debajo del 2 % en la semana del 20 de abril. Además, el número de altas se fue incrementando en este periodo, y con ello se produjo una descarga progresiva de las unidades asistenciales ampliadas. En el periodo de la tercera prórroga, los datos evidencian que se ha consolidado la tendencia decreciente de los diferentes indicadores (casos confirmados diarios por PCR, fallecimientos confirmados, ingresos hospitalarios y en UCI), habiéndose reducido a la mitad los incrementos diarios, a excepción de los casos que han requerido hospitalización". A partir de esta realidad, el Preámbulo desglosa las diferentes medidas para propiciar la así llamada "desescalada gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social": "La Comunicación "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19", presentada el pasado 15 de abril por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, ha considerado esenciales las medidas extraordinarias adoptadas por los Estados miembros. Se afirma que dichas medidas, basadas en la información disponible en relación con las características de la enfermedad y adoptadas siguiendo un criterio de precaución, han permitido reducir la morbilidad y mortalidad asociada al COVID-19, al tiempo que han permitido reforzar los sistemas sanitarios y asegurar los aprovisionamientos necesarios para hacer frente a la pandemia. Pero, como la propia Hoja de ruta señala, estas medidas

restrictivas acarrear un elevado coste social y económico, suponen una presión sobre la salud mental y obligan a los ciudadanos a cambiar radicalmente su vida cotidiana. Por ello, aunque el documento reconoce que la vuelta a la normalidad requerirá tiempo, también considera evidente que las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad no pueden mantenerse indefinidamente y que es necesario realizar una evaluación continua de su proporcionalidad a medida que evoluciona el conocimiento de la enfermedad. Resulta, por tanto, indispensable planificar la fase en la que los Estados miembros podrán reanudar las actividades económicas y sociales de modo que se minimice cualquier repercusión sobre la salud de las personas y no se sobrecarguen los sistemas sanitarios. A ese planteamiento responde la citada hoja de ruta, elaborada a partir de los conocimientos y el asesoramiento facilitados por el Centro Europeo para la Prevención y el Control y el Grupo Consultivo de la Comisión sobre la COVID-19, y teniendo en cuenta la experiencia y las perspectivas de una serie de Estados miembros, así como las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En este contexto, a la luz de los principales indicadores disponibles, de la experiencia adquirida a nivel nacional, de la experiencia en otros países y del conocimiento aportado por los expertos en el ámbito sanitario y epidemiológico, se considera oportuno avanzar en la desescalada gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social y facilitar una recuperación, lo más rápida posible, de la actividad social y económica. [...] Por ello, y sin perjuicio del evidente valor interpretativo del Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020 a que hemos hecho alusión en el fundamento jurídico octavo, no puede servir de guía absoluta lo resuelto sobre el caso particular en dicha resolución. Y es que dicho caso se proyectaba sobre una reunión a celebrar en unas coordenadas sustancialmente distintas de la que ahora nos ocupan. El contexto más amplio en que deben situarse unas y otras, como decíamos anteriormente, es el de una situación de pandemia muy dinámica y cambiante. Precisamente, las distintas medidas de "desescalada" a que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, como consecuencia de dicho cambio de circunstancias, han sido aprobadas con posterioridad a la fecha de dicha resolución. Las mismas razones de cambio de circunstancias justifican que la valoración del presente caso no deba estar necesariamente condicionada por lo resuelto por esta misma Sala en las sentencias nº 195/2020, 199/2020, 197/2020 y 198/2020, todas ellas de fecha 30 de abril de 2020 - dictadas respectivamente en los procedimientos nº 306/2020,

307/2020, 308/2020 y 309/2020-. Las presentes circunstancias son sustancialmente distintas a las allí consideradas, tanto por lo que respecta a la situación de la pandemia como al formato de la reunión y a las medidas de seguridad previstas por el promotor. Avala también esta conclusión de cambio de circunstancias el hecho muy relevante, puesto de manifiesto y acreditado por la parte recurrente, de que concentraciones similares a la que ahora nos ocupa hayan sido permitidas por otras Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Dada la disparidad de circunstancias entre todas ellas, las mismas no son término de comparación válido para fundar un trato desigual, como acertadamente advierte el Abogado del Estado, pero sí son al menos expresivas de que la Administración no es ajena a la evolución de la pandemia y a la incidencia de este extremo en relación con el ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 21 CE”.

4) Análisis del delito de discriminación en el ámbito de las prestaciones de servicios públicos del art. 511 CP.

En cuanto a la conducta típica descrita por el art. **511** CP, los argumentos antes ofrecidos al objeto de rechazar la subsunción de los hechos en el art. **404** CP conducen a rechazar, asimismo, la concurrencia de indicios acerca de la realización del delito de discriminación en el ámbito de las prestaciones de servicios públicos.

A mayor abundamiento, debe precisarse que en ningún caso la conducta que constituye objeto de autos resultaría subsumible en el art. **511** CP, pues dicho precepto limita su ámbito de aplicación a la denegación arbitraria y por motivos discriminatorios de prestaciones públicas. No resultando posible identificar la celebración de una manifestación con la prestación de un servicio público.

Por lo demás, resulta evidente que ni la conducta fue “arbitraria”, ni existe razón alguna que justifique afirmar que la prohibición de la manifestación convocada por la C.U.T. el pasado 23 de abril de 2020 obedeciera a razones de carácter discriminatorio, pues dicha afirmación que realizan los querellantes carece del más mínimo soporte objetivo.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo pacífico, que la “*arbitrariedad*” es el elemento que singulariza a la prevaricación administrativa frente al ilícito administrativo.

A pesar de que la “*arbitrariedad*” constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado con solvencia los contornos de dicho elemento típico, concluyendo de modo pacífico que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el ordenamiento jurídico, apareciendo como manifestación de la sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. gr. SSTS 311/2019, de 14 de junio; 727/2000, de 23 de octubre; 2340/2001, de 10 de diciembre; 1497/2002, de 23 de septiembre, 878/2002; de 17 de mayo; 76/2002, de 25 de mayo; 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras). Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la arbitrariedad se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en los casos en que se vulneren normas de contenido sustancial (*vid.* SSTS 29/2008, de 17 de mayo, 249/2019, de 3 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 152/2015, de 24 de febrero, o 723/2009, de 1 de julio, ente otras).

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20339/20.

Querellantes: D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, D. Manuel Cotado Torrubia y D^a Guadalupe Díaz Rollán.

Querellados: D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, Ministro de Interior y D. Salvador Illa Roca, Ministro de Sanidad.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delito de homicidio imprudente del art. **142** CP, omisión de deber de socorro del art. **195** CP, falsedad documental cometida por autoridad del art. **390** y prevaricación administrativa del art. **404** CP.

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”.

Sanciona el art. **195** CP al que “*no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*”.

Sanciona el art. **390** CP “*a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad (...)*”

Sanciona el art. **404** CP a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

La querella se interpuso en fecha 6 de mayo de 2020 y en ella los querellantes atribuían a los Ministros de Interior y Sanidad la comisión de los delitos ya explicitados.

Los querellantes afirman que, fruto de la falta de diligencia exhibida por los querellantes en relación a la gestión de la crisis sanitaria generada por el COVID-19, fallecieron un número indeterminado de personas, entre ellas sus padres D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y D. Saturnino Díaz Esteban.

Se señala, asimismo, que los querellados se mostraron imprudentes al desoír las recomendaciones internacionales, singularmente las relativas a la falta de diligencia en orden a realizar el acopio de material sanitario durante el mes de febrero. Afirmándose, además, que los querellados ocultaron deliberadamente información sanitaria relevante, falsearon datos, y promovieron la celebración de eventos multitudinarios, extremos todos ellos que contribuyeron de un modo decisivo a provocar el contagio por COVID-19 de miles de personas.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella, en tanto en cuanto mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos a los mismos, pues, la responsabilidad criminal se les atribuye a todos ellos de una forma a todas luces difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por la COVID-19, elemento que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores del reproche penal.

Asimismo, los querellantes no precisan la identidad de las personas fallecidas o lesionadas -con la única excepción de tres de ellas-, al igual que tampoco las circunstancias en que se produjo el fallecimiento o la lesión de cada una de ellas, ni -desde luego- las razones que permiten imputar el resultado lesivo acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, los querellantes se limitan a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes y lesiones sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida.

Respecto del delito de prevaricación se limitan los querellantes a afirmar que *“se acusa de prevaricación por haber dado instrucciones a representantes públicos sociales y políticos, injustos y falsos conscientes de su falsedad y transmitiendo aparente normalidad ciudadana”, todo ello sin precisar resolución alguna, identificar al autor de la misma, o la concreta norma vulnerada. Mientras que en relación al delito de omisión del deber de socorro se afirma que este habría sido cometido “al haber impedido que -D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y D. Saturnino Díaz Esteban- fueran atendidos en centros sanitarios con medios suficientes”, todo ello sin concretar en momento alguno qué concreta intervención pudieron tener los querellados en todo ello, abstracción hecha del reproche que se les lanza por no haber gestionado con diligencia la situación de crisis sanitaria durante el mes de febrero al objeto de realizar acopio de materiales, así como de instaurar medidas de prevención epidemiológica.*

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella (ATS de 11 de marzo de 2020), pues los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las diversas muertes y resultados lesivos acaecidos a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima *“nullum crimen, nulla pena sine culpa”*.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por los querellantes, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio imprudente ejecutados en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos en cuando a los delitos de homicidio imprudente la argumentación detalladamente expuesta *supra* en relación con la Causa Especial 3/20265/20.

4) Actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas el 8 de Marzo de 2020 con ocasión del “Dia Internacional de la Mujer”.

Según se infiere de la lectura sistemática del art. **21.2** CE y de los arts. **8** y **10** de la LO 9/1983, de 15 de julio, la celebración de una manifestación no precisa más que su previa comunicación a la autoridad gubernativa. Tan solo en aquellos casos en que existan “razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público” podrá el Delegado/a del Gobierno prohibir su celebración.

Resulta sumamente relevante precisar que los Delegados del Gobierno no ostentan competencias en materia sanitaria. Bastando, para advertir que dicha afirmación no admite discusión, con analizar el contenido del art. **73** de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen jurídico del sector público*, en donde se relacionan las distintas facultades y competencias que el legislador atribuye a los mismos, y que -en síntesis- se circunscriben al ámbito del orden público y de representación del Gobierno.

Tales consideraciones permiten extraer las siguientes conclusiones:

- En fecha 8 de marzo de 2020 los miembros del Gobierno de España no ostentaban competencias para prohibir las manifestaciones que se celebraron a lo largo y ancho de España, pues lo cierto es que la competencia correspondía exclusivamente a los distintos Delegados del Gobierno, con los matices que más adelante se expondrán.

- Los Delegados del Gobierno únicamente gozan de la facultad de prohibir aquellas manifestaciones en que concurran razones de orden público, pues lo cierto es que las competencias para la

adopción de medidas de protección de la salud pública corresponden a las Comunidades Autónomas, tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar. De ahí que pueda concluirse que la única administración competente en fecha 8 de marzo de 2020 para aprobar restricciones a la libertad de circulación o al derecho de manifestación por razones de protección de la salud pública correspondiera a las Administraciones Autonómicas.

- A la vista de lo anterior resulta evidente que no es posible atribuir a los miembros del Gobierno de España responsabilidad por las manifestaciones y demás celebraciones del día 8 de marzo, pues lo cierto es que en aquella fecha no gozaban de facultad o competencia alguna asociada a la celebración de aquellos eventos, resultando por ello inviable atribuirles los resultados lesivos derivados de su celebración.

Por lo demás, debe precisarse que en el documento titulado *“Comparecencia sobre las actuaciones desarrolladas en relación con el Coronavirus (COVID-19)”*, publicado por el Ministerio de Sanidad (<https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>), se da cuenta de las razones por las que la adopción de medidas de protección de la salud pública se aceleraron a partir del día 9 de marzo de 2020 en los siguientes términos: *“Fue en la noche del domingo 8 de marzo, como ya hemos contado, cuando se nos comunicó un importante incremento del número de casos en la Comunidad de Madrid. Esto, al contrario de lo que a veces se ha afirmado, habla bien del trabajo que se hizo y se sigue haciendo en esta comunidad para la detección de casos. Y yo quiero hoy ponerlo de manifiesto. Estos datos, que no se comunicaron de forma oficial hasta la mañana del lunes día 9, arrojaban un incremento de 294 casos en la Comunidad de Madrid, lo que dejaba la cifra total en nuestro país cerca de los 1.000”*.

Esta circunstancia resulta compatible y coherente con el hecho -a todas luces notorio- de que la mayoría de los querellados, sino todos, acudieran personalmente a las manifestaciones del 8M, algunos de ellos incluso acompañados por sus familiares, incluidos hijos e hijas, en algunos casos de cortísima edad. En definitiva, las reglas de la experiencia y la sana crítica invitan a pensar que solo quien cree que no existe riesgo alguno para su integridad y la de “los suyos”, o bien cree que se trata de un riesgo mínimo, se aventura a

exponerse de aquel modo en que consta que lo hicieron buena parte de los querellados.

Todas las consideraciones apuntadas impiden atribuir relevancia criminal a la actuación de los querellados en relación a las manifestaciones celebradas con motivo del Día Internacional de la Mujer.

5) Análisis del delito de prevaricación administrativa.

A los folios 23 y 24 de la querella se precisa por los querellantes que *“se acusa de prevaricación por haber dado instrucciones a representantes públicos sociales y políticos, injustos y falsos, conscientes de su falsedad y transmitiendo una aparente normalidad ciudadana, cuando se era conocedor de la existencia de una epidemia mundial. A modo de cita indicar que don Fernando Simón que estuvo en todas las reuniones sanitarias, nacionales e internacionales, anteriores al 8 de marzo y que firmó un manifiesto en tal sentido, SOLO PUDO ESCRIBIR UN DISCURSO Y LEERLO EN TELEVISIÓN diciendo lo contrario de lo que sabía, invitando a la población a acudir a unas manifestaciones porque ALGUIEN SUPERIOR (su Ministro de Sanidad) LE HA DADO INSTRUCCIONES DE HACERLO ASÍ. Es PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA publicar una lista de contagiados y fallecidos inferior a la real, para transmitir tranquilidad a la población, impidiendo que la ciudadanía adopte medidas de precaución. Porque las listas publicadas antes del 8 M no son ciertas, y siendo la única fuente de los datos de esas listas (MINISTERIO DE SANIDAD), solo puede obedecer a una orden prevaricadora de mostrar datos que no son verdaderos con una finalidad espúrea de índole política y contraria a las obligaciones de protección de la salud y la sanidad nacional”*.

En opinión del Ministerio Fiscal, los hechos relatados por el querellante no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. 404 CP, tampoco en su modalidad omisiva.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)*”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. 404 CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurren los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, se advierte claramente que la conducta atribuida a los miembros del

Gobierno no reúne ni uno solo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal. Así:

1º) No se identifica por los querellantes resolución alguna dictada en asunto administrativo, en cuyo seno se hubieran falseado deliberadamente datos.

Como recuerda la STS nº 294/2019, de 3 de junio (recurso núm. 927/2018), *“En cuanto al concepto de resolución en asunto administrativo, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que la define como "acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquellas otras derivadas del mismo" -en idéntico sentido vid. las SSTS 481/2019, de 14 de octubre y 196/2018, de 25 de abril-.*

2º) No se indica por los querellantes norma jurídica alguna que hubiera resultado infringida por los querellados. Debiendo a tal efecto subrayarse que uno de los elementos objetivos del tipo descrito por el art. **404** CP consiste, precisamente, en vulnerar una concreta norma o disposición legal de carácter administrativo.

3º) A pesar de que los querellantes afirman que por parte del Gobierno de España se ocultaron informaciones relevantes y se falsearon datos importantes, contribuyendo de aquel modo a aumentar el número de contagios, no se aporta dato alguno, ni tan siquiera indiciario, que permita tener por ciertas sus afirmaciones.

A mayor abundamiento debe precisarse que las distintas informaciones ofrecidas acerca de la peligrosidad del coronavirus, medidas idóneas para preservar la salud, y cifras acerca del número de contagios, ha obedecido en España, al igual que en las

Comunidades Autónomas, y en el resto de países de nuestro entorno cultural, a los progresivos avances científicos en relación a la COVID-19.

Claro ejemplo de ello resultan las afirmaciones que se realizaban en el ATC nº 40/2020, de 30 de abril: *“En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”*.

Así las cosas, el aumento de las cifras oficiales de contagios, así como de fallecimientos, ha obedecido al empleo de distintos métodos de detección de la COVID-19, cada vez más precisos. No existiendo dato o elemento alguno que permita afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno de España ocultara o falseara deliberadamente los datos de que disponía al objeto de anteponer sus concretos intereses políticos o ideológicos a la salud pública de todos los ciudadanos de España.

Resulta particularmente revelador el contenido de la Orden SND/352/2020, de 16 de abril, por la que se modifica la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, *sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, en donde se establecen criterios uniformes en orden a detectar y contabilizar los casos de COVID-19, pues, ciertamente, la falta de información científica acerca del nuevo coronavirus motivó la

modificación de criterios, cada vez más fiables, en orden a contabilizar el número de contagios.

6) Análisis del delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público.

A los folios 51 y ss. de la querella se indica que los querellados habrían incurrido en el delito previsto y sancionado por el art. **390** CP, toda vez que habrían manipulado deliberadamente las cifras de contagios y fallecidos por COVID-19, ofreciendo informaciones falsas en distintas ruedas de prensa, sin otro fin que el de anteponer sus intereses políticos e ideológicos.

Debe precisarse, no obstante, que por los querellantes no se identifica documento alguno, pues estos se limitan a aludir a las informaciones ofrecidas en rueda de prensa por D. Fernando Simón.

Abstracción hecha de que los querellantes no atribuyen delito alguno a D. Fernando Simón, a pesar de que en la tesis que postulan este aparecería como autor material del referenciado delito, no cabe conceptualizar como documento las informaciones ofrecidas en rueda de prensa. Pues, no debe olvidarse que la mera emisión de aquel tipo de manifestaciones orales no reúne los requisitos exigidos por el art. 26 CP, y ello por más que un tercero, sin concurrir concierto alguno con el autor de las manifestaciones, las recogiera en un soporte material.

Por lo demás, qué duda cabe de que los argumentos antes ofrecidos acerca del delito de prevaricación administrativa permiten, asimismo, rechazar la calificación efectuada por los querellantes.

7) Análisis del fallecimiento de D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y D. Saturnino Díaz Esteban.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto objeto de autos, los fallecimientos de D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y de D. Saturnino Díaz Esteban no resultan atribuibles a la inacción o falta de diligencia de los querellados.

Así, a los argumentos antes ofrecidos deben sumarse los siguientes:

- Si bien se afirma por los querellantes que resulta incuestionable que el contagio de COVID-19 que sufrieron D. Pablo, D. Aurelio y D. Saturnino, tuvo lugar el día 8 de marzo, lo cierto es que no se aporta por los querellantes un solo dato o indicio que permita alcanzar aquella conclusión. Al igual que tampoco se aporta elemento de prueba alguno que permita afirmar que su contagio obedeció a la celebración de las manifestaciones convocadas durante el Día Internacional de la Mujer.

- En fecha 8 de marzo la competencia en materia de prevención epidemiológica y tutela de la salud pública correspondía a las respectivas comunidades autónomas, pues vistos los datos antes expuestos, no concurrían aún en aquel momento los presupuestos materiales para que el Gobierno de España decretara el estado de alarma, o cuando menos, que permitieran reprochar al Gobierno de España el hecho de no haberlo decretado.

- Los querellantes no aportan un solo dato que justifique sus afirmaciones acerca de que D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y D. Saturnino Díaz Esteban fallecieron a causa de no recibir el tratamiento médico indicado, y mucho menos, de que ello obedeciera a causa de la carencia de recursos asistenciales.

- El acopio de material sanitario, antes del 14 de marzo, resultaba una competencia exclusiva de las comunidades autónomas. De ahí que la falta de diligencia en la realización de aquel acopio, para el caso de que en efecto se concluyera que existió, no resultaría reprochable a los querellados.

