

# JUSTICIA PENAL EN LA INJUSTICIA DISTRIBUTIVA <sup>1</sup>

Germán Aller <sup>2</sup>

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Derecho penal científico o Dogmática penal. 3. Derecho penal legislado o positivo. 4. Derecho penal de la praxis. 5. Autoritarismo penal. 6. Inequidad distributiva e injusticia. 7. Criterios de imputación penal. 8. El Derecho penal en la sociedad de riesgo. 9. Conclusiones.

### **1. Introducción.**

El tema sobre el que se me solicitó disertar puede abordarse desde distintos ángulos. Estimo que lo más apropiado, conforme a mis posibilidades y lo que se espera de mi exposición, sea en relación al Derecho penal, la Justicia y su vinculación a la inequidad distributiva que puede darse en la praxis médica. Será éste el derrotero esencial de lo que hablaré procurando tratar los aspectos fundamentales.

### **2. Derecho penal científico o Dogmática penal.**

Bajo la denominación “Derecho penal” se pueden parcelar tres tramos bien definidos. Por un lado, la Ciencia penal propiamente dicha que, aunque

---

<sup>1</sup> Disertación efectuada en el *VII Curso de Bioética – Módulo I*, organizado por la Comisión Asesora en Bioética y Comité de Educación Médica Continua de FEMI, Regional Norte, Salto, 10 mayo de 2014.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Profesor Agregado (grado 4) de Derecho Penal y Adjunto (grado 3) de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

sea tediosa para quien no se interese en estas cuestiones, es –en definitiva– el campo científico en el cual se producen los dogmas jurídicos, se los estudia y revisan, así como se efectúan las propuestas para la mejora de la ley penal y la praxis. Es allí donde se elaboran y discuten las teorías, generándose el avance jurídico partiendo de los casos concretos que son llevados a nivel de abstracción para su generalización y estudio conforme a esos dogmas, que no son éstos verdades reveladas, inmutables, sino verdades provisorias, pero hasta que no produzcan otros dogmas que los superen, son éstos los válidos científicamente. El dogma se baja a la práctica para resolver los casos objeto de estudio penal, teniendo así la Dogmática o Ciencia penal el cometido de aportar mejores soluciones para la praxis.

La Dogmática penal con su construcción teórica solo será útil en la medida que resuelva correctamente aquellos casos que son objeto de su dilucidación, y esto implica un fuerte compromiso científico, puesto que el Derecho penal dogmático o científico, que ha sido frondosamente productivo a lo largo de las décadas, presenta un avance increíble, especialmente a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

Hubo la imperiosa necesidad de reconstruir el mundo no solo en cuanto a los destrozos de la guerra por los conflictos bélicos, sino también lo que había implicado desde el punto de vista del Derecho, porque no es ajeno a nuestro conocimiento –y nunca debemos olvidarlo– que tanto Adolf HITLER como Benito MUSSOLINI llegaron al poder mediante elecciones libres. Ellos no dieron un golpe de Estado para obtener el poder, sino que luego ocurrirían en ambos casos autogolpes para potenciar al máximo su dominio y tornar espurio el poder hasta los tremendos extremos de sus tiranías y crímenes. Entonces el Derecho se vio en una situación atroz, porque no se trataba solo de resolver la situación de un dictador, sino de cómo inhibir que volviera a ocurrir algo similar amparándose inicialmente en el propio sistema democrático para servirse de él y destruirlo tal como aconteció.

El Derecho penal tiene como una de sus primordiales misiones la de proteger los bienes jurídicos. Durante el oprobioso Tercer Reich, bajo una absurda farsa de lo que sus secuaces tildaron de bien jurídico o *rechtsgut*, se elevó al rango de bien jurídico todo aquello que, a su despótico criterio, atentare contra el sano sentir del pueblo alemán de entonces. Se alteró completamente el esquema jurídico transformando en ley lo que el *Führer* (“caudillo”) expresase en su calidad de líder, debiendo los jueces imputar como delito aquello que lo contrariare aún cuando no estuviera específicamente previsto como delito, recurriendo para ello a la pena de otra figura penal que consideraren oportuna. No se trataba de la protección de las tradiciones y cultura democrática sólidamente refrendada en la nomenclatura jurídica de esa nación, sino del sentimiento de la nueva germanidad; por cierto, absolutamente tiránica.