- La afirmación de los querellantes acerca de que para el caso de que se hubiera ofrecido a D. Pablo, D. Aurelio y D. Saturnino un tratamiento distinto al recibido estos hubieran sobrevivido carece del más mínimo soporte objetivo. Al igual que no existe dato alguno que permita conectar dichas muertes con la escasez de recursos sanitarios.

- Atendidos los términos en que se formula la querella, los fallecimientos de D. Pablo, D. Aurelio y D. Saturnino tuvieron lugar al margen del ámbito de dominio propio de los querellados, quienes resulta lógico pensar que jamás tuvieron concreto conocimiento de la situación de estas víctimas de COVID-19 ni, por consiguiente, capacidad concreta de evitar el resultado acaecido.

8) Análisis del delito de omisión del deber de socorro.

Como nos recuerda la STS nº 648/2015, de 22 de octubre, *“en relación al tipo básico de la omisión de socorro ordinaria (artículo 195.1 CP); la jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 647/1997, de 13 de mayo, 42/2000, de 19 de enero, luego reiterada en las núm. 1422/2002 de 23 de julio, 1304/2004 de 11 de noviembre, 140/2010 de 23 de febrero, 482/2012 de 15 de junio, 706/2012 de 24 de septiembre) ha indicado como requisitos precisos para su existencia: "1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983 ; 18 de enero de 1984 ; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva"*.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, parece evidente que la conducta atribuida a los querellados no reúne las condiciones para ser subsumida en el delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el art. **195** CP. Así las cosas, si

convenimos en que el nacimiento del deber de socorro que tutela el art. 195 CP aparece conectado con el conocimiento de la situación descrita por el tipo penal, así como con la posibilidad material de prestar auxilio a quien lo necesita por hallarse desamparado y en peligro grave, debemos concluir que sólo puede erigirse en autor del delito aquella persona que, de modo directo o indirecto, entre en contacto con quien precisa de socorro. Pues, en definitiva, solo este se hallará en disposición efectiva de prestar el auxilio que impone el tipo y, por ello, de cumplir el mandato cuya infracción sanciona el legislador en el art. 195 CP.

De ahí la imposibilidad de atribuir a los Ministros de Sanidad o del Interior, al igual que al Delegado del Gobierno en Madrid, el delito previsto y sancionado por el art. 195 CP, cuando los querellantes no han podido concretar situación alguna en que aquellos, tras conocer la concreta situación de desamparo de cualesquiera ciudadanos, eludieran socorrerles. Es más, lo cierto es que, en realidad, los querellantes se han limitado a afirmar que los querellados gestionaron de modo poco diligente los servicios sanitarios, supuesto de hecho que no reúne ninguno de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por la modalidad típica analizada.

Adviértase que la única situación de desamparo que los querellantes concretan, en relación al fallecimiento de D. Pablo Recio, D. Aurelio Cotado Álvarez y D. Saturnino Díaz Esteban, no reúne las condiciones típicas exigidas por el art. 195 CP por los motivos antes detallados, pues no se describe en momento alguno una concreta petición de auxilio que fuera directamente efectuada a los querellados, o una singular situación de desamparo sufrida por personas claramente identificadas.

En otro orden de cosas, debe, asimismo, descartarse de plano la posibilidad de atribuir a los querellados la modalidad de omisión del deber de socorro descrita en el art. **196** CP, pues al margen de resultar de aplicación lo ya manifestado con anterioridad acerca del tipo básico, debe recordarse que el precepto describe un delito especial propio, limitando de ese modo el legislador el círculo de posibles sujetos activos a quienes gocen de la condición de “*profesionales sanitarios*” -v. gr. STS de fecha 28 de enero de 2008-, condición que, sin ninguna duda, no reúnen los querellados.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20374/20.

Querellante: **Asociación “Házte Oír. ORG”**.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y demás integrantes del Consejo de Ministros.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delito de homicidio y lesiones imprudentes de los arts. **142** y **152** CP, omisión de deber de socorro del art. **195** CP, daños del art. **267** CP, contra la seguridad de los trabajadores del art. **316** CP, prevaricación administrativa del art. **404** CP y contra los sentimientos religiosos de los arts. **522.1** y **523** CP

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”.

Sanciona el art. **152** CP “*al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores*” (art. 147-151).

Sanciona el art. **195** CP al que “*no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*”.

Sanciona el art. **267** “*los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 €*”.

Sanciona el art. **404** CP a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

Sanciona el art. **522.1** CP a “*los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un*

miembro o miembros de una confesión religiosa a practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismo”.

Sanciona el art. **523 CP** al que *“con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio del Interior”.*

La querella fue presentada el día 11 de junio de 2020 y por los delitos precitados. Los querellantes reprochan a todos los miembros del Gobierno de España la ejecución de los siguientes hechos que, a su juicio, gozarían de relevancia criminal:

- La falta de diligencia en la adopción de medidas de prevención epidemiológica y de tutela de la salud pública, al objeto de mitigar el riesgo de contagio de coronavirus con anterioridad a la aprobación del RD 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*. Circunstancia que -en opinión de los querellantes- motivó el contagio de un número indeterminado de personas.

- La ejecución de actuaciones dirigidas a promover la celebración de diversas manifestaciones con motivo del “Día de la Mujer”, que tuvieron lugar en fecha 8 de marzo, así como la inacción ante otros eventos multitudinarios que se celebraron durante la primera quincena del mes de marzo. Circunstancia que -en opinión de los querellantes- motivó el contagio masivo de la enfermedad COVID-19 de un número indeterminado de personas.

- La falta de diligencia a la hora de adquirir el material sanitario necesario para prevenir y combatir la situación de crisis sanitaria generada por el COVID-19, con particular referencia a mascarillas, respiradores y test de detección de la enfermedad, así como la adquisición extemporánea de productos sanitarios defectuosos.

- La adquisición de productos sanitarios por un precio notablemente superior al de valor de mercado, así como a través de procedimientos administrativos poco transparentes.

- La desatención o abandono de los usuarios de las residencias geriátricas de titularidad pública durante el confinamiento, con especial referencia a la escasez medios personales y materiales.

- La falta de medios -equipos de protección individual-, o su carácter defectuoso, con que los sanitarios contaron para el

desempeño de sus funciones durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

- El ejercicio de diferentes actuaciones dirigidas a eliminar u ocultar, de un modo deliberado, aquellas pruebas que pudieran determinar la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno, con particular referencia al cese del coronel D. Diego Pérez de los Cobos y del Jefe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de la Policía, D. José Antonio Nieto González.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos al Presidente y demás integrantes del Gobierno de España. La responsabilidad criminal se les atribuye de una forma a todas luces difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal.

Asimismo, los querellantes no precisan la identidad de las personas fallecidas o lesionadas, al igual que tampoco las circunstancias en que se produjo el fallecimiento o la lesión de cada

una de ellas, ni -desde luego- las razones que permiten imputar el resultado lesivo acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, los querellantes se limitan a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes y lesiones sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida.

Tampoco precisan los querellantes la hipotética resolución cuya falta de aprobación merecería calificarse de prevaricación omisiva, o la concreta omisión del deber de socorro o auxilio que los querellados habrían vulnerado. Limitándose, por lo demás, a atribuirles la ejecución de un delito de daños (art. 267 CP), así como contra los sentimientos religiosos (arts. 522.1 y 523 CP), sin ofrecer argumento alguno que justifique tales calificaciones jurídicas.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella (ATS de 11 de marzo de 2020), pues los querellantes se limitan a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las diversas muertes y resultados lesivos acaecidos a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por la querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal se remite a los argumentos que en relación con los precitados delitos han sido expuestos *supra* en el marco de la Causa Especial 3/20265/20.

4) Actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas el 8 de Marzo de 20210 con ocasión del “Día Internacional de la Mujer”.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal se remite a los argumentos que en relación a este particular han sido expuestos *supra*, referidos a la Causa Especial 3/20339/20.

5) Análisis del delito de omisión del deber de socorro.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal da por reproducidos los argumentos que en relación con este tipo penal han sido expuestos *supra* en el marco de la Causa Especial 3/20251/20.

Adviértase que la única situación en que los querellantes afirman describir la existencia de una concreta petición de auxilio aparece detallada a los folios 46 y siguientes de la querella, en relación a las cartas enviadas a partir del día 12 de marzo de 2020 al Gobierno por parte del *GRUPO SOCIAL LARES*. Cartas que, se limitan a proponer al Gobierno diversas recomendaciones en relación a la gestión de la crisis sanitaria, sin describir en momento alguno una concreta petición de auxilio, o una singular situación de desamparo sufrida por personas claramente identificadas.

Todo ello sin olvidar la batería de medidas adoptadas por el Consejo de Ministros a partir del 14 de marzo de 2020 en relación a la gestión de las residencias y centros sociosanitarios -cuyo análisis se abordará posteriormente con mayor profusión-, así como la circunstancia de que, de conformidad con el art. 148.1.20^a CE, las diferentes previsiones contenidas en los Estatutos de Autonomía, lo

preceptuado por el art. 11 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, y el art. 42 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de *Sanidad*, las competencias en materia de gestión, inspección y evaluación de calidad de los centros geriátricos era autónoma y local.

6) Análisis del delito de prevaricación administrativa ejecutado en comisión por omisión.

Según se relata a lo largo de la querella, precisándose de un modo más detallado al folio 58 de la misma, los miembros del Gobierno habrían incurrido en prevaricación omisiva, como consecuencia de *“haber dilatado el acuerdo para declarar el estado de alarma”*.

Sin embargo, en opinión del Ministerio Fiscal, los hechos relatados por el querellante no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. **404** CP, tampoco en su modalidad omisiva.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, *“para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho*

Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. 404 CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurren los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, se advierte claramente que la conducta atribuida a los miembros del Gobierno no reúne ni uno solo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal.

El hecho de que la ejecución del delito de prevaricación administrativa se atribuya en comisión por omisión, con arreglo a lo preceptuado por el art. 11 CP, en nada altera las anteriores conclusiones acerca de la estructura típica del delito regulado por el art. 404 CP, pues, también en los casos de ejecución omisiva, la subsunción de los hechos en el tipo penal exigirá apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos antes descritos. De ahí que la única diferencia entre la ejecución activa o en comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa, estriba en que, mientras que en el primero de los supuestos el sujeto activo del delito habrá procedido a dictar la resolución de forma expresa -a través de un acto concluyente-, en los casos de omisión impropia, el sujeto activo dictará la resolución

arbitraria en asunto administrativo mediante la ejecución de un acto equivalente a la aprobación expresa y directa de la misma.

Como nos recuerda la STS nº 82/2017, de 13 de febrero, “*es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras lo cual sea preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos*”.

Asimismo, según se indica en la STS nº 371/2016, de 3 de mayo, “*la prevaricación se puede cometer por omisión concretamente en aquellos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida en que la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas [...] Es claro que ese no hacer que se imputa al acusado en ningún caso puede entenderse constitutivo de una resolución administrativa en los términos en que nuestra jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora*”.

Consideraciones similares se realizan, asimismo, en las SSTS nº 58/2018, de 1 de febrero, y nº 294/2019, de 3 de junio.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, parece evidente que los hechos relatados en la querella no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art. **404** CP, pues:

1º) No se identifica por los querellantes resolución administrativa alguna que los miembros del Gobierno hubieran eludido dictar, pues lo cierto es que la norma por la que se declara el

estado de alarma no constituye expresión del ejercicio de facultades administrativas, toda vez que goza de rango o fuerza de ley.

Como nos recuerda la STC nº 83/2016, de 28 de abril, “*aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización*”.

Más recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha indicado en el ATS de fecha 4 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020) que “*Por unidad de doctrina hay que estar a lo decidido en numerosas resoluciones de la antigua Sección Séptima de esta Sala, a la que, por fusión, sucede esta Sección Cuarta. Han inadmitido impugnaciones directas similares a la actual, formuladas contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y contra su prórroga en el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre. Esas resoluciones consideraron que la declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la*

ejecución de las leyes [artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución -en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE-. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración. Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina. El Tribunal Constitucional ha refrendado esta apreciación en el ATC 7/2012, de 13 de enero, que recuerda el Abogado del Estado, aunque se refiere sólo a las resoluciones parlamentarias de autorización de la prórroga del estado de alarma. Ha considerado que las mismas tienen "rango" o "valor" de ley, con la consecuencia de que no son susceptibles del recurso de amparo previsto en el artículo 42 LOTC y sólo cabe impugnarlas ante el Tribunal Constitucional a través de los procesos que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley (FFJJ 2, 3 y Fallo). Esa declaración se extiende al decreto de declaración de estado de alarma, acordado en Consejo de Ministros, en la STC (Pleno) 83/2016, de 23 de febrero (FJ 10 y Fallo), que profundiza en la naturaleza de normativa de este como una fuente de derecho de emergencia al entender que: "La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado" [...] "La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y

actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar".

De ahí que resulte notorio que el RD 463/2020, de 14 de marzo, así como sus sucesivas prórrogas, no puedan ser subsumidos en el art. **404** CP, cuyo tenor literal limita su ámbito de aplicación a las resoluciones dictadas en asunto administrativo en ejecución de facultades de naturaleza administrativa, en consonancia con su ubicación sistemática -Título XIX del Libro II del Código Penal-, y del bien jurídico protegido tutelado por la norma.

2º) Los querellantes se limitan a afirmar que los miembros del Gobierno debieran haber aprobado el estado de alarma con anterioridad al 14 de marzo de 2020; sin embargo, no precisan en qué fecha debiera haberse decretado, ni tampoco qué norma o precepto jurídico fueron vulnerados por los querellados.

El art. **116** CE, el art. **5.1.f)** de la Ley **50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. **4** de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, se limitan a atribuir al Gobierno, entre otras facultades, la de declarar el estado de alarma. Sin embargo, dicha previsión legal no aparece en ningún caso acompañada de concreción alguna que imponga su ejercicio al Gobierno de modo imperativo. De hecho, el art. 4 b) de la LO 4/1981 se limita a señalar que el Gobierno se hallará facultado para decretar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan “*crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*”. Todo ello sin concretar nuestro ordenamiento jurídico en lugar alguno lo que por “*crisis sanitaria*” o “*pandemia*” deba entenderse.

A la vista de lo anterior, mal puede afirmarse que el Gobierno infringiera norma jurídica alguna por el hecho de haber esperado a decretar el estado de alarma hasta el 14 de marzo de 2020.

Por lo demás, debe recordarse que la declaración del estado de alarma supone recurrir al denominado derecho de excepción constitucional, reservado para los supuestos de anormalidad democrática, en que el diseño de distribución de poderes establecido con carácter ordinario por la Constitución y los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas se revele como objetivamente inoperante.

Como se indica en la STC nº 83/2016, de 28 de abril, *“los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones. Por lo que al primer plano se refiere, la autoridad competente es el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte de su territorio. Quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, así como los demás trabajadores y funcionarios de las mismas, pudiendo imponérseles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Asimismo, los funcionarios y las autoridades en caso de incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente pueden ser suspendidos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pudiendo asumir también la autoridad competente las facultades de las autoridades que hubiesen incurrido en aquellas conductas cuando fuera necesario para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración del estado de alarma (arts. 7, 9 y 10 de la Ley Orgánica 4/1981)”*.

De ahí que, ante la magnitud de las consecuencias asociadas a la declaración del estado de alarma, pueda convenirse en que la utilización de dicho instrumento jurídico deba reservarse para supuestos sencillamente excepcionales en que la actuación de las Comunidades Autónomas se revele como manifiestamente insuficiente.

3º) No se ofrece razón acerca de los motivos por los que la actuación de los querellados debe reputarse “*arbitraria*”.

Los querellantes no ofrecen argumentos acerca de las razones por las que deba considerarse que la actuación del Gobierno resultó arbitraria. Y seguramente no lo hace porque no lo fue. Baste para advertir tal extremo con comprobar las razones ofrecidas por el Gobierno de España en el Preámbulo del RD 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. El legislador, si bien de modo sucinto, precisa en ese Preámbulo las razones que motivaron al Gobierno a adoptar tan extraordinaria medida, infiriéndose además los motivos por los que no lo hizo con anterioridad.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo recurrente, que la *arbitrariedad* es el elemento que singulariza el delito de prevaricación administrativa, configurándose como la esencia de lo injusto de esta infracción penal. A pesar de que la arbitrariedad constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado los contornos de dicho elemento típico, concluyendo que deben ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el Derecho y revelándose como sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. *gr.* SSTS nº 311/2019, de 14 de junio; nº 727/2000, de 23 de octubre; nº 2340/2001, de 10 de diciembre; nº 1497/2002, de 23 de septiembre; nº 878/2002, de 17 de mayo; nº 76/2002, de 25 de mayo; nº 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la *arbitrariedad* se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en aquellos otros en que se vulneren normas de contenido sustancial (*vid.* SSTS nº 29/208, de 17 de mayo;

nº 249/2019, de 3 de junio; nº 743/2013, de 11 de octubre; nº 152/2015, de 24 de febrero; nº 723/2009, de 1 de julio, ente otras).

En atención a las razones antes expuestas resulta sencillamente inverosímil concluir que la actuación de los querellados pudiera resultar adjetivada de arbitraria, pues: a) no existía norma alguna que impusiera con carácter expreso la obligación de decretar el estado de alarma y, mucho menos, de hacerlo antes del 14 de marzo de 2020; b) con anterioridad a la aprobación del estado de alarma los querellados no gozaban de competencias en materia sanitaria que permitan considerar que les correspondía la adopción de medidas de prevención epidemiológica; c) no consta que ninguna de las Administraciones autonómicas hubiera instado al Gobierno a decretar el estado de alarma; d) hasta aquella fecha las autoridades sanitarias internacionales únicamente habían trasladado meras recomendaciones a los Gobiernos europeos.

4º) A mayor abundamiento, y a los meros efectos dialécticos, las anteriores consideraciones impiden plantear, tan siquiera, que pudiera concurrir en los querellados el elemento subjetivo exigido por el tipo penal. Resulta notorio que no existe elemento alguno que permita afirmar que aquellos obraron a sabiendas de un modo deliberadamente contrario al ordenamiento jurídico.

Así las cosas:

a) La OMS no realizó la declaración oficial de pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2 hasta el día 11 de marzo de 2020.

b) El informe del Centro Europeo de control y prevención de enfermedades de fecha 2 de marzo de 2020 nos situaba aún en el escenario 1, con posibilidad de rápida evolución al escenario 2, en los cuales no se contemplaba la suspensión de eventos multitudinarios más que en circunstancias excepcionales, dejando la recomendación general de suspensión sólo para los escenarios 3 y 4. En ese sentido, los países de nuestro entorno (Alemania o Francia, con cifras que entonces duplicaban en contagios a las de España) únicamente establecieron medidas limitativas para reuniones de más de 1000 o 5000 personas en espacios cerrados, y las manifestaciones del Día de la Mujer el 8 de marzo se celebraron en

todo el ámbito de la Unión Europea (a excepción de Italia, como decíamos, en atención a su especial situación).

c) El día 7 de marzo de 2020 se habían declarado 374 contagios en todo el territorio español. Según el informe núm. 6 de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica de fecha 5 marzo de 2020, en la Comunidad de Madrid se había declarado 90 casos, el 47% de ellos importados.

7) Análisis del delito de prevaricación administrativa ejecutado en modo activo.

Por los querellantes se califica como prevaricación administrativa continuada los siguientes hechos, según aparece explicitado al folio 58 de la querella: alargar de forma artificial, por no resultar necesario, el estado de alarma; elaborar y difundir de determinados protocolos de actuación; proporcionar diversas órdenes a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad; y cesar al coronel Diego Pérez de los Cobos y a José Antonio Nieto González.

Los argumentos antes ofrecidos en orden a rechazar la ejecución de una prevaricación omisiva por parte de los querellados resultan de aplicación, *mutatis mutandi*, a los hechos ahora analizados:

- Los diferentes Decretos de prórroga del estado de alarma no resultan susceptibles de ser calificados como “*resolución en asunto administrativo*”, por gozar de rango y fuerza de ley, tal y como se precisa en la STC nº 83/2016, de 28 de abril, y en el ATC nº 7/2012, de 13 de enero.

- No se aportan por los querellantes, más allá de meras valoraciones personales, razones que permitan afirmar que el estado de alarma se prorrogó de modo innecesario por un plazo de tiempo superior al legalmente procedente. A tal efecto, debe recordarse que las distintas prórrogas fueron expresamente autorizadas por el Congreso de los Diputados, circunstancia difícilmente compatible con su calificación como ilegal, y mucho menos arbitraria.

- Al objeto de valorar la licitud y falta de arbitrariedad de la actuación desarrollada por el Gobierno basta con analizar el contenido del *Plan para la transición hacia la nueva normalidad* de fecha 28 de abril de 2020, en donde se exponen pormenorizadamente los criterios científicos y técnicos que fueron tomados en consideración en la gestión de la denominada “*desescalada*”.

- Los acontecimientos acaecidos tras el levantamiento del estado de alarma, que incluso han motivado la aprobación de nuevas medidas de confinamiento en algunas partes del territorio, no permiten sino constatar que la duración del estado de alarma no resultó excesiva.

- No se aporta en la querella dato o razón alguna acerca de los motivos por los que -en opinión de los querellantes- se elaboraron y difundieron protocolos de actuación que pudieran merecer ser tildados de prevaricantes, ni se precisan cuáles son, ni mucho menos se concreta qué norma o precepto, o incluso principio general del Derecho, habrían vulnerado.

Asimismo, en relación a la vulneración del derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE) y el art. 542 CP, resulta oportuno recordar la STS nº 249/1998, de 24 de febrero, cuando dispone que “*la conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o simple negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (sentencias de 22 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993 y 7 de febrero de 1994). Nos hallamos ante un delito de resultado al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento. No bastando el acuerdo o resolución de impedir, de modo que el ciudadano no pueda ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad. El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas», es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos*”.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto objeto de autos, no puede sino concluirse que los hechos relatados en la querella no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art. 542 CP, en tanto en cuanto el Presidente y demás miembros del Gobierno se hallaban legalmente facultados, con arreglo al art. 11 a) de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, para *“limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”*, motivo éste por el que, en desarrollo de aquella previsión legal, y sin otro objeto que el de tutelar la salud pública de todos los ciudadanos y ciudadanas de España, aprobaron el RD 463/2020, de 14 de marzo, cuyo art. 7 decretó la limitación de la libertad de circulación en los términos antes referenciados. Previsión normativa que, tal y como se indicó anteriormente, resultó convalidada por el Congreso de los Diputados.

Por lo demás, como se señalaba en el ATS de fecha 21 de junio 2012 (recurso núm. 20200/2012), *“la relevancia de este tipo delictivo impide también efectuar un uso abusivo y degradado del mismo, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que la estimación de cualquier demanda administrativa por el procedimiento especial de la Ley 62/78 o de amparo ante el TC por vulneración de derechos fundamentales cometida por una autoridad o funcionario público debería determinar necesariamente una condena penal por dicho delito”*.

Parece oportuno precisar, además, que recientemente la Sala Tercera del TS ha subrayado, en su Auto de fecha 19 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020), que no puede perderse de vista, al analizar la corrección legal de las distintas restricciones impuestas durante el estado de alarma, que los derechos a la vida e integridad siempre deben ser considerados prioritarios, de ahí que aquellas medidas adoptadas al objeto de conjurar riesgos serios y reales contra tan importantes derechos siempre deban prevalecer, aun cuando supongan la limitación de otros, también relevantes, como el derecho a la libertad de circulación.

Por último, respecto de los hechos relativos al cese del coronel Pérez de los Cobos y de D. José Antonio Nieto González, debe

rechazarse de plano la posible existencia de responsabilidad criminal.

Así las cosas, respecto del primero de los ceses, debe advertirse que los hechos ya resultaron denunciados y archivados por el Juzgado de Instrucción nº 11 de los de Madrid, en el seno del Procedimiento Diligencias Previas nº 811/2020. Nótese que, a pesar de que los querellantes se limitan a atribuir responsabilidad criminal a los miembros del Gobierno por la resolución en virtud de la cual se decretó aquel cese, lo cierto es que el mismo fue decretado por el Secretario de Estado de Seguridad, D. Rafael Pérez Ruiz, a propuesta de la Directora General de la Guardia Civil, Dña. María Pérez Gámez. Dicho extremo resulta sumamente relevante atendida la configuración como delito especial propio del delito de prevaricación administrativa, pues, la referenciada cualidad conduciría a considerar como único posible autor del delito a D. Rafael Pérez Ruiz, haciendo descansar la posible responsabilidad de cualquier otro sujeto que pudiera haber intervenido en la ejecución del delito como *extraneus*, en la previa constatación de la realización de una conducta típica y antijurídica por parte del *intraneus*.

De ahí que, habiendo declarado el Juzgado de Instrucción nº 11 de los de Madrid, por Auto de fecha 1 de junio de 2020, la atipicidad de la conducta desarrollada por D. Rafael Pérez Ruiz, consistente en decretar el cese del coronel Pérez de los Cobos, no pueda sino inadmitirse a trámite la querella en relación a dicho particular, por no resultar posible bajo ningún concepto exigir responsabilidad criminal a quien ostenta la condición de *extraneus* respecto de aquel delito, cuando previamente ya ha sido declarada la falta de tipicidad de los hechos ejecutados por quien aparece como *intraneus*.

Similares argumentos conducen a interesar, asimismo, la inadmisión a trámite de la querella en relación al cese de D. José Antonio Nieto González como jefe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de la Policía. Pues lo cierto es que dicho cese fue decretado por D. Francisco Pardo Piqueras, en su condición de Director General del Cuerpo Nacional de Policía, en ejecución del RD 400/2012, de 17 de febrero. Dicha circunstancia haría necesario, por lo tanto, que se incoara con

carácter previo un procedimiento penal al objeto de valorar el carácter típico de la conducta desarrollada por aquel, en su condición de *intransigente* del delito de prevaricación denunciado, de suerte que solo para el caso de obtenerse indicios de responsabilidad criminal en el curso de aquel procedimiento, resultaría justificado dirigir el mismo respecto de alguno de los miembros del Gobierno de España. Por lo demás, debe advertirse que los querellantes afirman que el cese de D. José Antonio Nieto González resultó ilegal de un modo a todas luces gratuito, apoyando su tesis en meras conjeturas carentes de toda base legal, pues afirman que el cese fue ordenado por los querellados fruto de motivaciones espurias, sin aportar un solo indicio, por mínimo que este sea, acerca de dicho extremo.

8) Análisis del delito contra los derechos de los trabajadores.

Respecto de este tipo penal, debe subrayarse desde un primer momento que no se identifica en momento alguno por los querellantes la comisión de los concretos hechos delictivos imputados, resultando por ello sencillamente imposible determinar la autoría de los mismos y su posible relevancia criminal, habida cuenta de los cambios competenciales producidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Así, debe subrayarse que el acopio y puesta a disposición de los materiales y equipos de protección individual con anterioridad a la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, resultaba -por lo general- una competencia propia de las comunidades autónomas. Mientras que, a partir del 14 de marzo de 2020, cabría concluir que pasó a convertirse en una competencia compartida.

Tampoco se infiere del contenido de la querella que se haya producido ni grave infracción de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, ni tampoco un correlativo riesgo, concreto y grave, para la vida y salud de los trabajadores, en los términos exigidos por los arts. **316** y **317** CP.

Asimismo, se desconoce quién o quiénes -aun genéricamente- son los trabajadores expuestos al riesgo, en qué centros prestaban sus servicios y, ante todo, qué nexo causal existía entre la situación de riesgo a la que los mismos pudieran haber sido expuestos y la actuación desarrollada por los querellados.

En definitiva, elementos todos ellos que permiten afirmar que lo que en realidad pretende el querellante es que se desarrolle una investigación prospectiva, al objeto de fiscalizar la actuación desarrollada por el Gobierno de España en relación a la posible comisión, en abstracto y de modo genérico, de alguno o varios delitos Contra la Seguridad e Higiene de los Trabajadores.

Por lo demás, debe precisarse que resulta difícil concebir, incluso en abstracto, que alguno de los querellados pudiera ostentar materialmente la condición de sujeto activo del delito. Pues, como nos recuerda la Sentencia nº 208/2019, de 18 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (recurso núm. 312/2019), *“a la delegación de funciones en el ámbito empresarial se ha referido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, en la que se declara que no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor de exonerar de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la funciones y que disponen de medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar [...] 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”*.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de análisis, parece impensable que alguno de los Ministros querellados pudiera desarrollar personalmente funciones en materia de prevención de riesgos laborales, resultando

inconcebible que pudieran tener personal conocimiento de las concretas situaciones de riesgo para la vida o integridad de alguno o varios trabajadores que pudieran haber llegado a producirse, de ahí que resulte lógico descartar que alguno de los querellados pudiera ostentar un auténtico dominio del hecho sobre las concretas situaciones de peligro que pudieran haberse llegado a producir como consecuencia de la escasez de equipos de protección individual.

Por consiguiente, no cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a los querellados en base a criterios meramente formales y objetivos de atribución de responsabilidad, pues, como se indica en la STS nº 642/2001, de 10 de abril, *“no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que “será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación” (FJ 1º)”*.

Interpretación esta análoga a la desarrollada por la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía en su Auto nº 38/2020, de 16 de junio (recurso núm. 3/2020), cuando dispone: *“La entidad denunciante, parte de un hecho notorio, cual es el de un elevado número de profesionales sanitarios contagiados por el COVID-19 en Andalucía. De este dato infiere que hayan existido causas imputables a los responsables políticos y autoridades sanitarias, por incompetencia, incapacidad de coordinación, insuficiencia de instalaciones, errores en la gestión para la obtención de material de protección o falta de medios humanos, y en consecuencia plantea la posibilidad de un delito de los arts. 316 a 318, por infracción dolosa o imprudente de la normativa de seguridad en el trabajo. [...] No se concreta, sin embargo, un comportamiento personal del único aforado ante esta Sala, que revelase que teniendo el dominio del hecho (es decir, teniendo la posibilidad cierta de comportamientos alternativos acordes con la normativa penal), hubiese infringido dolosa o imprudentemente la normativa de prevención de riesgos laborales. Es obvio que no basta con decir que no contó con prontitud con los más perfeccionados equipos de*

protección individual para los sanitarios, como personas expuestas a un especial riesgo de contagio. De esa constatación podrán deducirse consecuencias jurídicas como la responsabilidad laboral o civil, cuando se haya constatado el padecimiento de un daño (contagio, dolencias o muerte) típicamente ligado al incremento de riesgo derivado de una insuficiencia de medios adecuados de protección. Pero para que exista responsabilidad por los tipos penales indicados sería preciso identificar al menos indiciariamente, una infracción (generalmente mediante un acta de inspección laboral) determinada por la decisión consciente del (en nuestro caso) Consejero de Salud y Familia, de no hacer lo que debía y podía hacer, o por una desatención o descuido que pudiera calificarse como gravemente imprudente, evitable con la diligencia exigible según las circunstancias” - Vid. en idéntico sentido el Auto de la Sala Civil y Penal del TSJ de Castilla y León nº 25/2020, de 3 de julio (recurso núm. 20/2020).

En definitiva, parece claro que el criterio del “*dominio del hecho*” es fundamental en orden a atribuir la cualidad de sujeto activo por los delitos contra los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, las eventuales responsabilidades penales derivadas de la posible infracción de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Resultando inimaginable que, en el presente caso, atendida la compleja organización de la administración sanitaria en los distintos territorios y centros de trabajo, pueda concebirse que el Ministro de Sanidad tuviera “*el control del riesgo*” de cada centro de trabajo en el que supuestamente no se proporcionaron las medidas de seguridad, y respecto a cada trabajador cuya vida o integridad física pudiera haber llegado a estar en peligro.

Por lo demás, debe precisarse, a los meros efectos dialécticos, que, aun para el caso de constatare que, en efecto, pudieran haberse llegado a producir situaciones en que la salud e integridad de los trabajadores pudiera haber llegado a peligrar, fruto del riesgo de contagio de COVID-19, resulta sencillamente notorio que la escasez de los equipos de protección individual no podría resultar atribuible al Ministerio de Sanidad, pues son de general y público conocimiento las dificultades que existieron al objeto de lograr la adquisición de aquellos productos, atendida la coyuntura internacional.

Claro ejemplo de las dificultades que existieron en relación a la adquisición de equipos de protección individual, particularmente de mascarillas, resulta la propia Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, *por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*, en que se venía a disponer la necesidad de tramitar por el procedimiento de emergencia la adquisición de los equipos de protección individual. O en idéntico sentido la Orden TMA/292/2020, de 26 de marzo, *por la que se regula una segunda adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana*.

Finalmente, parece oportuno recordar que la paralización de las actividades esenciales resultaba a todas luces inviable, atendida la colisión de bienes jurídicos en juego. De una parte, la seguridad e integridad individual de los trabajadores y, por otra, la salud pública o colectiva. Como nos recuerda el Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (caso Personalrat Der Feuerwehr Hamburg) dictado en fecha 14 de julio 2005, “*cuando existan circunstancias excepcionales de gravedad y magnitud, el objetivo de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de intereses públicos como el orden, la salud y la seguridad públicos, debe prevalecer provisionalmente sobre aquel otro consistente en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destinados en los equipos de intervención y de socorro* (§61).

Criterio asimismo reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 12 de enero de 2006, “*En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud, así como de la seguridad colectiva, y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores*” (§27).

9) Análisis del delito contra los sentimientos religiosos.

A pesar de que los querellantes no concretan qué hechos serían aquellos que a su juicio merecen subsumirse en los arts. **522.1** y **523** CP, parece lógico pensar que, en realidad, se estaría aludiendo a las restricciones a la libertad de culto introducidas por el art. **11** del RD 463/2020, de 14 de marzo, así como por el resto de disposiciones aprobadas en el marco de la restricción de la libertad de circulación que se impusieron durante el estado de alarma.

Debe advertirse, sin embargo, que al margen de que el derecho a la libertad religiosa no se configure como un derecho absoluto - art.**16.1** CE-, resulta notorio que su afectación derivada de las restricciones a la libertad de circulación impuestas durante el estado de alarma no resulta subsumible ni en el art. **522.1**, ni desde luego en el art. **523** CP.

Como nos recuerda la STS nº 620/2018, de 4 de diciembre, “*lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó. Ello permite excluir del tipo los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación, que cesa inmediatamente y que pueda considerarse menor. Incluso algunas conductas que, formalmente, pudieran calificarse como impeditivas, por momentos muy breves, del acto religioso, si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas. Conforme señala la doctrina penalista, lo que se protege a través de este tipo penal no es el sentimiento religioso personal sino el ejercicio de la libertad religiosa que se ve perjudicada cuando se utiliza violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para impedir sus manifestaciones. Se protege, pues, la dimensión comunitaria del derecho a la libertad religiosa*”.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho objeto de autos, no cabe sino concluir que no resulta subsumible en los referenciados tipos penales la restricción de acceso a los lugares de culto motivada por la limitación de la libertad de circulación instaurada durante el estado de alarma, con arreglo al RD 463/2020, de 14 de marzo, los decretos de prórroga y demás normas de desarrollo, en tanto en cuanto el tipo exige que la limitación del derecho sea impuesta mediante “*violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo*”.

En definitiva, resulta evidente que las restricciones a la libertad, en cualquiera de sus vertientes, decretada por el Gobierno con arreglo a los procedimientos legales, con autorización del Congreso de los Diputados, al objeto de conjurar la situación de crisis sanitaria, no reúne los requisitos típicos exigidos por el art. **522.1** CP. Siendo posible, asimismo, trasladar las anteriores consideraciones en lo que a la posible subsunción de la conducta en el art. **523** CP se refiere.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20502/20.

Querellante: **Asociación “Terra Sos-Tenible”.**

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, Presidente del Gobierno, y determinados Ministros, Magistrados del Tribunal Constitucional, Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y Defensor del Pueblo que se citan en la querella.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delitos de homicidio doloso y por imprudencia de los arts. **138** y **142** CP, lesiones del art. **147** CP, omisión de deber de socorro del art. **195** CP, contra la integridad moral del art. **173** CP, abandono de familia del art. **226** CP, contra el medio ambiente y los consumidores de los arts. **325** y **285 bis** CP, prevaricación administrativa, judicial y retardo malicioso de los arts. **404**, **446** y **449** CP, malversación de caudales públicos del art. **432** CP, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos del art. **442** CP, contra la libertad religiosa, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos de los arts. **522** y **523** CP, desórdenes públicos del art. **561** CP, contra la independencia del estado y soberanía nacional de los arts. **589** y **592** CP, delito de genocidio del art. **607** CP y delito de lesa humanidad del art. **607 bis** CP.

Sanciona el art. **138** CP “*al que matare a otro*”.

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”.

Sanciona el art. **147** CP “*al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”.

Sanciona el art. **195** CP al que “*no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*”.

Sanciona el art. **226** CP “*al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados*”.

Sanciona el art. **285 bis** CP “*a quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, (...) A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado*”.

cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros”

Sanciona el art. 325 CP al “que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”.

Sanciona el art. 404 CP a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Sanciona el art. 446 CP a “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta”

Sanciona el art. 449 CP al “1. Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior (...)”

Sanciona el art. 432 CP a “1. la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público”.

Sanciona el art. 442 CP a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Sanciona el art. 522.1 CP a “los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa a practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismo”.

Sanciona el art. 523 CP al que “con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio del Interior”.

Sanciona el art. 561 CP a “quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento”.

Sanciona el art. **589 CP** al “*que publicare o ejecutare en España cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado, se oponga a la observancia de sus Leyes o provoque su incumplimiento*”.

Sanciona el art. **592 CP** a “1. los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieran inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras. 2. Quien realizara los actos referidos en el apartado anterior con la intención de provocar una guerra o rebelión será castigado con arreglo a los artículos 581, 473 ó 475 de este Código según los casos”.

Sanciona el art. **607 CP** a “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º (...) si mataran a alguno de sus miembros.

2.º (...) si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º (...) si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4.º (...) si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º (...) si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado”.

Dispone el art. **607 bis CP** que “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

La querella se interpuso el día 22 de junio de 2020, reservándose el querellante el derecho a ampliarla contra el Defensor del Pueblo (quien, no obstante, ya se encuentra entre los querellados), la Fiscal General del Estado, los miembros de la Comisión Permanente del CGPJ y los miembros de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin mayor especificación.

El relato de hechos, cuya trascendencia penal se pretende, consume un total de 265 folios, razón por la cual se exponen acto seguido de forma muy extractada y siguiendo el orden expositivo del propio querellante.

En primer lugar, dedica el querellante las primeras 221 páginas del apartado CUARTO de su escrito de querella a efectuar un relato cronológico de una serie de acontecimientos que entiende estrechamente vinculados a la pandemia por COVID 19. Dicho relato se estructura en un total de 153 hitos temporales.

Debe señalarse que, según reconoce el propio querellante, esta primera parte de su relato se obtiene de fuentes abiertas, públicas y privadas. No existe por tanto constancia alguna de la exactitud y/o veracidad de las informaciones que se vierten en este epígrafe, si bien se entiende de todo punto innecesario efectuar minuciosas comprobaciones al respecto, dado que la descripción no incluye hecho alguno que, tal y como resulta expuesto, pueda revestir relevancia penal. Se trata más bien de un repaso *histórico* a una serie de acontecimientos seleccionados por el querellante de entre los que se publican en medios de comunicación como ocurridos en el mundo en relación con la pandemia por COVID 19, remontándose el relato a la lejana fecha de 28 de junio de 2018 y terminando el 20 de mayo de 2020.