Así, la palabra de HITLER era ley por el imperio de su arrogada autoridad y debía ser protegida cual bien jurídico objeto de tutela penal.

Como se ve, desde una correcta acepción de bien jurídico (*rechtsgut*) se deformó su concepto hasta destrozarlo a la par que al Estado de Derecho. Quedó en evidencia que es fundamental no solo proteger bienes jurídicos, sino esencialmente los valores democráticos que deben contener esos bienes. La Ciencia penal no tuvo cabida en un mapa geopolítico como el dado en aquellos tiempos autoritarios. Por el contrario, la Dogmática penal fue primeramente reducida, luego tergiversada y al fin eliminada en aquellos momentos trágicos. Si bien la Ciencia penal de por sí no da certeza de ser lo mejor ni necesariamente lo más justo, de todos modos es pertinente expresar que es ella la que ofrece mayores garantías para el Estado democrático, liberal y social de Derecho.

La siniestra dictadura nazi, y de otros países de la Europa de entonces, dejó en claro que utilizando los canales de acceso al poder que daba la democracia se pudo engendrar un terrible Gobierno despótico y genocida. Por esto es importante que la Dogmática sea el instrumento al que recurran el legislador y los operadores del sistema penal para la mejora de la Justicia.

### 3. Derecho penal legislado o positivo.

Por su parte, el “Derecho penal legislado” básicamente se piensa que es el positivo contenido en el Código Penal. El que, a pesar de su vetustez y vigencia de 1934, así como de su instauración durante la dictadura de Gabriel TERRA, continúa siendo la referencia fundamental por hallarse en él los principios generales del Derecho penal y los criterios punitivos.

Sin embargo, pese a la influencia fascista de su origen en el *Código Rocco* italiano (1930) de tiempos de *Il Duce*, en su momento fue un código elogiado por la doctrina de la época. Actualmente se halla completamente superado y es anacrónico, requiriéndose no una reforma ni actualización, sino llanamente un nuevo y moderno código representativo de la democracia que Uruguay posee. Es decir, un decálogo de la democracia uruguaya para los ciudadanos de esta democracia, de manera de salir del letargo que nos ha dominado en esta materia. Hay un proyecto de código a estudio del Poder Legislativo que no solucionará todos los problemas, pero sin duda aportará un mejor modelo jurídico que el existente y, por lo tanto, se torna imperiosa su aprobación.

Dicho esto, expreso que nuestro mayor problema no es el actual Código Penal, sino la exasperante abundancia de leyes extra-código dispersas en la nomenclatura jurídica que contrarían principios penales fundamentales. Me permito metafóricamente indicar que tenemos más Derecho penal (y peor) fuera del Código penal que dentro de él. Aparecen nuevos tipos o delitos en leyes que ni siquiera son penales, sino de cualquier otro tenor, incluyendo las de presupuesto.

La mayoría de ustedes como médicos comprenderán que eso significa un gran desorden que debe revertirse. Así las cosas, fue Jean Paul MARAT – un médico francés de origen español y formado en Inglaterra– quien en 1790 propuso en su *Plan de legislación criminal* un modelo de lo que después sería la Parte Especial o de los delitos específicos en los códigos penales. Este también periodista revolucionario fue conocido como *el amigo del pueblo* y murió

asesinado en la bañera por una de sus amantes: la prostituta Charlotte CORDAY. Obviamente hubo varios antecedentes tales como el Código de Hammurabi, las Partidas de Alfonso X "El sabio", etc., pero no llegaron a sistematizar los delitos y dotarlos de dosimetría punitiva como MARAT en su *Plan*, dando mayor racionalidad en la penas, hasta los tiempos de la codificación napoleónica y su influencia en nuestras latitudes en el siglo XIX.

Con esto apunto, en definitiva, a señalar que el Derecho penal se rige por principios que son cardinales, como los de legalidad, culpabilidad, tipicidad, proporcionalidad, realidad, inocencia presunta, lesividad, *ultima ratio* y otros que operan como garantía de un Estado de Derecho. No se trata de si nos gusta o no la ley, sino de cumplirla porque es el resguardo del Derecho ciudadano. En democracia las leyes reputadas como injustas deben ser derogadas o modificadas para acompasarse con la garantías constitucionales y, a la postre, contribuir a la dignificación humana en un Estado republicano.

Ello no impide expresar la rebeldía y disconformidad con la ley que nos parezca injusta. No censuremos al que cuestiona y protesta o reclama, porque son expresiones propias del pensamiento democrático que nos rige. Por eso, el principio de legalidad y los otros intrincados en él, como el de tipicidad, son cabal expresión democrática, pero siempre susceptible de ser revisados a fin de alcanzar una mayor aproximación a lo justo.

No tiene sentido en el Derecho penal resolver las cuestiones ajenas a la realidad de las personas. Por ende, el principio de realidad debe gobernarnos en todo momento y estar sujeto al de legalidad. Ambos pueden convivir perfectamente y esto tiene que ver con la Justicia penal frente a una Medicina que no sea equitativa, pues merced a la legalidad y la realidad se ha de ponderar el Derecho en virtud del contexto social dentro de los parámetros lícitamente discrecionales de la Justicia.

La equidad es un criterio esencial, tanto en la Medicina como en el Derecho, que no admite claudicación. Así como se vincula a las nociones

sociojurídicas de igualdad y justicia, que si bien son conceptos distintos tienen elementos en común.

La Medicina en este aspecto presenta similitud, dado que debe contemplar la equidad en la atención médica en su más amplio sentido, evitando la discriminación que es expresión de desigualdad

Entiendo que algunos principios penales, que provienen de cuestiones filosóficas y son el fruto de la pugna por instaurar el Derecho, se corresponden con valores ético-médicos. La Medicina es una ciencia (a mi modo de ver no es un arte) y, en la medida que sea así, es posible que abarque a más gente y de mejor manera que si fuese expresión de un arte sublime que llega solo a los iluminados o próximos a él.

Me permito decir que también la Medicina se rige por el principio de realidad, tal como expresó en su disertación el Prof. Guido BERRO ROVIRA. De poco sirve tener el mejor equipamiento si no es accesible más que para un puñado de personas. ¡Que accedan todos! reflejándose así la Medicina en la democracia. Es un sistema equitativo todos los habitantes deben acceder a lo mejor que se les pueda prodigar, tanto en la Medicina como el Derecho.

En esto no debemos dar tregua. Ahí las responsabilidades no serán del médico que no logra obtener y acceder al equipamiento superior, sino de quien pudiendo prodigarlo no lo hace. Viene a colación en tal sentido la cláusula de equivalencia dispuesta en el art. 3 del Código Penal actual cuando dispone que *no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo* (delito de omisión impropia o de comisión por omisión).

Todo esto bajo el Baremo de la mentada *Lex Artis Ad-Hoc*, ponderando en la situación concreta –cual el principio penal de realidad– lo que racionalmente puede hacerse desde el punto de vista médico en el contexto de que se trate y conforme a la deontología. Como se ve, no opera sistemáticamente distinto que los dogmas penales, que son susceptibles de cambio conforme a la evolución del saber científico.

En Derecho penal todo debe ser *Ad-Hoc*, o sea aplicar los conceptos abstractos de la Parte General y las especificidades de la Parte Especial al caso concreto para efectuar la subsunción al tipo penal o, en caso contrario, no imputarse delito.

Nuestros máximos resguardos constitucionales, en común para el Derecho penal y la Medicina, se consagran en los arts. 7, 72 y 44 de la Constitución, pues se establece el derecho al goce de, entre otros bienes jurídicos, la salud (art. 7), así como los demás inherentes a la condición humana (art. 72) y el deber del Estado en velar por la salud de los ciudadanos y de éstos en cuidar su salud (art.44).

#### **4. Derecho penal de la praxis.**

En último término, hay un tercer tramo del Derecho penal que es la praxis, lo que acontece en los juzgados a diario y representa la realidad de los justiciables. Allí teorías y leyes sucumben ante la censura de ciudadanos desconformes, molestos, iracundos con la ley, los jueces, fiscales y —por supuesto— con los abogados. En esa práctica se pone en tela de juicio a la Justicia misma y se quiere la medida de lo personal más que la ponderación de lo justo. Bajo premisa de que es correcto lo que me favorezca e incorrecto lo que no.