Se refieren con detalle noticias sobre primeros y sucesivos contagios y/o fallecimientos por la enfermedad de coronavirus en China, España y en el resto del mundo, entremezclados con otros hechos que poco o nada tienen que ver con la situación sanitaria pasada y presente. El prolijo relato de los hechos que el querellante ha tenido a bien seleccionar se salpimenta, en ocasiones, con declaraciones hechas por responsables políticos y/o asesores del Gobierno de España y por otras personalidades, sin que se alcance a determinar la necesidad de efectuar tan extensa introducción.

En el apartado QUINTO de la querella titulado “*Declaración del Estado de Alarma*”, se afirma en primer término que “no se va a

dedicar ni una sola línea de la querella frente a cuestiones de si se tomaron las medidas muy pronto o muy tarde, lo que traemos a debate como razón esencial de la acción es si las medidas se tomaron dentro de los cauces legales y con todas las garantías, y si se desplegaron los mecanismos necesarios para mantener el Estado de Derecho”.

A continuación, el querellante transcribe parte de los siguientes instrumentos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Declaración sobre Epidemias y Pandemias, hecho por la 68ª Asamblea de la AMM, Declaración de Ginebra, adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM Ginebra, Declaración de Helsinki, de la AMM para las investigaciones médicas en seres humanos, Declaración de Lisboa de la AMM sobre los Derechos del Paciente, Declaración de la AMM sobre automedicación, Convenio de Oviedo, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En el apartado SEXTO, titulado “*Hechos Singulares*”, el querellante efectúa un relato algo desordenado en el que se entremezclan acontecimientos que no ofrecen discusión -como la propia declaración del estado de alarma en nuestro país-, con diversas menciones a procedimientos penales y/o contencioso administrativos incoados a denuncia del propio querellante o de otras personas, siempre en relación a cuestiones vinculadas con la emergencia sanitaria.

Se hace igualmente referencia a una pluralidad de solicitudes de información que el querellante cursó en diversas instancias y que entiende desatendidas.

El apartado SÉPTIMO se titula, como el quinto, “*Declaración del Estado de Alarma*”, y transcribe buena parte de la literalidad del articulado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en virtud del

cual se declara el estado de alarma y se afirma que su contenido supuso una limitación al ejercicio de algunos derechos.

En el apartado OCTAVO se enuncian una serie de instrumentos normativos y modificaciones legales efectuadas entre el 10 de marzo y el 17 de marzo que se califican por el querellante de *«mero antojo de política económica general injustificada, colmo del despropósito, de la opacidad y del totalitarismo más democrático», «actividad legislativa sorpresiva y dictatorial», «medidas arbitrarias y esperpénticas, nada coordinadas ni sintónicas con el resto de países europeos», etc.*, juicios de valor todos ellos que pueden estar amparados por la libertad de expresión y crítica del querellante, pero que, según analizaremos más adelante, no se acompañan de ningún aporte probatorio justificativo del inicio de una investigación penal.

En similares términos se pronuncia el querellante en el apartado NOVENO de la querella titulado “*Nueva Normalidad*”, en el que muestra su desacuerdo con el contenido del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, atribuyendo al Gobierno las *«habituales displicencia y contumacia que le caracterizan, con el amparo, apoyo, y complicidad de sus socios y de la oposición»*, considerando que las medidas propuestas carecen de la *«mínima racionalidad o justificación científica y entran de nuevo en el campo de la literatura y el cuento»*.

El apartado DÉCIMO de la querella titulado “*Resumen de Hechos no Controvertidos y Realidad objetiva*” considera como tales acontecimientos que nada tienen que ver con la pandemia o carecen de relevancia penal, junto a otros que en modo alguno pueden considerarse como no controvertidos, formando parte en todo caso de un relato en el que se llega a negar la eficacia de los confinamientos como medio para incidir en el curso de la enfermedad, atribuyéndoles más muerte y destrucción que la ocasionada por la propia enfermedad de COVID 19.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, la mera comparación entre los numerosos títulos de imputación invocados por el querellante y el relato de hechos que este efectúa en el cuerpo de la querella, permite inferir sin dificultad la falta de relevancia penal de los segundos y la imposibilidad de su encaje en los tipos penales referenciados más arriba.

Así pues, de conformidad con lo preceptuado por el art. **313** LECrim, se entiende que procede la inadmisión a trámite de la querella formulada, en tanto en cuanto los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal alguno, tratándose algunos de ellos de meras manifestaciones o elucubraciones del querellante sin soporte en principio de prueba que justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Conviene además subrayar la notable indeterminación de los hechos atribuidos al Presidente, los integrantes del Gobierno de España, los Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo. La responsabilidad criminal se les imputa de forma difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban o la función que desempeñaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, o incluso como consecuencia de la falta de acuerdo del querellante respecto de conductas que, en cualquier caso, carecerían de trascendencia penal. Tampoco se determina si el reproche penal es singularizable o acumulativo, es decir, si todos los querellados son autores de todos los delitos, o solo algunos lo son de determinadas infracciones, y en este último caso, quiénes y de cuáles.

Las anteriores consideraciones, sin necesidad de mayor argumentación, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella a la que se refiere este informe, tal como como recuerda el ATS de 11 de marzo de 2020 (recurso núm. 20964/2019), “conforme

una jurisprudencia reiterada de esta Sala -ATS de 24 de marzo de 2017 (causa especial núm. 20074/2017), entre otros muchos-, el artículo 313 de la LECrim ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito. b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional. De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de

octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre)".

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por la querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Apunte metodológico.

Se analizarán a continuación, separadamente, aquellos tipos penales que resultan invocados. Dada la falta de concreción aludida más arriba en cuanto a quiénes se pretenden autores y de qué delitos, la respuesta que haya de darse en cada caso vendrá condicionada por esa indeterminación.

El querellante efectúa con carácter previo una referencia genérica y sistemática a cada infracción penal, siendo mucho más parco a la hora de facilitar el sustrato fáctico susceptible de integrar cada uno de los delitos y el principio de prueba que justifique el inicio de una investigación. Este defecto no solo es predicable de este momento procesal, ciertamente embrionario, sino que, vista la inocuidad de las diligencias de investigación solicitadas, se mantendría ulteriormente en el improbable caso de que se resuelva la admisión de la querella.

Sin perjuicio de lo anteriormente apuntado, se efectuará a continuación un análisis -en ocasiones somero, pero consideramos que suficiente, de todas y cada una de las imputaciones efectuadas.

4) Análisis del delito del art. 542 CP.

Ubicado en la Sección 3ª titulada *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales*, dentro del Capítulo V relativo a los *delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*, el art. **542** es un tipo penal de carácter residual o subsidiario con el que el legislador ofrece protección penal a los atentados contra los derechos cívicos o

fundamentales de la persona que carecen de la expresa protección penal a que se refieren los arts. 537 a 541 CP.

Se trata además de un delito especial impropio en el que el sujeto activo necesariamente ha de ser una autoridad o funcionario público conforme a la definición auténtica que a tal fin facilita el art. 24 CP. La conducta típica remite a una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o mediante la simple negativa; la doctrina jurisprudencial interpreta que es indiferente el medio con tal de que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho de que se trate.

Asimismo, se trata de un tipo penal de resultado, al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento, no bastante el acuerdo o la resolución de impedir.

En cuanto al elemento subjetivo, el tipo penal solo concibe la modalidad dolosa, el dolo directo abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca *a sabiendas*, es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de que es titular el sujeto pasivo que intenta actuarlos, de modo que no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho. Es por ello que resultan atípicas aquellas conductas que, paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del funcionario público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que el mismo comporta.

Del somero análisis anterior se concluye con claridad que la querella pretende una inviable interpretación extensiva del ámbito de aplicación del tipo penal invocado. En primer término y en cuanto al tipo objetivo, el propio tenor literal del precepto impide la consideración de un sujeto pasivo de naturaleza colectiva, pues tanto la referencia expresa a los derechos de *una persona*, como la ubicación del precepto en la Sección relativa a *otros derechos individuales*, remiten a una persona individual e individualizada como sujeto pasivo de la infracción penal, titular de un derecho que debe concretarse de entre aquellos que no están específicamente amparados en otros preceptos del Código Penal.

A mayor abundamiento, el estado de alarma fue, como es de conocimiento público, prorrogado en diversas y sucesivas ocasiones, con la preceptiva convalidación parlamentaria. Así pues, de seguir la tesis del querellante, se llegaría al absurdo de considerar la conducta de los Sres. Diputados del Congreso que votaron favorablemente a cada una de las diferentes prórrogas del estado de alarma, como *cooperadores necesarios* de la infracción penal pretendida.

Las anteriores consideraciones constituyen, a juicio del Ministerio Fiscal, obstáculos insalvables para incardinar los hechos objeto de la querella en el precepto que se invoca. Si atendemos además al elemento subjetivo del injusto, dicha conclusión no hace sino reafirmarse. Como ya se adelantó, es preciso un dolo específico de actuar el sujeto activo *a sabiendas* y con propósito deliberado de impedir el ejercicio del derecho a su titular, circunstancias todas ellas que en el caso que nos ocupa, están muy lejos de concurrir.

Parte además el querellante de considerar que determinados derechos de la ciudadanía se vieron limitados en su ejercicio por la declaración del estado de alarma, hecho este que es incontrovertido y carece en absoluto de relevancia penal. No obstante, y dado que en otro pasaje de su querella da a entender que los derechos de la ciudadanía fueron cercenados en el contexto de un *estado policial*, y que la verdadera situación creada exigía de la declaración del estado de excepción, quizá convenga en este momento no escatimar algunas precisiones. El Presidente y los demás miembros del Gobierno se hallaban legalmente facultados, con arreglo al art. 11 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, para limitar el normal ejercicio de ciertos derechos, además de adoptar medidas susceptibles de calificarse como de extraordinarias. Motivo este por el que, en desarrollo de aquella previsión legal, se aprobó el RD 463/2020, de 14 de marzo, cuyo art. 7 decretaba la limitación de la libertad de circulación, previéndose además toda una serie de otras medidas dirigidas a hacer frente a la situación de emergencia sanitaria.

Es cierto, por tanto, que el estado de alarma dio lugar a una *limitación* en el normal ejercicio de ciertos derechos, restricciones a las que se les reconocieron diversas y muy sensibles excepciones: en el caso de la libertad deambulatoria, durante el confinamiento se permitía acudir a comprar víveres, al trabajo en determinados supuestos, atender determinados servicios, etc. Considerar que estas condiciones fueron impuestas en fraude de ley y de forma ilícita

e injustificada exige no solo obviar la ineludible convalidación parlamentaria de las sucesivas prórrogas, sino dar también por acreditada una voluntad en los querellados muy alejada de la que estuvo en el origen de dichas decisiones, directamente vinculadas a la situación de pandemia por coronavirus, las recomendaciones sanitarias conforme al estado de la ciencia en la secuencia temporal a que nos referimos y la tutela de la salud pública.

Parece oportuno precisar además que recientemente la Sala Tercera del TS ha subrayado en su Auto de fecha 19 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020), que no puede perderse de vista, al analizar la corrección legal de las distintas restricciones impuestas durante el estado de alarma, que los derechos a la vida e integridad siempre deben ser considerados prioritarios.

De ahí que aquellas medidas adoptadas al objeto de conjurar riesgos serios y reales siempre deban prevalecer, aun cuando supongan la limitación de otros derechos, también relevantes, como el derecho a la libertad de circulación. Lo cierto es que, más allá de las afirmaciones del propio querellante, no se facilita indicio alguno que haga pensar en la existencia de un dolo directo de cercenar los derechos fundamentales y cívicos de la ciudadanía por parte de los querellados.

5) Análisis del delito contra los sentimientos religiosos.

En aras del principio de economía procesal, el Ministerio Fiscal reproduce el informe que sobre el precitado tipo penal se ha desarrollado *supra* en el marco de la Causa Especial 3/20374/20.

6) Análisis de los delitos contra la independencia del Estado y la soberanía nacional y delito de desórdenes públicos.

Sintetiza el querellante el relato fáctico en el que pretende sustentar esta pretensión en que *“los miembros del Gobierno han alcanzado acuerdos ajenos a los intereses nacionales e incluso han participado con fondos públicos en actividades globalistas ajenas a nuestra democracia y orden constitucional. El estado de alarma, la gestión y las decisiones han quedado en manos de instituciones públicas y privadas extranjeras, favoreciendo una ruina económica*

que quedará en manos de fondos de inversión extranjeros que comprometerán absolutamente la soberanía y la democracia. Hay un interés en arruinar este país y en someterlo a una tiranía financiera que condicione la democracia, siendo evidente este objetivo al no haberse justificado ni una sola de las medidas económicas tomadas en virtud del Estado de Alarma”.

Aun vinculando las anteriores apreciaciones a las pretendidas reuniones secretas que se dicen celebradas entre el presidente del Gobierno y algunos de sus ministros con George Soros y/o con su hijo Alexander, o con la alegada colaboración del Gobierno español con la Fundación Bill & Melinda Gates, debería rechazarse la imputación pretendida, no solo porque las tales elucubraciones están exentas de actividad probatoria alguna, siquiera indiciaria, sino porque tampoco resultan suficientes para integrar los elementos de los tipos penales de los arts. **589** y **592** CP.

Por lo que se refiere a los desórdenes públicos, el tipo penal castiga a quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento. El querellante alega que las informaciones falsas del Gobierno han generado un estrés social interesado con el ánimo de menoscabar la resistencia y la autonomía ciudadanas, la disidencia o la defensa de sus derechos.

No concreta a qué afirmaciones se refiere, generando la duda en el lector respecto de que sea la propia situación de pandemia lo que considera falsamente difundido. En cualquier caso, enfrentamos nuevamente una mera opinión del querellante que se pretende elevar a la categoría de hecho probado. La imputación, por consiguiente, debe desestimarse.

7) Análisis de los delitos de prevaricación judicial: dolosa, culposa y de retardo malicioso.

Hemos de suponer que el querellante atribuye estas infracciones a los Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal

Supremo que aparecen como querellados, descartando la imputación de los que forman parte del Tribunal Constitucional, dado que no se especifica en la querella que parte de su actividad se considera penalmente relevante.

Según el querellante, “esta parte entiende que las dilaciones y la falta de resolución, así como algunas de las resoluciones no firmes alcanzadas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, cumplen con los elementos objetivos y subjetivos de este ilícito penal en tanto en cuanto las dilaciones exceden de lo razonable en procedimientos de tutela de los derechos fundamentales [...] debiendo la Sala estar demasiado ocupada con otros asuntos sobre los que pende suspensión de plazos y términos...”.

No se hace referencia específica a procedimiento ni resolución judicial alguna atribuibles a los Magistrados del Tribunal Supremo cuyos nombres y apellidos aparecen enumerados en el apartado tercero de la querella, razón por la cual debe descartarse de plano esta imputación.

8) Análisis de los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función.

Según el querellante, “resulta patente que la conexión del Gobierno con organizaciones filantrópicas poseedoras de fondos de inversión en abuso de información privilegiada, constituye un ejercicio de negociaciones prohibidas, máxime cuando el Ministerio de la Ciencia y el de Sanidad pactan modificaciones de la dinámica del mercado y pactan compras en virtud de información privilegiada”.

A partir de estos hechos, se pretende su consideración como constitutivos de un delito del art. **442** del CP, que castiga a la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

Parece innecesario incidir en la insuficiencia del relato efectuado y la orfandad probatoria en la que nuevamente incurre el querellante.

9) Análisis del delito de malversación.

En la querella se afirma que España “viene funcionando de manera anómala desde el punto de vista presupuestario (no sé concreta a partir de qué fecha), y lo que no tiene cabida en ese contexto es un aumento de la arbitrariedad en el gasto público con finalidad clientelar -compras o subvenciones a simpatizantes- Se ha conducido al país a un estado de ruina interesada, en ausencia de controles de tesorería y sin tramitación pública de contratos, que podría subsumirse tanto en un delito de prevaricación como de malversación”.

Para que una conducta sea subsumible en el tipo penal de la malversación, es preciso: a) que el agente sea una autoridad o funcionario público; b) que el mismo tenga la detentación material de los caudales o una facultad de decisión jurídica sobre los mismos; c) que los caudales tenga la consideración de públicos, aunque no es necesario que estén realmente incorporados al patrimonio público, bastando con que sea su destino que pasen a engrosar ese patrimonio; d) que la conducta del agente consista, con ánimo de lucro, en sustraer o consentir que otro sustraiga tales caudales. (entre otras y por todas, SSTS 252/2008, de 22 de mayo, 1374/09, de 29 de diciembre y 132/10, de 18 de febrero).

Del somero análisis anterior se concluye que no resulta suficiente la mera denuncia de la autoridad sin una mínima concreción en relación con los caudales que se entienden malversados, exigiendo además el tipo penal la existencia de un ánimo de lucro que en el relato de hechos ni siquiera se menciona.

10) Análisis del delito de prevaricación administrativa, ejecutado de modo activo.

Por el querellante se califican como prevaricación administrativa los siguientes hechos, según aparecen descritos en algunos pasajes de la querella y más concentradamente, al folio 288: *“resulta patente que la falta de justificación técnica de las disposiciones del Gobierno en relación con el estado de alarma, y la simulada improvisación, deja patente la intencionalidad de los miembros del Gobierno en subvertir el orden constitucional y la legalidad ordinaria. Un expediente administrativo que justifique un estado de alarma de menos de 200 folios, no puede ser síntoma más que de la más absoluta perversión política. Fumigar a la población con un expediente de seis páginas sin ningún informe de ningún tipo, no puede obedecer a una normalidad democrática. Obligar al uso de mascarillas de forma irracional y generalizada mediante cuatro páginas de un expediente vacío de contenido no puede obedecer nada más que a un comportamiento abyecto y de desprecio hacia los ciudadanos que se ven afectados por ese abuso”*.

Los diferentes Decretos de prórroga del estado de alarma no resultan susceptibles de ser calificados como *“resolución en asunto administrativo”*, por gozar de rango y fuerza de ley, tal y como se precisa en la STC nº 83/2016, de 28 de abril, y en el ATC nº 7/2012, de 13 de enero.

No se aporta por el querellante, más allá de meras valoraciones personales, razones que permitan afirmar que el estado de alarma se prorrogó de modo innecesario por un plazo de tiempo superior al legalmente procedente. A tal efecto, debe recordarse que las distintas prórrogas fueron expresamente autorizadas por el Congreso de los Diputados, circunstancia difícilmente compatible con su calificación como ilegal, y mucho menos arbitraria.

Al objeto de valorar la licitud y falta de *arbitrariedad* de la actuación desarrollada por el Gobierno basta con analizar el contenido del *Plan para la transición hacia la nueva normalidad* de fecha 28 de abril de 2020, en donde se exponen pormenorizadamente los criterios científicos y técnicos que fueron tomados en consideración en la gestión de la denominada *“desescalada”*.

Los acontecimientos acaecidos tras el levantamiento del estado de alarma, que incluso han motivado la aprobación de nuevas medidas de confinamiento en algunas partes del territorio, no permiten sino constatar que la duración del estado de alarma no resultó excesiva.

No se aporta en la querella dato o razón alguna acerca de los motivos por los que -en opinión del querellante- se elaboraron y difundieron protocolos de actuación que pudieran merecer ser tildados de prevaricantes, ni se precisan cuáles son, ni mucho menos se concreta qué norma o precepto, o incluso qué principio general del Derecho, habrían vulnerado. Poco se puede añadir en relación con el pretendido carácter prevaricador que se atribuye a unas supuestas fumigaciones de la ciudadanía y/o a la imposición abusiva del uso de mascarillas.

11) Análisis de los delitos contra el medio ambiente y los consumidores.

Reitera aquí el querellante, textualmente, que: *“se ha procedido a la fumigación de la población sin información previa»* (página 262), y que *«una fumigación masiva con elementos biocidas que pretenda justificarse con un expediente de seis páginas sin ningún contenido, supone una quiebra de las normas básicas del derecho medioambiental y del principio de precaución que informa la política de medio ambiente. En tanto en cuanto el Gobierno se niega a justificar su conducta, esta se debe tener por temeraria y probablemente consumada»* (página 290).

El tipo penal cuya aplicación se invoca prevé el reproche penal para quien contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones inyecciones o depósitos en la atmosfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido en alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, causen o puedan causar daños

sustanciales en la calidad del aire, del suelo, de las aguas o de animales o plantas.

El relato fáctico efectuado es insuficiente, no concreta la secuencia que se pretende delictiva, ni aporta principio de prueba alguno, además de invocar una interpretación de la voluntad del agente contraria al principio de presunción de inocencia.

Añade el querellante que “tanto el estado de alarma, las medidas de humillación, las noticias falsas sobre la pandemia y la evolución, el maquillaje de cifras, el alarmismo mediático y las manifestaciones del Gobierno, han generado un estado de pensamiento social, un lavado de cerebro en el que la normalidad es imposible en tanto en cuanto no se consiga una vacuna. Se está modulando, forzando y condicionando a la población para que acepte el consumo de un producto -pagado a través de impuestos- e incluso con discursos violentos contra los “antivacunas”, se está promoviendo un consumo involuntario e incluso obligatorio. En estricto derecho de defensa, siendo falso que solo la vacuna sea la solución a esta pandemia, sino todo lo contrario, y ni habiendo sido acreditado documentalmente este extremo, la manipulación de la sociedad constituye una de las maniobras más repugnantes y abyectas de este Gobierno, sus responsables y sus asesores”.

El párrafo pretende constituir el fundamento fáctico que justifique la aplicación del art. **285 bis** CP, que castiga a quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores.

Dejando al margen lo que constituyen meras opiniones, y dando por acreditados, -a los solos efectos dialecticos-, los exiguos hechos que se relatan, quedarían estos extramuros del tipo penal invocado.

12) Análisis de los delitos contra la integridad física y moral.

Manifiesta el querellante que *“Resulta patente que los ancianos ingresados en hospitales públicos, aislados de sus familiares, quedan situados en una guarda de hecho de la administración sanitaria, y sujetos a una relación de especial dependencia. Lo que resulta patente es que no se ha garantizado ni uno solo de los derechos de los pacientes en su estancia en los hospitales públicos. Ni el derecho a una información completa y no sesgada, ni el derecho al consentimiento informado, a la libre elección de entre las distintas opciones terapéuticas disponibles. Como tampoco se ha facilitado ni permitido el consentimiento por sustitución, sino que los pacientes han sido tratados como mostrencos sin capacidad para tomar decisiones de ningún tipo, en tanto en cuanto ni ha habido previsión para evitar el abuso, ni se han tomados las medidas para garantizar derechos”*.

En primer término, se erige el querellante en representante -no apoderado- de una colectividad de personas sin identificar, imputando a los querellados obligaciones que en este caso corresponden a los titulares de la patria potestad, la tutela, la guarda o el acogimiento familiar. Solo por esto, la eventual aplicación del precepto invocado debería descartarse.

Convendría asimismo precisar a qué específica secuencia fáctica se refiere el querellante, pues debe recordarse que la gestión de las residencias geriátricas y de los centros sociosanitarios correspondía con carácter exclusivo, cuando menos con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a las Comunidades Autónomas, extremo que se infiere con toda claridad del art. **148.1.20^a** CE, así como de la regulación contenida sobre dicho particular en los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 10 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; art. 70 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 70 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 24 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 31 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 70 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 166 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del

Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 49 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 27 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 8 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 26 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 10 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 44 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 10 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

13) Análisis del delito de omisión del deber de socorro.

Como recuerda la STS nº 648/2015, de 22 de octubre, *“en relación al tipo básico de la omisión de socorro ordinaria (artículo 195.1 CP); la jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 647/1997, de 13 de mayo, 42/2000, de 19 de enero, luego reiterada en las núm. 1422/2002 de 23 de julio, 1304/2004 de 11 de noviembre, 140/2010 de 23 de febrero, 482/2012 de 15 de junio, 706/2012 de 24 de septiembre) ha indicado como requisitos precisos para su existencia: "1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo*

directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva".

Si convenimos en que el nacimiento del deber de socorro que tutela el art. **195** CP aparece conectado con el conocimiento de la situación descrita por el tipo penal, así como con la posibilidad material de prestar auxilio a quien lo necesita por hallarse desamparado y en peligro grave, debemos concluir que solo puede erigirse en autor del delito aquella persona que, de modo directo o indirecto, entre en contacto con quien precisa de socorro, pues, en definitiva, solo este se hallará en disposición efectiva de prestar el auxilio que impone el tipo y, por ello, de cumplir el mandato cuya infracción sanciona el legislador en el art. 195 CP.

De ahí que resulte notoria la imposibilidad de atribuir al Presidente de Gobierno de España, así como al resto de sus miembros, el delito previsto y sancionado por el art. 195 CP, cuando el querellante no ha concretado situación alguna en la que aquellos, tras conocer la concreta situación de desamparo de cualesquiera ciudadanos, eludieran socorrerles. Es más, lo cierto es que, en realidad el querellante se ha limitado a afirmar que los querellados gestionaron de modo poco diligente la propia situación de emergencia sanitaria cuya realidad, dicho sea de paso, parece negarse en otros pasajes de la querella. En cualquier caso, la conducta de los querellados no reúne ninguno de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por la modalidad típica analizada.

Todo ello, sin olvidar la batería de medidas adoptadas por el Consejo de Ministros a partir del 14 de marzo de 2020 en relación a la gestión de las residencias de mayores y centros sociosanitarios, así como la circunstancia de que, de conformidad con el art. **148.1.20^a** CE, las diferentes previsiones contenidas en los Estatutos de Autonomía, lo preceptuado por el art. 11 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, y el art. 42 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *de Sanidad*, las competencias en materia de gestión, inspección y evaluación de calidad de los centros geriátricos era autonómica y local.

Debe igualmente descartarse de plano la posibilidad de atribuir a los querellados la modalidad de omisión del deber de socorro descrita en el art. 196 CP, pues al margen de resultar de aplicación lo ya manifestado con anterioridad acerca del tipo básico, debe recordarse que el precepto describe un delito especial propio, limitando de ese modo el legislador el círculo de posibles sujetos activos a quienes gocen de la condición de “*profesionales sanitarios*” -v. gr. STS de fecha 28 de enero de 2008-, condición que, sin ninguna duda, no reúnen los querellados.

14) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

Aun cuando la querellante diserta largamente acerca del homicidio doloso, el imprudente e incluso el preterintencional, lo cierto es que el relato de hechos que a este fin efectúa difícilmente faculta para valorar la eventual existencia de una conducta dolosa que, por lo tanto, debe descartarse de plano.

Como recuerda la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, “*según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante*

una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”.

Si atendemos a las anteriores consideraciones, resulta evidente -ya en este momento procesal- la imposibilidad de atribuir a los querellados los distintos resultados lesivos acaecidos como consecuencia de la pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2.

Ya se ha mencionado con anterioridad que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, “*la legislación sobre productos farmacéuticos*” y “*las bases de la sanidad*” (art. 149.1.16ª CE), entendidas éstas últimas como el establecimiento de las normas que fijan las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de las condiciones de funcionamiento de los servicios públicos, su “*coordinación general*”, lo que conlleva la fijación de los medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario [SSTC 32/1983 (FJ 2º), 98/2004 (FJ 6º), 42/1983 (FJ 2º), 87/1985 (FJ 2º), 22/2012 (FJ 3º) y 33/17 (FJ 4º)].

Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria, de ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, “*procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le*

corresponde *“el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior”* (art. **18.1** del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, *“la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad”* (art. **18.4** EAPV).”.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

En definitiva, el Estado no contaba con las competencias necesarias para la adopción de medidas concretas de naturaleza ejecutiva en materia de protección de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma en fecha 14 de marzo de 2020. Por consiguiente, no resulta posible atribuir ni al Presidente de Gobierno de España, ni al resto de sus miembros, la condición de garantes de la tutela de la salud pública de todos los españoles, pues, en definitiva, dicha condición debe quedar reservada para quienes, gozando de competencias en materia sanitaria, se hallasen facultados y, más en concreto, obligados a implementar cuantas medidas fueran necesarias a fin de conjurar el riesgo generado por la COVID-19.

Debe subrayarse que en los supuestos de comisión por omisión el art. **11** CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Ciertamente, el art. **116** CE, el art. **5.1.f)** de la Ley **50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. **4** de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, atribuyen al Gobierno de España la potestad de declarar el estado de alarma, al objeto de combatir situaciones de crisis sanitaria. Por ello, el Gobierno se halla facultado para arrogarse competencias en orden a la protección de la salud pública interior. Sin embargo, dicha facultad no permite atribuir a los miembros del Gobierno, sin más y de un modo automático, una condición de garantes de carácter universal frente a cualesquiera peligros para la salud pública de todos los ciudadanos, pues debe recordarse que, sin perjuicio de las altas responsabilidades de que resultan acreedores tanto el Presidente como los demás miembros del Gobierno, la Constitución española configuró un sistema de distribución del poder entre las diferentes administraciones que integran la Administración Pública española que cristalizó en lo que hoy día se conoce como Estado de las Autonomías.

Como recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”*.

Del razonamiento anterior cabe inferir que el nacimiento de la posición de garante de los miembros del Gobierno para con la protección de la salud pública de la ciudadanía se encuentra estrechamente conectado con la aparición de aquellos presupuestos que justificaron la declaración del estado de alarma, declaración que, justo es recordarlo, resulta a todas luces excepcional, revelándose como alternativa última ante situaciones de anormalidad constitucional -STC nº 83/2016, de 28 de abril-.

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la salud pública entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para frenar la pandemia y proteger la vida e integridad de las posibles víctimas.

Partiendo de las anteriores premisas, parece lógico concluir que no concurren razones para atribuir a los querellados la condición de garantes de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Llegados a este punto, resulta necesario advertir que ni la Constitución, ni tampoco **la LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, ofrecen criterios jurídicos de ningún tipo que permitan delimitar con una mínima precisión cuándo nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria o una pandemia. La LO 4/1981 se limita a afirmar en su art. 1 que *“Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”*, y en su artículo 4 que *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*.

A la vista de todo ello, siendo incontrovertido que la declaración de estado de alarma a fin de combatir la pandemia por COVID-19 únicamente resultaba posible una vez constatado que dicha declaración constituía el único instrumento jurídico idóneo ante la situación de crisis acaecida, no puede sino concluirse que no existen

elementos que permitan afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno se mostrara poco ágil o poco diligente a la hora de utilizar aquel instrumento jurídico.

Debe advertirse, además, que para que una situación alcance la consideración de crisis sanitaria, llegando a catalogarse un brote infeccioso como pandemia, resultará ineludible que previamente hayan tenido lugar un elevado número de contagios y, por ello, que la enfermedad en cuestión haya alcanzado un importante grado de repercusión en la salud de la población, consideraciones éstas que permiten afirmar que los presupuestos habilitantes para decretar el estado de alarma por concurrir una situación de crisis sanitaria precisarán, ineludiblemente, que el peligro para la salud pública y los resultados ya acaecidos, hayan alcanzado un estadio de tal magnitud que la actuación de las comunidades autónomas se revele como insuficiente, justificándose por ello la alteración de las reglas constitucionales de distribución de la competencia entre las distintas Administraciones Públicas.

En el caso objeto de autos no consta que ninguna de las Administraciones cuyo territorio se encontraba ya entonces afectado por el brote de COVID-19 hubiera instado al Gobierno, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a declarar el estado de alarma a fin de combatir los contagios, resultando de notorio y público conocimiento que hasta el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elevó a la categoría de pandemia el brote de coronavirus SARS-CoV-2, de ahí que resulte lógico concluir que, en realidad, no concurría dato o razón alguna que justifique afirmar, al margen de las elucubraciones en torno a las que los querellantes construyen su reproche, que el Gobierno debiera haber decretado el estado de alarma con anterioridad al momento en que lo hizo.

Las anteriores conclusiones no se ven en ningún caso empañadas por el hecho de que el art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, confiera al Ministro de Sanidad competencias en materia de gestión de las alertas sanitarias de carácter supra autonómico o de coordinación de la red de vigilancia en salud pública, en tanto en cuanto se trata de meras facultades en materia de coordinación que en ningún caso gozan de carácter

ejecutivo. Al igual que tampoco lo hacen las previsiones que se contienen en el art. **52** de la referenciada Ley, acerca de la posibilidad de que por el Ministro de Sanidad puedan adoptarse medidas de intervención especial de naturaleza ejecutiva. Debe subrayarse que dichas facultades deben ser interpretadas con arreglo a lo preceptuado por el art. **149.1.16ª** CE, a las previsiones que se contienen en los distintos Estatutos de Autonomía, así como a las distintas leyes sanitarias aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas. Resulta evidente que las competencias en materia de protección de la salud pública y, en particular, de vigilancia y tutela epidemiológica correspondían, sin excepción, a las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas.

Por lo que se refiere a las facultades de carácter ejecutivo atribuidas con carácter extraordinario al Ministro de Sanidad en el art. 52 de la Ley 33/2011, debe advertirse que el apartado tercero del mencionado precepto precisa que las competencias ejecutivas conferidas deberán limitarse a la adopción de aquellas medidas que resulte posible adoptar *en el ámbito de las respectivas competencias*. De ahí que, resultando incontrovertido que el ministro no gozaba de competencias en materia de prevención y tutela epidemiológica, deba concluirse que no disponía de facultades para instaurar medidas de carácter ejecutivo en este caso.

A mayor abundamiento, debe advertirse que las facultades conferidas en el art. **52** no atribuían competencias al Ministro de Sanidad que le habilitaran para aprobar el confinamiento de la población u otras que afectaran directamente a la libertad de circulación o a otros derechos fundamentales, pues lo cierto es que con arreglo al art. **81** CE, no cabe sino interpretar que el desarrollo y restricción directo de derechos fundamentales únicamente resulta posible mediante ley orgánica, siendo que la Ley 33/2011 resulta ser una ley ordinaria⁴.

⁴ Al objeto de contrastar la claridad con que los distintos estatutos de autonomía y leyes sanitarias de las distintas comunidades y ciudades autónomas atribuyen competencias en materia de sanidad interior, y en particular en el ámbito de la prevención y tutela de la salud pública en caso de riesgo epidemiológico, se adjunta un recopilatorio legislativo como ANEXO 1 y ANEXO 2, sin otro ánimo que auxiliar al Tribunal.

En otro orden de cosas, debe precisarse que tampoco concurren razones que permitan conectar actuación u omisión alguna de los querellados, aun cuando se conviniera en atribuirles la condición de garantes previa a la declaración del estado de alarma, por los contagios por COVID-19 que desgraciadamente se produjeron y que, aún a día de hoy, se siguen produciendo. Resulta evidente que la pandemia constituye un evento natural cuya génesis ninguna relación guarda con la acción humana y, por lo tanto, con actuación u omisión alguna desarrollada por parte de los querellados, evento, por lo demás, extraordinario y cuyas consecuencias resultaban inicialmente ignoradas como consecuencia del estado de la ciencia, al igual que lo eran las medidas que pudieran resultar más idóneas al objeto de combatir la enfermedad. De ahí que no se pueda atribuir a la acción desarrollada por los querellados el desenlace finalmente acaecido, pues el reproche penal, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede construirse jamás de un modo objetivo, en atención a la mera producción de un resultado, pues, como ya hemos señalado más arriba, ello supondría una inadmisibles vulneración del principio de culpabilidad -*vid.* ATS nº 1577/2015, de 10 de diciembre; STS nº 360/2013, de 1 de abril; STS nº 133/2013, de 6 de febrero-.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor del delito y el resultado finalmente acaecido. Circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*, de ahí que, como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Una vez más se entiende que, trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de hecho que nos ocupa, se aprecia ya en este momento procesal, la imposibilidad de afirmar que, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, los querellados pudieran haber desarrollado actuación alguna que pudiera evitar los desgraciados efectos producidos por la pandemia generada por el COVID-19.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisan actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo podría haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados hayan infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos. Circunstancias todas ellas que impiden atribuirles comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con miles de delitos de homicidio.

Como recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “*esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero*”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “*debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica*”.

Resulta oportuno subrayar que la querellante se ha limitado a atribuir al Presidente de Gobierno y al resto de miembros que lo integran, miles de muertes sin identificar suficientemente a las víctimas, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios traen causa de la supuesta inacción del Gobierno, los concretos deberes jurídicos infringidos por los querellados en relación a cada uno de los resultados acaecidos, así como las razones por las que la adopción de otras medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido. Razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querrela presentada.

Tampoco se ha justificado siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece claro que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado, extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las múltiples muertes que se les imputan.

Debe, además, subrayarse que, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, el Gobierno, y en particular el Ministerio de Sanidad, desarrolló diversas actuaciones dentro del limitado marco de sus competencias en materia de coordinación de la sanidad interior, según aparece publicado en la web del Ministerio de Sanidad

- En fecha 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, informó a las comunidades autónomas -vía sistema de Alertas y Respuesta Rápida- acerca de la existencia de la enfermedad de COVID-19.

- En fecha 23 de enero 2020 la Ponencia de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta realizó el primer protocolo de actuación conjunta ante la aparición de posibles casos sospechosos en España.

- En fecha 30 de enero de 2020, una vez declarada por la OMS la Emergencia de Salud Pública de Impacto Internacional, España ya cumplía con las recomendaciones ofrecidas -ya disponía de una red de vigilancia activa que informaba periódicamente a los organismos internacionales.

- En fecha 30 de enero de 2020 se celebró la primera sesión conjunta con las comunidades autónomas.

- En fecha 4 de febrero de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la creación de un Comité de Coordinación Interministerial ante la amenaza para la salud pública producida por la COVID-19.

- El mismo día 4 de febrero se convocó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con presencia de todos los consejeros autonómicos.

- El 13 de febrero de 2020 se convocó una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 25 de febrero de 2020 la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, de la que forman parte todas las Comunidades Autónomas, decidió modificar la definición de “caso” en nuestro país.

- Aquel mismo día se celebró una nueva reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 1 de marzo de 2020 se adoptaron diversos acuerdos junto a las comunidades autónomas: celebración a puerta cerrada de todas las competencias deportivas profesionales en que participaran equipos de zonas de riesgo; medidas para preservar la salud del personal sanitario.

- En la noche del 8 de marzo de 2020 se comunicó por las comunidades autónomas un incremento del número de contagios - 294 contagios en Madrid, y 1.000 en toda España.

- Al día siguiente, 9 de marzo, se celebró una sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se aprobó un conjunto de medidas sanitarias: medidas de distanciamiento poblacional en los centros educativos, laborales y sociales; suspensión de la actividad docente; promover el teletrabajo; cancelación de actividades en espacios cerrados con más de mil personas; control de aforo de eventos; precauciones en el cuidado de personas vulnerables.

- El 12 de marzo de 2020 se aprobó el RDL 7/2020, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, en el que se contemplaban medidas económicas extraordinarias para reforzar el sistema sanitario.

Por lo demás, en cuanto a la acción desarrollada por el Gobierno a partir del día 14 de marzo de 2020, tras la declaración del estado de alarma con arreglo al RD 463/2020, -lejos de dirigirse a objetivos muy alejados de la protección de la salud ciudadana, cuando no inspirada por motivos espurios, según alega el propio querellante- resultó efectivamente frenética y, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, idónea o, al menos, razonable para contener la pandemia. Y ello tanto desde una vertiente *ex ante*, como también desde una perspectiva *ex post*. Pues lo cierto es que hasta la fecha no se han hallado otras alternativas efectivas frente al contagio de COVID-19, al margen de las medidas de confinamiento, prevención e higiene impuestas por el Gobierno, igualmente idóneas para paliar o mitigar los efectos de aquella enfermedad. Basta con analizar el contenido del BOE a partir del día 14 de marzo de 2020, y hasta la actualidad, para apreciar la ingente actividad desarrollada por el Gobierno de España con la aprobación de cientos de normas dirigidas a tutelar la vida y la integridad de todos los ciudadanos residentes en nuestro país.

En definitiva, el hecho de que fueran posibles otras alternativas al objeto de frenar la pandemia, en ningún caso permite concluir que la actuación de los querellados resultara poco diligente, y mucho menos que supusiera la infracción del mandato que como garantes les pudiese resultar exigible, de suerte que la omisión de aquellas medidas que los querellantes hubieran preferido que se adoptaran justifique equiparar la actuación de los querellados con un

comportamiento activo de naturaleza homicida. Conclusión esta, por lo demás, avalada por la convalidación por el Congreso de los Diputados de la actuación desarrollada por el Gobierno de España.

15) Análisis de los delitos de genocidio y lesa humanidad.

Los hechos que refiere el querellante en relación con estas dos graves infracciones son los siguientes: *“quienes han promovido una ley de eutanasia en los meses previos a la crisis sanitaria y quienes han dado instrucciones para retirar tratamientos a los ancianos y han aconsejado la sedación terminal, son quienes deben cargar con la prueba de que no ha habido una intencionalidad ideológica de acabar con una clase social concreta constituida por los ancianos. El termino de comparación que sustenta un acto discriminatorio y una conducta delictiva dirigida a un grupo social concreto -los ancianos-, es evidente en las notas e instrucciones de las autoridades sanitarias»,* (página 308).

“sin que sea necesario refrescar de nuevo el perjuicio causado a un grupo social concreto -ancianos- y las instrucciones dadas contra ellos sin ninguna justificación razonable, entendemos consumado el delito de lesa humanidad que, de no ser atendido en la jurisdicción nacional, será trasladado junto con los otros ilícitos denunciados a instancias internacionales.

Es el Gobierno quien debe cargar con la prueba de justificar el estado de alarma y su necesidad en función de los principios de Siracusa de Naciones Unidas, y es el Gobierno y no un órgano judicial o la Fiscalía a través de mera retórica, quien debe despejar las dudas sobre las intenciones del Gobierno con las instrucciones dadas, sino que se ha de obligar a una mínima actividad probatoria documental, habida cuenta del gran número de perjudicados”. (página 310).

A partir de este relato, reclama la querellante la aplicación de dos tipos penales que describen conductas de la máxima gravedad.

El delito de genocidio del art. **607.1** CP es una infracción penal pluriofensiva que engloba no sólo la lesión individual de la integridad física o moral, la vida, la dignidad, la indemnidad sexual o la libertad de las personas sobre las que se ejecutan los distintos actos

contemplados en el tipo, sino, y principalmente, la protección de los colectivos supraindividuales cohesionados por lazos de nacionalidad, etnia, raciales o religiosos, es decir, la subsistencia de cualquier grupo humano con independencia de sus características nacionales, étnicas, raciales o religiosas.

En cuanto al delito de lesa humanidad del art. **607.1.bis** CP se configura como una infracción penal de especial gravedad que remite al homicidio, el exterminio, la esclavitud, la deportación o el traslado forzoso de la población, la privación grave de libertad o la tortura, acciones cometidas como parte de un ataque doloso, generalizado o sistemático contra un sector de la población civil.

Ninguna de las afirmaciones efectuadas en la querella tiene soporte en actividad probatoria alguna, ni en este momento, ni como resultado de una investigación que el querellante limita a la solicitud de diversos instrumentos oficiales publicados en su día en el BOE.

No es posible equiparar la voluntad de legislar sobre la eutanasia con la comisión de las gravísimas infracciones cuya aplicación se invoca. Finalmente, la consideración de que no son atribuibles a los querellados los delitos de homicidio y/o lesiones ni siquiera por imprudencia, acaba por excluir la aplicación de estos dos preceptos.

16) El Defensor del Pueblo como querellado.

Resulta en general llamativa la ligereza y la falta de concreción con la que se atribuye a los querellados la comisión de un elevado número de infracciones penales, a nuestro entender, exentas de toda acreditación.

En el caso del Defensor del Pueblo, las anteriores objeciones se aprecian de forma más acusada, prueba de ello es que el Defensor del Pueblo -no sabemos si su titular, el Sr. Fernández Marugán, o el órgano de relevancia constitucional- aparece como querellado en el encabezamiento, aun cuando acto seguido se advierte de la posibilidad de ampliar la querella contra otras personas e

instituciones diferentes, entre las que se vuelve a mencionar al Defensor del Pueblo.

El único soporte fáctico que se facilita respecto del mismo es el siguiente: «El 26 de marzo se envía carta al Defensor del Pueblo advirtiéndole de la ilegalidad del estado de alarma, contestando días más tarde en tono vago y displicente, sin más trámite» (folio 229).

La carta en cuestión no se facilita y la conducta que se describe carece de relevancia penal. Si lo que tal vez se sugiere es que el Defensor del Pueblo podría ser cómplice de una declaración del estado de alarma que se hizo en fraude de ley y con la sola intención de limitar injustificadamente los derechos de la ciudadanía, habremos de remitirnos a lo ya argumentado en este informe en relación con las citadas cuestiones.

17) Adopción de medidas de protección de los querellantes, su representación y su defensa. Adopción de las medidas de aseguramiento personal de prisión provisional de todos los querellados. Solicitud de medidas de aseguramiento real como la prestación de fianza para cubrir las eventuales responsabilidades civiles.

En el hipotético e improbable caso de que se admitiera a trámite la querella que ahora se informa, todas las solicitudes efectuadas en el “suplico” de la misma, deberían ser desestimadas.

No se explicitan las razones por las que precisa el querellante de protección personal, ni en qué han de consistir las medidas a adoptar en ese sentido.

No procede adoptar medida alguna de aseguramiento personal, mucho menos la prisión provisional, respecto de los querellados porque no concurren en ningún caso las exigencias que a tal fin prevén los arts. 504 y ss. y concordantes de la LECrim.

No ha lugar a adoptar medida de aseguramiento real alguna porque no se han especificado ni el origen ni la cuantía de unas

responsabilidades civiles exentas de todo soporte fáctico en el relato de la querella.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Causa especial 3/20542/20.

Querellante: D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Querellados: D. Pedro Sánchez Pérez- Castejón, Presidente del Gobierno, D^a Carmen Calvo Poyato y D. Pablo Iglesias Turrión, Vicepresidentes Primera y Segundo del mismo y D. Salvador Illa Roca y D^a Irene Montero Gil, Ministros de Sanidad e Igualdad.

1) Cuestiones preliminares.

La querella se interpone por delitos de homicidio y lesiones de los arts. **142** y **152** CP, doloso y por imprudencia de los arts. **138** y **142** CP, prevaricación administrativa del art. **404** CP y falsedad en documento público del art. **390** CP.

Sanciona el art. **142** CP “*al que por imprudencia grave causare la muerte de otro*”.

Sanciona el art. **152** CP “*al que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores*” (art. 147-151)

Sanciona el art. **404** CP a “*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

Sanciona el art. **390** CP a “*la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad*”.

El pasado 21 de julio de 2020 se presentó la querella contra las personas mencionadas, en su condición de miembros del Gobierno de España, y a las que el querellante atribuía los delitos reseñados, mediante los siguientes hechos que, a su juicio, gozarían de relevancia criminal:

- La falta de diligencia en la adopción de medidas de prevención epidemiológica y de tutela de la salud pública, al objeto de mitigar el riesgo de contagio de coronavirus con anterioridad a la aprobación del RD 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*. Circunstancia que -en opinión de los querellantes- motivó el contagio de un número indeterminado de personas.

- La ejecución de actuaciones dirigidas a promover la celebración de diversas manifestaciones con motivo del “Día Internacional de la Mujer”, que tuvieron lugar en fecha 8 de marzo, así como la inacción ante otros eventos multitudinarios que se celebraron durante la primera quincena del mes de marzo. Circunstancia que, en opinión de los querellantes, motivó el contagio masivo de la enfermedad COVID-19 de un número indeterminado de personas.

- La deliberada ocultación de información sanitaria relevante, así como la alteración de datos relacionados con el número de contagios y fallecidos a causa de la COVID-19, con ánimo de conducir a confusión al pueblo español.

2) Consideraciones previas acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la querella.

En opinión del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo preceptuado por el art. **313** LECrim, procede la inadmisión a trámite de la querella formulada por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en tanto en cuanto resulta palmario que mientras que algunos de los hechos en ella relatados no resultan constitutivos de ilícito penal, otros no se fundamentan, más allá de las meras manifestaciones o elucubraciones del querellante, en principio de prueba alguno que

justifique la incoación de un procedimiento penal (*vid.* AATS 11684/2019 y 11749/2019, de 31 de octubre; 4043/19, de 1 de abril; 2513/2019, de 25 de febrero; 13746/2018, de 12 de diciembre; 11428/2018, de 11 de octubre; 4225/2018, de 5 de abril; 8966/2017, de 1 de septiembre; 5582/17 de 21 de abril).

Antes de entrar a examinar los concretos delitos imputados a los querellados, conviene subrayar la manifiesta indeterminación de los hechos atribuidos al Presidente y demás integrantes del Gobierno de España querellados. La responsabilidad criminal se les atribuye de una forma a todas luces difusa y genérica, no por su concreta intervención en unos hechos delimitados y claramente precisados, sino en atención al cargo que ocupaban al momento de desatarse la situación de crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2, circunstancia que en opinión de los querellantes resulta suficiente al objeto de hacerles merecedores de reproche penal.

Asimismo, el querellante no precisa la identidad de las personas fallecidas o lesionadas, al igual que tampoco las circunstancias en que se produjo el fallecimiento o la lesión de cada una de ellas, ni -desde luego- las razones que permiten imputar el resultado lesivo acaecido a los miembros del Gobierno de España. Más al contrario, los querellantes se limitan a atribuir a los integrantes del Gobierno una genérica obligación de velar por la vida e integridad de toda la ciudadanía, así como de responder por las muertes y lesiones sufridas por todos aquellos y aquellas que han padecido la enfermedad de COVID-19, con total independencia de los términos en que el contagio se produjera y de la asistencia sanitaria recibida.

Tampoco precisa el querellante, la hipotética resolución cuyo dictado, o falta de aprobación, merecería calificarse como prevaricación activa u omisiva, ni señala documento alguno que los querellados hubieran falseado -pues, se limita a calificar como falsedad documental la comunicación de datos, a su juicio falsos, en rueda de prensa-.

Todas estas consideraciones, sin necesidad de mayores precisiones, debieran conducir a la inadmisión a trámite de la querella formulada por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (ATS de 11 de marzo de 2020), pues, en realidad, el querellante se limita a manifestar su discrepancia con la actuación política desarrollada por

los querellados, no aportando elemento objetivo alguno que permita conectar las diversas muertes y resultados lesivos acaecidos a causa de la crisis sanitaria desatada por la enfermedad COVID-19 con la actuación desarrollada por los querellados, y mucho menos con la infracción de los deberes inherentes a su cargo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una atribución de responsabilidad criminal de naturaleza objetiva, que se realiza en exclusiva atención al resultado, al margen de la concreta intervención de los querellados y, por ello, con manifiesta infracción del principio de culpabilidad, sintetizado en la máxima “*nullum crimen, nulla pena sine culpa*”.

No obstante lo dicho hasta este momento, procede analizar los hechos contenidos en la querella y si los mismos pueden subsumirse en los tipos penales propuestos por el querellante, o bien en cualquier otro ilícito penal.

3) Análisis de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes ejecutados en comisión por omisión.

Como nos recuerda la STS nº 4821/2017, de 28 de junio, “según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril o 25/2015, de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya

creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico”.

Trasladando estas consideraciones al supuesto de autos, debe concluirse que, ya en este momento procesal, resulta posible afirmar la evidente imposibilidad de atribuir a los querellados los distintos resultados lesivos acaecidos como consecuencia de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Debe recordarse que el Estado únicamente goza de competencias exclusivas en materia sanitaria en relación a la “*sanidad exterior*”, “*la legislación sobre productos farmacéuticos*” y “*las bases de la sanidad*” (art. 149.1.16ª CE), entendidas éstas últimas como el establecimiento de las normas que fijan las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de las condiciones de funcionamiento de los servicios públicos, su “*coordinación general*”, lo que conlleva la fijación de los medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario (SSTC 32/1983 (FJ 2º), 98/2004 (FJ 6º), 42/1983 (FJ 2º), 87/1985 (FJ 2º), 22/2012 (FJ 3º) y 33/17 (FJ 4º)).

Las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas españolas gozan, por su parte, de competencias exclusivas para el desarrollo de la legislación básica en materia de “*sanidad interior*”, así como también para la ejecución de la normativa sanitaria, de ahí que resulte posible afirmar que, con carácter general, la protección de la salud pública interior en situaciones ordinarias corresponde a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

El análisis sistemático de la Constitución española, de los arts. 38 y 40 Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, del art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, y de los distintos Estatutos de Autonomía -art. 71 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 11

de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Asturias; los arts. 30 y 31 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 141 de la LO 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias; el art. 25 de la LO 1/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; el art. 32 de LO 1/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; el art. 74 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el art. 162 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 54 de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; los arts. 9 y 10 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 33 de la LO 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el art. 9 de la LO 3/1989, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el art. 27 de la LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; el art. 11 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el art. 53 de la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra; el art. 18 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; el art. 21 de la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta; y art. 21 de la LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla-, permite concluir que, en relación a la sanidad interior, el Estado únicamente cuenta con competencias en materia de vigilancia de la salud pública, que se circunscriben a la gestión y coordinación de las alertas sanitarias, así como a la adopción de las medidas oportunas al objeto de garantizar la homogeneidad de los criterios de la vigilancia epidemiológica.

Como se indica en la STC nº 97/2017, de 17 de julio, “procede recordar que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, tiene competencia exclusiva tanto sobre la “sanidad exterior”, como sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 98/2004, FJ 6). Por su parte, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior” (art. 18.1 del Estatuto de

Autonomía para el País Vasco: EAPV). En el ejercicio de esta competencia, *“la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar ... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados” con dicha materia “y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” (art. 18.4 EAPV)*”.

Tales consideraciones resultan extrapolables a las distintas Comunidades Autónomas, pues todas ellas han asumido idénticas competencias en materia sanitaria, tal y como hemos señalado anteriormente.

En idénticos términos, si bien respecto de las competencias de otras Comunidades Autónomas, se pronuncian las SSTC nº 76/2018, de 5 de julio; nº 140/2017, de 30 de noviembre; nº 33/2017, de 1 de marzo; o la nº 211/2014, de 18 de diciembre.

En definitiva, el Estado no contaba con las competencias necesarias para la adopción de medidas concretas de naturaleza ejecutiva en materia de protección de la salud pública con anterioridad a la declaración de estado de alarma en fecha 14 de marzo de 2020. Por consiguiente, no resulta posible atribuir ni al Presidente de Gobierno de España, ni al resto de sus miembros, la condición de garantes de la tutela de la salud pública de todos los españoles, pues, en definitiva, dicha condición debe quedar reservada para quienes, gozando de competencias en materia sanitaria, se hallasen facultados y, más en concreto, obligados para implementar cuantas medidas fueran necesarias a fin de conjurar el riesgo generado por la COVID-19.

Debe subrayarse que en los supuestos de comisión por omisión el art. 11 CP articula la atribución de responsabilidad criminal en torno a la existencia de equivalencia entre acción y omisión derivada de la infracción del mandato que atañe a quien, fruto de su posición de garante, se halla obligado a actuar para evitar un resultado y, a pesar de ello, no lo hace cuando nada se lo impide. Por tanto, solo quien goza de la posibilidad efectiva de implementar medidas para evitar la producción del resultado lesivo sancionado puede incurrir en responsabilidad con arreglo al art. 11 CP.

Ciertamente, el art. 116 CE, el art. 5.1.f) de la **Ley 50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. 4 de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, atribuyen al Gobierno de España la potestad de declarar el estado de alarma, al objeto de combatir situaciones de crisis sanitaria. Por ello, el Gobierno se halla facultado para arrogarse competencias en orden a la protección de la salud pública interior. Sin embargo, dicha facultad no permite atribuir a los miembros del Gobierno, sin más, y de un modo automático, una condición de garantes de carácter universal frente a cualesquiera peligros para la salud pública de todos los ciudadanos, pues debe recordarse que, sin perjuicio de las altas responsabilidades de que resultan acreedores tanto el Presidente como los demás miembros del Gobierno, la Constitución española configuró un sistema de distribución del poder entre las diferentes administraciones que integran la Administración Pública española, que cristalizó en lo que hoy día se conoce como Estado de las Autonomías. De ahí que en el presente caso no resulte posible atribuir a los querellados, sin más, de un modo automático y acrítico, la condición de garantes de la salud pública de todos los ciudadanos de España, pues ello solo resultaría posible para el caso de concluirse que gozaban de competencias en el ámbito de la sanidad interior y, más en concreto, de competencias ejecutivas en materia de prevención epidemiológica y protección de la salud pública.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)”*.

Del razonamiento anterior cabe inferir que el nacimiento de la posición de garante de los miembros del Gobierno para con la protección de la salud pública de la ciudadanía se encuentra estrechamente conectada con la aparición de aquellos presupuestos

que justificaron la declaración del estado de alarma, declaración que, justo es recordarlo, resulta a todas luces excepcional, revelándose como alternativa última ante situaciones de anormalidad constitucional -STC nº 83/2016, de 28 de abril-.

Si convenimos en que los delitos de omisión impropia se construyen en torno a la noción de infracción de un mandato, a diferencia de los delitos ejecutados por acción, que lo hacen en torno a la vulneración de una prohibición, resulta evidente que solo quien se halle en disposición de ejecutar de un modo efectivo aquel mandato, cuya infracción aparece conectada a la lesión del bien jurídico vulnerado, podrá ser considerado autor con arreglo a las previsiones del art. 11 CP, consideraciones que permiten circunscribir el círculo de posibles garantes de la tutela de la salud pública entre quienes gocen de competencias de naturaleza ejecutiva al objeto de implementar las medidas oportunas para frenar la pandemia y proteger la vida e integridad de las posibles víctimas.

Partiendo de las anteriores premisas, parece lógico concluir que no concurren razones para atribuir a los querellados la condición de garantes de la salud pública con anterioridad a la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en virtud del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Llegados a este punto, resulta necesario advertir que ni la Constitución, ni tampoco la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, ofrecen criterios jurídicos de ningún tipo que permitan delimitar con una mínima precisión cuándo nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria o una pandemia. La LO 4/1981 se limita a afirmar en su art. 1 que *“Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”*, y en su artículo 4 que *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*.

A la vista de todo ello, siendo incontrovertido que la declaración de estado de alarma a fin de combatir la pandemia por COVID-19 únicamente resultaba posible una vez constatado que dicha declaración constituía el único instrumento jurídico idóneo ante la situación de crisis acaecida, no puede sino concluirse que no existen elementos que permitan afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno se mostrara poco ágil o poco diligente a la hora de utilizar aquel instrumento jurídico, pues, en definitiva, no existe dato alguno que permita concluir que los presupuestos jurídicos para la adopción de aquella excepcional medida concurrieran objetivamente con anterioridad a la tramitación de la declaración de estado de alarma por parte de los querellados.

Debe advertirse, además, que para que una situación alcance la consideración de crisis sanitaria, llegando a catalogarse un brote infeccioso como pandemia, resultará ineludible que previamente haya tenido lugar un elevado número de contagios y, por ello, que la enfermedad en cuestión haya alcanzado un importante grado de repercusión en la salud de la población, consideraciones éstas que permiten afirmar que los presupuestos habilitantes para decretar el estado de alarma por concurrir una situación de crisis sanitaria precisarán, ineludiblemente, que el peligro para la salud pública, y los resultados ya acaecidos, hayan alcanzado un estadio de tal magnitud que la actuación de las Comunidades Autónomas se revele como insuficiente, justificándose por ello la alteración de las reglas constitucionales de distribución de la competencia entre las distintas Administraciones Públicas.

En el caso objeto de autos no consta que ninguna de las Administraciones cuyo territorio se encontraba ya entonces afectado por el brote de COVID-19 hubiera instado al Gobierno, con anterioridad al 14 de marzo de 2020, a declarar el estado de alarma a fin de combatir los contagios, resultando de notorio y público conocimiento que hasta el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elevó a la categoría de pandemia el brote de coronavirus SARS-CoV-2, de ahí que, resulte lógico concluir que, en realidad, no concurría dato o razón alguna que justifique afirmar, al margen de las conjeturas y elucubraciones en torno a las que los querellantes construyen su reproche, que el Gobierno debiera

haber decretado el estado de alarma con anterioridad al momento en que lo hizo.

Las anteriores conclusiones no se ven en ningún caso empañadas por el hecho de que el art. 14 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, confiera al Ministro de Sanidad competencias en materia de gestión de las alertas sanitarias de carácter supra autonómico o de coordinación de la red de vigilancia en salud pública, en tanto en cuanto se trata de meras facultades en materia de coordinación que en ningún caso gozan de carácter ejecutivo. Al igual que tampoco lo hacen las previsiones que se contienen en el art. 52 de la referenciada Ley, acerca de la posibilidad de que por el Ministro de Sanidad puedan adoptarse medidas de intervención especial de naturaleza ejecutiva. Debe subrayarse que dichas facultades deben ser interpretadas con arreglo a lo preceptuado por el art. **149.1.16^a** CE, a las previsiones que se contienen en los distintos Estatutos de Autonomía, así como a las distintas leyes sanitarias aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas. Resulta evidente que las competencias en materia de protección de la salud pública y, en particular, de vigilancia y tutela epidemiológica correspondía, sin excepción, a las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas.

Por lo que se refiere a las facultades de carácter ejecutivo atribuidas con carácter extraordinario al Ministro de Sanidad en el art. 52 de la Ley 33/2011, debe advertirse que el apartado tercero del mencionado precepto, precisa que las competencias ejecutivas conferidas deberán limitarse a la adopción de aquellas medidas que resulte posible adoptar *en el ámbito de las respectivas competencias*. De ahí que, resultando incontrovertido que el ministro no gozaba de competencias en materia de prevención y tutela epidemiológica, deba concluirse que no disponía de facultades para instaurar medidas de carácter ejecutivo en este caso.

A mayor abundamiento, debe advertirse que las facultades conferidas en el art. **52** no atribuían competencias al Ministro de Sanidad que le habilitaran para aprobar el confinamiento de la población u otras que afectaran directamente a la libertad de circulación, o a otros derechos fundamentales, pues lo cierto es que con arreglo al art. **81** CE no cabe sino interpretar que el desarrollo y

restricción directa de derechos fundamentales únicamente resulta posible mediante ley orgánica, siendo que la Ley 33/2011 resulta ser una ley ordinaria⁵.

Debe precisarse que el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, no atribuye al Ministerio de Sanidad facultad alguna, pues se limita a atribuir competencias exorbitantes en situaciones extraordinarias a la administración competente. Debiendo recordarse una vez más que la competencia en materia epidemiológica corresponde a las Comunidades Autónomas.

A pesar de cuanto se afirma por los querellantes, lo cierto es que ni el art. 3, ni el art. 4, ni tampoco el art. 12, de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, imponen al Ministro de Sanidad la obligación de informar a la ciudadanía en orden a las emergencias epidemiológicas, y mucho menos la ejecución de funciones ejecutivas en materia de tutela de la salud pública.

Adviértase que los preceptos referenciados se limitan a atribuir a las administraciones públicas el cumplimiento de aquellas funciones. De ahí que la interpretación sistemática de la Ley 33/2011, del art. 149.1.16 CE, de los distintos Estatutos de Autonomía, y de las distintas normas sanitarias aprobadas por las Comunidades y Ciudades Autónomas, permita concluir que las competencias en materia de información, prevención y tutela epidemiológica corresponden a las Comunidades Autónomas.

La mera lectura de las diversas normas que aparecen recopiladas en el Anexo 2 del presente escrito resulta elocuente, atendida la meridiana claridad con que se expresan los distintos legisladores autonómicos.

En definitiva, las competencias del Estado en relación a la tutela de la salud pública interior deben limitarse a la aprobación de la legislación básica, así como a la coordinación de la actuación de las comunidades autónomas, pues el Estado carece de competencias

⁵ Al objeto de contrastar la meridiana claridad con que los distintos Estatutos de Autonomía y leyes sanitarias de las distintas comunidades y ciudades autónomas atribuyen competencias en materia de sanidad interior, y en particular en el ámbito de la prevención y tutela de la salud pública en caso de riesgo epidemiológico, se adjunta un recopilatorio legislativo como ANEXO 1 y ANEXO 2, sin otro ánimo que auxiliar al Tribunal.

ejecutivas. Como nos recuerda la STC 99/2017, de 20 de julio, “*En cuanto a la competencia estatal de coordinación general de la sanidad, “nuestra doctrina ha efectuado determinadas precisiones. Es una competencia distinta a la de fijación de bases. Presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado; esto es, la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar. La coordinación general, por su propio carácter, incluye a todas las instituciones territoriales en la medida en que tengan competencias en materia sanitaria y, por tanto, a las corporaciones locales. Además, la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado. Por último, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias; de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario (por todas, SSTC 32/1983, FJ 3; 42/1983, FJ 3; 22/2012 FJ 3, y 33/2017, FJ 4)” (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 4)”*.”

En otro orden de cosas, debe precisarse que tampoco concurren razones que permitan conectar actuación u omisión alguna de los querellados, aun cuando se conviniera en atribuirles la condición de garantes previa a la declaración del estado de alarma, por los contagios por COVID-19 que desgraciadamente se produjeron y que, aún a día de hoy, se siguen produciendo. Resulta sencillamente evidente que la pandemia constituye un evento natural cuya génesis ninguna relación guarda con la acción humana y, por lo tanto, con actuación u omisión alguna desarrollada por parte de los querellados, evento, por lo demás, 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. De ahí que ningún sentido tenga atribuir a la acción desarrollada por los querellados el desenlace finalmente acaecido, pues el reproche penal, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede construirse jamás de un modo objetivo, en atención a la mera producción de un resultado, pues, como ya hemos señalado más

arriba, ello supondría una inadmisibile vulneración del principio de culpabilidad -*vid.* ATS nº 1577/2015, de 10 de diciembre; STS nº 360/2013, de 1 de abril; STS nº 133/2013, de 6 de febrero-.

Asimismo, debe recordarse que los delitos ejecutados en comisión por omisión se caracterizan por la imposibilidad de establecer nexo causal alguno entre el comportamiento desarrollado por el autor delito y el resultado finalmente acaecido, circunstancia que obedece a la imposibilidad de asociar la producción de un resultado a la nada, pues, como con reiteración se ha venido subrayando por la doctrina, *“de la nada, nada puede surgir” -ex nihilo nihil fit-*, de ahí que como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, *“en los delitos de omisión sólo se debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad”*. Por ello, la posibilidad de reprochar penalmente la infracción de un mandato de hacer, inherente a los delitos de omisión impropia, así como de atribuir un resultado lesivo a aquella infracción, precisará -en todo caso- que la actuación cuya omisión se reprocha al sujeto activo del delito hubiera evitado aquel resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Se aprecia, pues, la imposibilidad de que, cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia, los querellados pudieran haber desarrollado actuación alguna que pudiera evitar los desgraciados efectos producidos por la pandemia generada por el COVID-19.

Así las cosas, y al margen de que los querellantes no precisan actuación alguna cuya efectiva realización permitiera asegurar -con arreglo a criterios de causalidad hipotética- que el resultado lesivo pudiera haber sido evitado, lo cierto es que no se advierte, ni tan siquiera con arreglo a un criterio *ex post facto*, que los querellados pudieran haber infringido deber u obligación alguna, o actuación cuya implementación hubiera evitado o disminuido de un modo relevante los resultados lesivos finalmente acaecidos, circunstancias todas ellas que impiden atribuirles comportamiento omisivo de ningún tipo cuya ejecución se corresponda valorativamente, nada más y nada menos, que con miles de delitos de homicidio o de lesiones.

Como nos recuerda la STS nº 682/2017, de 18 de octubre, “esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. [...] La doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que esta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero”.

De ahí que la jurisprudencia haya tenido a bien negar la equivalencia entre el contenido del injusto de la acción y de la omisión en los supuestos de no intervención del sujeto frente a un peligro ya existente en aquellos casos en que la actuación omitida no cree, ni tampoco aumente, el riesgo de lesión del bien jurídico, pues, como se indica en la STS nº 1058/2010, de 13 de diciembre, “debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que, por la posición social del sujeto o el desempeño de su función habitual y específica, el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica”.

Resulta oportuno subrayar que los querellantes se han limitado a atribuir al Presidente de Gobierno, y al resto de miembros que lo integran, miles de muertes y de resultados lesivos, sin identificar en momento alguno a las víctimas, las condiciones en que se produjo su contagio, las razones por las que cada uno de aquellos contagios trae causa de la supuesta inacción del Gobierno, los concretos deberes

jurídicos infringidos por los querellados en relación a cada uno de los resultados acaecidos, así como las razones por las que la adopción de otras medidas hubiera permitido con una probabilidad rayana a la certeza evitar o disminuir en modo sensible lo finalmente sucedido. Razones todas ellas que justifican la inadmisión a trámite de la querella presentada.

Igualmente, tampoco se ha justificado tan siquiera indiciariamente en qué contribuyó la actuación de los querellados a crear o aumentar un riesgo que, además de no resultar preexistente, parece palmario que jamás se halló, ni pudo hallarse, controlado. Extremo que impide equiparar la inacción que se les atribuye a la causación activa de las múltiples muertes y resultados lesivos que se les imputan.

Debe, además, subrayarse que no resulta cierto que los querellados no desarrollaran actuación alguna con anterioridad al 14 de marzo de 2020, pues resulta fácilmente comprobable que el Gobierno, y en particular el Ministerio de Sanidad, desarrolló diversas actuaciones dentro del limitado marco de sus competencias en materia de coordinación de la sanidad interior, según aparece publicado en el siguiente enlace de la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>, así:

- En fecha 7 de enero de 2020 el Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, informó a las comunidades autónomas -vía sistema de Alertas y Respuesta Rápida- acerca de la existencia de la enfermedad de COVID-19.

- En fecha 23 de enero 2020 la Ponencia de Alertas, Planes de Preparación y Respuesta realizó el primer protocolo de actuación conjunta ante la aparición de posibles casos sospechosos en España.

- En fecha 30 de enero de 2020, una vez declarada por la OMS la Emergencia de Salud Pública de Impacto Internacional, España ya cumplía con las recomendaciones ofrecidas -ya disponía de una red de vigilancia activa que informaba periódicamente a los organismos internacionales.

- En fecha 30 de enero de 2020 se celebró la primera sesión conjunta con las comunidades autónomas.

- En fecha 4 de febrero de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la creación de un Comité de Coordinación Interministerial ante la amenaza para la salud pública producida por la COVID-19.

- El mismo día 4 de febrero se convocó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con presencia de todos los consejeros autonómicos.

- El 13 de febrero de 2020 se convocó una reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 25 de febrero de 2020 la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, de la que forman parte todas las comunidades autónomas, decidió modificar la definición de “caso” en nuestro país.

- Aquel mismo día se celebró una nueva reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea.

- El 1 de marzo de 2020 se adoptaron diversos acuerdos junto a las comunidades autónomas: celebración a puerta cerrada de todas las competencias deportivas profesionales en que participaran equipos de zonas de riesgo; medidas para preservar la salud del personal sanitario.

- En la noche del 8 de marzo de 2020 se comunicó por las comunidades autónomas un incremento del número de contagios: 294 contagios en Madrid y 1000 en toda España.

- Al día siguiente, 9 de marzo, se celebró una sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se aprobó un conjunto de medidas sanitarias: medidas de distanciamiento poblacional en los centros educativos, laborales y sociales; suspensión de la actividad docente; promover el teletrabajo; cancelación de actividades en espacios cerrados con más de mil personas; control de aforo de eventos; precauciones en el cuidado de personas vulnerables.

- El 12 de marzo de 2020 se aprobó el RDL 7/2020, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*, en el que se contemplaban medidas económicas extraordinarias para reforzar el sistema sanitario.

El resumen de actuaciones antes expuesto resulta sumamente relevante en orden a rechazar las afirmaciones de los querellantes acerca de que por parte de los miembros del Gobierno de España no

se adoptaron acciones para la gestión de la crisis sanitaria con anterioridad a la aprobación del RD 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*, extremo éste que permite afirmar que la actuación del Gobierno no resultó en ningún caso arbitraria o poco diligente.

Por lo demás, en cuanto a la acción desarrollada por el Gobierno a partir del día 14 de marzo de 2020, tras la declaración del estado de alarma con arreglo al RD 463/2020, no puede sino concluirse que la acción ejecutada por los querellados en pro de la tutela de la salud pública de todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en territorio nacional resultó frenética, así como -cuando menos con arreglo al actual estado de la ciencia- idónea o, al menos, razonable para contener la pandemia. Y ello tanto desde una vertiente *ex ante*, como también desde una perspectiva *ex post*. Pues lo cierto es que hasta la fecha no se han hallado otras alternativas efectivas frente al contagio de COVID-19, al margen de las medidas de confinamiento, prevención e higiene impuestas por el Gobierno, igualmente idóneas para paliar o mitigar los efectos de aquella enfermedad. Basta con analizar el contenido del BOE a partir del día 14 de marzo de 2020, y hasta la actualidad, para apreciar la ingente actividad desarrollada por el Gobierno de España con la aprobación de cientos de normas dirigidas a tutelar la vida e integridad de todos los ciudadanos residentes en nuestro país.

En definitiva, el hecho de que fueran posibles otras alternativas al objeto de frenar la pandemia, en ningún caso permite concluir que la actuación de los querellados resultara poco diligente, y mucho menos que supusiera la infracción del mandato que como garantes les pudiese resultar exigible, de suerte que la omisión de aquellas medidas que los querellantes hubieran preferido que se adoptaran justifique equiparar la actuación de los querellados con un comportamiento activo de naturaleza homicida o lesivo, conclusión ésta, por lo demás, avalada por la convalidación por el Congreso de los Diputados de la actuación desarrollada por el Gobierno de España.

4) Actuación desarrollada por el Gobierno en relación a las manifestaciones celebradas el 8 de Marzo de 2020 con ocasión del “Día Internacional de la Mujer”.

Debe recordarse que, según se infiere de la lectura sistemática del art. **21.2** CE y de los arts. **8** y **10** de la **LO 9/1983**, de 15 de julio, la celebración de una manifestación no precisa más que su previa comunicación a la autoridad gubernativa. Tan solo en aquellos casos en que existan “razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público” podrá el Delegado/a del Gobierno prohibir su celebración.

Resulta relevante precisar que los Delegados del Gobierno no ostentan competencias en materia sanitaria. Bastando, para advertir que dicha afirmación no admite discusión, con analizar el contenido del art. **73** de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen jurídico del sector público*, en donde se relacionan las distintas facultades y competencias que el legislador atribuye a los mismos, y que -en síntesis- se circunscriben al ámbito del orden público y de representación del Gobierno.

Tales consideraciones permiten extraer las siguientes conclusiones:

- En fecha 8 de marzo de 2020 los miembros del Gobierno de España no ostentaban competencias para prohibir las manifestaciones que se celebraron a lo largo y ancho de España, pues lo cierto es que la competencia correspondía exclusivamente a los distintos Delegados del Gobierno, con los matices que más adelante se expondrán.

- Los Delegados del Gobierno únicamente gozan de la facultad de prohibir aquellas manifestaciones en que concurran razones de orden público, pues lo cierto es que las competencias para la adopción de medidas de protección de la salud pública corresponden a las comunidades autónomas, tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar. De ahí que pueda concluirse que la única administración competente en fecha 8 de marzo de 2020 para aprobar restricciones a la libertad de circulación o al derecho de manifestación por razones

de protección de la salud pública correspondiera a las administraciones autonómicas.

- A la vista de lo anterior resulta evidente que no es posible atribuir a los miembros del Gobierno de España responsabilidad por las manifestaciones y demás celebraciones del día 8 de marzo, pues lo cierto es que en aquella fecha no gozaban de facultad o competencia alguna asociada a la celebración de aquellos eventos, resultando por ello inviable atribuirles los resultados lesivos derivados de su celebración.

Por lo demás, debe precisarse que en el documento titulado *“Comparecencia sobre las actuaciones desarrolladas en relación con el Coronavirus (COVID-19)”*, publicado por el Ministerio de Sanidad (<https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/26.03260320134953882.pdf>), se da cuenta de las razones por las que la adopción de medidas de protección de la salud pública se aceleraron a partir del día 9 de marzo de 2020 en los siguientes términos: *“Fue en la noche del domingo 8 de marzo, como ya hemos contado, cuando se nos comunicó un importante incremento del número de casos en la Comunidad de Madrid. Esto, al contrario de lo que a veces se ha afirmado, habla bien del trabajo que se hizo y se sigue haciendo en esta comunidad para la detección de casos. Y yo quiero hoy ponerlo de manifiesto. Estos datos, que no se comunicaron de forma oficial hasta la mañana del lunes día 9, arrojaban un incremento de 294 casos en la Comunidad de Madrid, lo que dejaba la cifra total en nuestro país cerca de los 1.000”*.

Esta circunstancia resulta compatible y coherente con el hecho -a todas luces notorio- de que la mayoría de los querellados, sino todos, acudieran personalmente a las manifestaciones del 8M, algunos de ellos incluso acompañados por sus familiares, incluidos hijos e hijas, en algunos casos de cortísima edad. En definitiva, las reglas de la experiencia y la sana crítica invitan a pensar que solo quien cree que no existe riesgo alguno para su integridad y la de *“los suyos”*, o bien cree que se trata de un riesgo mínimo, se aventura a exponerse de aquel modo en que consta que lo hicieron buena parte de los querellados.

Todas las consideraciones apuntadas impiden atribuir relevancia criminal a la actuación de los querellados en relación a las manifestaciones celebradas con motivo del Día Internacional de la Mujer.

Debe además subrayarse que el conocimiento científico de la COVID-19 existente a finales de febrero y principios de marzo de 2020 se hallaba notablemente alejado del actual.

De ahí que como se advierte en el ATC 40/2020, de 30 de abril, incluso en aquel mes resultaba ciertamente complejo conocer qué medidas sanitarias debían adoptarse: *“En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”*.

En definitiva, las reglas de la lógica y la sana crítica permiten concluir que resulta sencillamente imposible afirmar que nuestras administraciones debieran haber previsto un escenario como el que finalmente se produjo. Resultando un claro ejemplo de ello la circunstancia de que la mayoría de países de nuestro entorno cultural han padecido situaciones muy próximas a las sufridas en nuestro país, extremo sumamente relevante si convenimos que el análisis acerca de la diligencia en orden a determinar la responsabilidad criminal debe siempre desarrollarse con arreglo a un criterio antecedente -o ex ante-, y, por ello, en atención al estado de la ciencia y la técnica existentes al momento de ejecutar el hecho u omisión reprochados.

5) Análisis del delito de prevaricación administrativa ejecutado en comisión por omisión.

Según se relata a lo largo de la querella, precisándose de un modo más detallado a los folios 29 a 31 de la misma, los miembros del Gobierno habrían incurrido en prevaricación omisiva, como consecuencia de “*haber dilatado el acuerdo para declarar el estado de alarma*”, con especial referencia a la circunstancia de haber permitido la celebración de las manifestaciones convocados para conmemorar el Día Internacional de la Mujer.

Sin embargo, en opinión del Ministerio Fiscal, resulta notorio que los hechos relatados por el querellante no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. **404** CP, tampoco en su modalidad omisiva.

Como nos recuerda la STS nº 311/2019, de 14 de junio, “*para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho prevaricación (STS 340/2012)*”.

Criterio este reiterado, entre otras muchas, en las SSTS nº 498/2019, de 23 de octubre; nº 311/2019, de 14 de junio; nº 281/2019, de 30 de mayo; nº 294/2019, de 3 de junio; nº 57/2020, de 20 de febrero; nº 481/2019, de 14 de octubre.

Así las cosas, puede afirmarse que, con arreglo al art. **404** CP, para que una conducta pueda ser considerada constitutiva del delito de prevaricación administrativa, resulta necesario que concurran los siguientes elementos: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que aquella resolución sea objetivamente contraria a Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Trasladando las anteriores consideraciones al objeto de autos, fácilmente se advierte que la conducta atribuida a los miembros del Gobierno no reúne ni uno solo de los elementos objetivos y/o subjetivos exigidos por el tipo penal.

El hecho de que la ejecución del delito de prevaricación administrativa se atribuya en comisión por omisión, con arreglo a lo preceptuado por el art. **11** CP, en nada altera las anteriores conclusiones acerca de la estructura típica del delito regulado por el art. 404 CP. Pues, también en los casos de ejecución omisiva, la subsunción de los hechos en el tipo penal exigirá apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos antes descritos, de ahí que la única diferencia entre la ejecución activa o en comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa, estriben en que, mientras que en el primero de los supuestos el sujeto activo del delito habrá procedido a dictar la resolución de forma expresa -a través de un acto concluyente-, en los casos de omisión impropia, el sujeto activo dictará la resolución arbitraria en asunto administrativo mediante la ejecución de un acto equivalente a la aprobación expresa y directa de la misma.

Como nos recuerda la STS nº 82/2017, de 13 de febrero, “es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras lo cual sea preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos”.

Asimismo, según se indica en la STS nº 371/2016, de 3 de mayo, “la prevaricación se puede cometer por omisión concretamente en aquellos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida en que la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas [...] Es claro que ese no hacer que se imputa al acusado en ningún caso puede entenderse constitutivo de una resolución administrativa en los términos en que nuestra jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora”.

Consideraciones similares se realizan, asimismo, en las SSTS nº 58/2018, de 1 de febrero, y nº 294/2019, de 3 de junio.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, parece evidente que los hechos relatados en la querella no reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el art. **404** CP, pues:

1º) No se identifica por el querellante resolución administrativa alguna que los miembros del Gobierno hubieran eludido dictar -con la única excepción de la prohibición de las manifestaciones conmemorativas del Día Internacional de la Mujer-, pues lo cierto es que la norma por la que se declara el estado de alarma no constituye

expresión del ejercicio de facultades administrativas, toda vez que goza de rango o fuerza de ley.

Como nos recuerda la STC nº 83/2016, de 28 de abril, “*aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización*”.

Más recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha indicado en el ATS de fecha 4 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020) que “*Por unidad de doctrina hay que estar a lo decidido en numerosas resoluciones de la antigua Sección Séptima de esta Sala, a la que, por fusión, sucede esta Sección Cuarta. Han inadmitido impugnaciones directas similares a la actual, formuladas contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y contra su prórroga en el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre. Esas resoluciones consideraron que la declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la*

ejecución de las leyes [artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución -en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE-. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración. Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina. El Tribunal Constitucional ha refrendado esta apreciación en el ATC 7/2012, de 13 de enero, que recuerda el Abogado del Estado, aunque se refiere sólo a las resoluciones parlamentarias de autorización de la prórroga del estado de alarma. Ha considerado que las mismas tienen "rango" o "valor" de ley, con la consecuencia de que no son susceptibles del recurso de amparo previsto en el artículo 42 LOTC y sólo cabe impugnarlas ante el Tribunal Constitucional a través de los procesos que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley (FFJJ 2, 3 y Fallo). Esa declaración se extiende al decreto de declaración de estado de alarma, acordado en Consejo de Ministros, en la STC (Pleno) 83/2016, de 23 de febrero (FJ 10 y Fallo), que profundiza en la naturaleza de normativa de este como una fuente de derecho de emergencia al entender que: "La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado" [...] "La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y

actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar".

De ahí que resulte evidente que el RD 463/2020, de 14 de marzo, así como sus sucesivas prórrogas, no puedan ser subsumidos en el art. **404** CP, cuyo tenor literal limita su ámbito de aplicación a las resoluciones dictadas en asunto administrativo en ejecución de facultades de naturaleza administrativa, en consonancia con su ubicación sistemática -Título XIX del Libro II del Código Penal, y del bien jurídico protegido tutelado por la norma.

2º) El querellante se limita a insinuar que los miembros del Gobierno debieran haber aprobado el estado de alarma con anterioridad al 14 de marzo de 2020; sin embargo, no precisa en momento alguno en qué fecha debiera haberse decretado, ni tampoco qué norma o precepto jurídico fueron vulnerados por los querellados.

El art. **116** CE, el art. **5.1.f)** de la **Ley 50/1997**, de 27 de noviembre, *del Gobierno* y el art. **4** de la **LO 4/1981**, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, se limitan a atribuir al Gobierno, entre otras facultades, la de declarar el estado de alarma. Sin embargo, dicha previsión legal no aparece en ningún caso acompañada de concreción alguna que imponga su ejercicio al Gobierno de modo imperativo. De hecho, el art. **4 b)** de la LO 4/1981 se limita a señalar que el Gobierno se hallará facultado para decretar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan “*crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*”. Todo ello sin concretar nuestro ordenamiento jurídico en lugar alguno lo que por “*crisis sanitaria*” o “*pandemia*” deba entenderse.

A la vista de lo anterior, mal puede afirmarse que el Gobierno infringiera norma jurídica alguna por el hecho de haber esperado a decretar el estado de alarma hasta el 14 de marzo de 2020.

Por lo demás, debe recordarse que la declaración del estado de alarma supone recurrir al denominado derecho de excepción constitucional, reservado para los supuestos de anormalidad democrática, en que el diseño de distribución de poderes establecido con carácter ordinario por la Constitución y los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades y Ciudades Autónomas se revele como objetivamente inoperante.

Como se indica en la STC nº 83/2016, de 28 de abril, *“los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones. Por lo que al primer plano se refiere, la autoridad competente es el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte de su territorio. Quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, así como los demás trabajadores y funcionarios de las mismas, pudiendo imponérseles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Asimismo, los funcionarios y las autoridades en caso de incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente pueden ser suspendidos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pudiendo asumir también la autoridad competente las facultades de las autoridades que hubiesen incurrido en aquellas conductas cuando fuera necesario para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración del estado de alarma (arts. 7, 9 y 10 de la Ley Orgánica 4/1981)”*.

De ahí que, ante la magnitud de las consecuencias asociadas a la declaración del estado de alarma, pueda convenirse en que la utilización de dicho instrumento jurídico deba reservarse para supuestos sencillamente excepcionales en que la actuación de las

comunidades autónomas se revele como manifiestamente insuficiente.

3º) No se ofrece razón acerca de los motivos por los que la actuación de los querellados debe reputarse *arbitraria*.

El querellante no ofrece argumentos acerca de las razones por las que deba considerarse que la actuación del Gobierno resultó arbitraria. Y seguramente no lo hace porque no lo fue. Baste para advertir tal extremo con comprobar las razones ofrecidas por el Gobierno de España en el Preámbulo del RD 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. El legislador, si bien de modo sucinto, precisa en ese Preámbulo las razones que motivaron al Gobierno a adoptar tan extraordinaria medida, infiriéndose además los motivos por los que no lo hizo con anterioridad.

Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, de un modo recurrente, que la *arbitrariedad* es el elemento que singulariza el delito de prevaricación administrativa, configurándose como la esencia de lo injusto de esta infracción penal. A pesar de que la arbitrariedad constituye un concepto jurídico indeterminado, nuestra jurisprudencia ha precisado los contornos de dicho elemento típico, concluyendo que deben ser adjetivadas como arbitrarias aquellas actuaciones administrativas que no encuentren acomodo de ningún tipo en nuestro ordenamiento jurídico, no resultando susceptibles de interpretación alguna compatible con el Derecho y revelándose como sustitución del principio de legalidad por el capricho personal del sujeto activo del delito (v. *gr.* SSTS nº 311/2019, de 14 de junio; nº 727/2000, de 23 de octubre; nº 2340/2001, de 10 de diciembre; nº 1497/2002, de 23 de septiembre; nº 878/2002, de 17 de mayo; nº 76/2002, de 25 de mayo; nº 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando que la “*arbitrariedad*” se apreciará tanto en aquellos casos en que el sujeto activo del delito obre con absoluta falta de competencia, como en aquellos en que se omita de modo flagrante el procedimiento legalmente preceptuado y en aquellos otros en que se vulneren

normas de contenido sustancial (vid. SSTS nº 29/208, de 17 de mayo; nº 249/2019, de 3 de junio; nº 743/2013, de 11 de octubre; nº 152/2015, de 24 de febrero; nº 723/2009, de 1 de julio, ente otras).

En atención a las razones antes expuestas resulta sencillamente inverosímil concluir que la actuación de los querellados pudiera resultar adjetivada de “*arbitraria*”, pues: a) no existía norma alguna que impusiera con carácter expreso la obligación de decretar el estado de alarma y, mucho menos, de hacerlo antes del 14 de marzo de 2020; b) con anterioridad a la aprobación del estado de alarma los querellados no gozaban de competencias en materia sanitaria que permitan considerar que les correspondía la adopción de medidas de prevención epidemiológica; c) no consta que ninguna de las Administraciones autonómicas hubiera instado al Gobierno a decretar el estado de alarma; d hasta aquella fecha las autoridades sanitarias internacionales únicamente habían trasladado meras recomendaciones a los Gobiernos europeos.

4º) A mayor abundamiento, y a los meros efectos dialécticos, las anteriores consideraciones impiden plantear, tan siquiera, que pudiera concurrir en los querellados el elemento subjetivo exigido por el tipo penal. No existe elemento alguno que permita afirmar que aquellos obraron a sabiendas de un modo deliberadamente contrario al ordenamiento jurídico. Así las cosas:

- La OMS no realizó la declaración oficial de pandemia por el coronavirus SARS-CoV-2 hasta el día 11 de marzo de 2020.

- El informe del Centro Europeo de Control y Prevención de Enfermedades de fecha 2 de marzo de 2020 nos situaba aún en el escenario 1, con posibilidad de rápida evolución al escenario 2, en los cuales no se contemplaba la suspensión de eventos multitudinarios más que en circunstancias excepcionales, dejando la recomendación general de suspensión sólo para los escenarios 3 y 4. En ese sentido, los países de nuestro entorno (Alemania o Francia, con cifras que entonces duplicaban en contagios a las de España) únicamente establecieron medidas limitativas para reuniones de más de 1000 o 5000 personas en espacios cerrados, y las manifestaciones del Día de la Mujer el 8 de marzo se celebraron en

todo el ámbito de la Unión Europea (a excepción de Italia, como decíamos, en atención a su especial situación).

- El día 7 de marzo de 2020 se habían declarado 374 contagios en todo el territorio español. Según el informe núm. 6 de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica de fecha 5 marzo de 2020, en la Comunidad de Madrid se había declarado 90 casos, el 47% de ellos importados.

5º) Respecto al hecho de no prohibir las manifestaciones celebradas al objeto de reivindicar el Día Internacional de la Mujer, resulta notorio, con arreglo a lo ya analizado con anterioridad, que la competencia para adoptar aquella medida no correspondía a los miembros del Gobierno de España, de ahí que resulte evidente la imposibilidad de atribuirles la comisión omisiva de un delito de prevaricación administrativa respecto del supuesto dictado de una resolución que en realidad no tenían facultad para dictar.

Todo ello, sin olvidar, además, que los datos existentes hasta entonces, así como el concreto estado de la ciencia, no permitían en aquel momento prever el escenario finalmente acaecido. Razones que aconsejaban no limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

Ciertamente, con arreglo al actual estado de la ciencia, resulta posible afirmar desde una perspectiva *ex post* que de haber sido instauradas medidas de tutela de la salud pública análogas a las adoptadas con arreglo al RD 463/2020, de 14 de marzo, con anterioridad a aquella fecha, ello hubiera permitido minimizar los contagios por COVID-19 en nuestro país. Pero, como ya se apuntó anteriormente, el análisis acerca de la diligencia de los querellados, y en particular del desvalor de su acción, siempre debe realizarse con arreglo a criterios antecedentes o *ex ante* -extremo que en ningún caso se ve empañado por el informe acompañado como Doc. 21, en que sus autores ni valoran el grado de diligencia de las autoridades españolas, ni la distribución de competencias, ni las posibilidades jurídicas de que el estado de alarma hubiera sido adoptado con anterioridad al 14 de marzo de 2020-.

Al objeto de analizar el grado de diligencia empleado por los querellados en la gestión de la crisis sanitaria resulta revelador,

cuanto menos en nuestra opinión, que las distintas administraciones autonómicas, a pesar de contar todas ellas con idéntica información que el Gobierno de España -pues las distintas recomendaciones internacionales a que se alude por el querellante eran públicas y además habían sido analizadas en las conferencias coordinadas por el Ministerio de Sanidad- no instauraran medidas de tutela de la salud pública tales como el cierre de los transportes públicos, de los centros públicos, eventos deportivos, actos religiosos, etc.

Y lo mismo puede decirse del resto de países de nuestro entorno cultural, en los que con carácter general se siguieron celebrando eventos multitudinarios.

En definitiva, resulta contrario a las reglas de la lógica y la sana crítica pensar que el conjunto de administraciones que integran la Administración pública española, a pesar de su distinto signo ideológico y político, y de los distintos intereses en juego, obraron, sin excepción, de modo poco diligente, atendido el estado de la ciencia y la técnica existentes con anterioridad al 14 de marzo de 2020. Resultando aún más absurdo, si cabe, pensar que no sólo la totalidad de las administraciones públicas españolas se mostraron negligentes en la gestión de la crisis del COVID-19, sino también las administraciones competentes en materia sanitaria pertenecientes al resto de países de nuestro entorno cultural.

6) Análisis del delito de falsedad documental cometido por autoridad pública.

A los folios 14 y ss. el querellante precisa los siguientes hechos que a su juicio resultarían subsumibles en la literalidad del art. 390 CP: *“Mi representado y ahora querellante, D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, es Doctor en Ingeniería Industrial, y bien, observando las ruedas de prensa y comparecencias de los representantes del Gobierno, procedió a constatar las informaciones que facilitaban éstos sobre el número de contagios existentes en España hasta la fecha, así como su incremento porcentual, siendo llamativo que los datos presentados sobre la evolución de la pandemia en España, resultaban ser, dicho sea en estrictos términos de respeto, FALSOS en dicha fecha -ocho de marzo-, tal y como*

refleja la denuncia presentada en Comisaría por la parte querellante. Centrándonos EXCLUSIVAMENTE en lo manifestado en fecha ocho de marzo, considera esta parte que los querellados INCUMPLIERON GRAVEMENTE sus responsabilidades públicas desde la FASE INICIAL de contagios por la pandemia: 1. En la mañana del día ocho de marzo, D. Salvador Illa y D. Fernando Simón, ambos de cargos públicos, inciden en la relevancia de presentar datos correctos, MENCIONANDO QUE EL INCREMENTO DE CONTAGIOS ES DEL ORDEN DEL 20%, SI IBIEN, CUANDO ÉSTE ES CALCULADO EMPLEANDO SUS PROPIAS CIFRAS, LA VARIACIÓN ES DEL 37%, ES DECIR, EL DATO REAL CASI DUPLICA EL VALOR PRESENTADO PÚBLICO, hecho que obviamente ambos conocían. 2. Ambos comparecientes mencionan un estado de contención y absoluto control que es irreal, pues los indicadores estadísticos básicos indican que la propagación resulta ya imparable. 3. En la comparecencia del mismo día, tampoco se menciona el número de fallecidos, que ya resultaba ser de DIECISIETE acumulados, frente a los ochos existentes en el día anterior, representando un aumento del 113%. [...] No nos encontramos ante un inocente fallo aritmético ni mucho menos, sino ante la publicidad de una información engañosa y fraudulenta, estamos denunciando que la tasa real CASI DUPLICABA al dato comunicado por los comparecientes, lo que no sólo roza los límites delictivos, sino que los supera. Además, el incremento medio en los tres días anteriores al 8-M es del 36%, significativamente mayor al umbral establecido en el entorno del 20%. Asimismo, procede clarificar que, adicionalmente, la parte querella efectúa otra interpretación incorrecta de los datos que reduce el número real de contagios existentes, pues los comparecientes obvian el factor retrospectivo ocasionado durante la transmisión presintomática del virus”.

Falsedades que, según se indica al folio 19 de la querella, habrían sido ejecutadas “con la intención de poder celebrar las manifestaciones para la conmemoración del Día Internacional de la Mujer”.

Debe, en primer lugar, advertirse que resulta de todo punto inverosímil pretender sustentar un delito de falsedad documental en el hecho de haber ofrecido cifras correctas, pero, sin embargo, errar en la cuantificación del tanto por ciento derivado de las cifras

ofrecidas. Pues, aún para el caso de admitirse que ello pudiera obedecer a una actuación consciente y deliberada, lo cierto es que la conducta seguiría resultando a todas luces atípica fruto de su escasa antijuridicidad material.

En definitiva, qué duda cabe de que habiendo sido ofrecido los datos correctos acerca del número de contagios, la determinación del porcentaje derivado de ello resultaba a todas luces accesible a cualquier persona, resultando por ello la conducta inidónea para conducir a error o producir cualesquiera otros efectos jurídicos relevantes.

Debe además señalarse que resulta palmario que no cabe conceptualizar como documento las informaciones ofrecidas en rueda de prensa. Pues, no debe olvidarse que la mera emisión de aquel tipo de manifestaciones orales no reúne los requisitos exigidos por el art. 26 CP, y ello por más que un tercero, sin concurrir concierto alguno con el autor de las manifestaciones, las recogiera en un soporte material.

Por lo demás, parece necesario recordar que el aumento de las cifras oficiales de contagios, así como de muertes -a las que el querellante tan siquiera se refiere expresamente-, han obedecido al empleo de distintos métodos de detección de la COVID-19, cada vez más precisos. No existiendo dato o elemento alguno que permita afirmar, ni tan siquiera indiciariamente, que el Gobierno de España ocultara o falseara deliberadamente los datos de que disponía al objeto de anteponer sus concretos intereses políticos o ideológicos a la salud pública de todos los ciudadanos de España.

Así, resulta revelador el contenido de la Orden SND/352/2020, de 16 de abril, por la que se modifica la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en donde se establecen criterios uniformes en orden a detectar y contabilizar los casos de COVID-19, pues, ciertamente, la falta de información científica acerca del nuevo virus motivó la sucesión de criterios, cada vez más fiables, en orden a contabilizar el número de contagios.

Argumentos todos ellos a los que cabe sumar la paradójica circunstancia de que los querellados acudieran, junto a sus familias, a tales manifestaciones, dato éste que resulta de ciertamente relevante en orden a valorar el ánimo que pudo guiar su actuación.

Analizados en las consideraciones anteriores los distintos tipos penales propuestos por la parte querellante, estima el Ministerio Fiscal que no es posible subsumir los hechos en ninguno de los delitos examinados ni en cualquier otro tipo penal, siendo inviable iniciar una investigación en tales circunstancias, lo que nos lleva a concluir que lo procedente es la **inadmisión a trámite de la querella** sin más y el consiguiente archivo de las actuaciones.

El Ministerio Fiscal interesa que se tenga por despachado el traslado conferido en su momento de las distintas querellas enumeradas, por respondidas todas las cuestiones que le fueron planteadas, al tiempo que solicita que esa Excm. Sala resuelva de toda conformidad con sus pretensiones.

Madrid, a 14 de Septiembre de 2020

EL TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Luis NAVAJAS RAMOS

Esta comunicación no puede ser considerada como la publicación oficial de un documento público.

La comunicación de los datos de carácter personal contenidos en el documento adjunto, no previamente disociados, se realiza en cumplimiento de la función institucional que el artículo 4.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los exclusivos efectos de su eventual tratamiento con fines periodísticos en los términos previstos por el artículo 85 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27

de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

En todo caso será de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal al tratamiento que los destinatarios de esta información lleven a cabo de los datos personales que contenga el documento adjunto, que no podrán ser cedidos ni comunicados con fines contrarios a las leyes