Los juristas llevamos muchos siglos acostumbrados a estar sometidos a la lupa del ciudadano, y no es malo eso. Especialmente los abogados defensores hemos tenido una larga historia de persecución y, en relación a centurias muy anteriores, estos son tiempos de pacificación, pese a lo cual en diversos países se persigue a los abogados por los tan mentados “honorarios maculados”, como si fuesen inmaculados los salarios de policías, jueces y fiscales, porque aqueos y troyanos pelean por HELENA. Vale decir, unos y otros viven del delito, sea en ocasiones cobrando con dinero habido de él o con el que aporta el Estado por el delito, así como éste requisa y aprovecha bienes materiales que también son fruto del crimen.

Con criterios moralistas fuera de tono podría afirmarse absurdamente que los médicos cobran por la enfermedad y que viven de la mala salud de los pacientes.

La praxis penal denota un claro aletargamiento respecto del magnífico avance del Derecho penal científico o Dogmática penal. El atraso de la praxis supera largamente un par de décadas y, salvo tan estupendas como honrosas excepciones, hay una abismal distancia entre el conocimiento científico producido en estos últimos años y la cotidianeidad de la resolución de los casos penales. También se constata una significativa distancia entre lo que se legisla penalmente y el avance científico. Por momentos, se va en sentidos marcadamente contrarios. A su vez, la ley positiva tampoco es cabalmente recogida en la práctica, cuando en ocasiones se aplican más criterios político-criminales que el sentido de la propia ley.

Los códigos están superados y los fallos judicial-penales son harto discutidos. Uno se pregunta si esto difiere con la realidad médica, que plantea un gran progreso científico en el conocimiento, los medicamentos, tratamientos y equipos, pero ese progreso no llega a todos por igual. A mi parecer, al decir de Robert ZIMERMANN, más conocido como “Bob Dylan”, *the answer my friend is blowin' in the wind* (“la respuesta, mi amigo, está soplando en el viento”). Cada cual tiene su propia explicación para algo así. Tenemos un país plenamente democrático en el que desde el regreso al Estado de Derecho en marzo de 1985 se ha ido no solo manteniendo, sino reafirmando y mejorando merced a los partidos políticos gananciosos y perdidosos que han robustecido el espíritu democrático uruguayo.

Para mejorar la praxis no solo se necesitan mejores leyes y mayor vínculo con la Dogmática, sino además un cambio cultural que mute la idiosincrasia inquisitoria en lo penal material y formal.

## **5. Autoritarismo penal.**



Sin embargo, paradójicamente y con un dolor profundo en el corazón, hay que decir que en nuestro país se instauran leyes penales autoritarias que no son expresión de la democracia liberal que tenemos en otros campos. No hay un correlativo entre el desarrollo de nuestra democracia de corte liberal – proveniente de las ideas libertarias del Siglo de las Luces – y la elaboración de leyes penales represivas, restrictivas y autoritarias, salvo honrosas excepciones que llevan a confirmar la regla, que se vienen consagrando desde la ley de Seguridad Ciudadana (n.º 16.707) de junio de 1995 hasta la actualidad con ejemplos como la ley de Faltas, las de lavado de dinero, la de responsabilidad penal del empleador y otras, sin importar que sean gobiernos de derecha o de izquierda.

Ante esta andanada de reiterado autoritarismo penal, tendiente a un sistema más represivo, el ciudadano en general se permea por influencia de lo mediático y lo político, así como por el evidente aumento de la violencia y el delito, al punto de demandar al legislador una mayor represión policial y penal, que retroalimenta ese autoritarismo. Si salimos de la imagen del delincuente callejero sometido a un proceso penal y nos colocamos con esa misma óptica de más represión y autoritarismo al dilucidar penalmente la eventual responsabilidad de un médico, se observará que los parámetros para resolver la *litis* serán los mismos. ¿Hay razón para establecer criterios diversos ante la muerte o lesión de un ciudadano que era atendido en un nosocomio? ¿Por qué habría de ser de otra forma cuando el hurto, la estafa y la rapiña son delitos contra la propiedad que actualmente se castigan con mayor rigor? ¿Las lesiones y homicidios son diferentes conforme a la profesión? ¿Los delitos culposos acaecidos en siniestros de tránsito vehicular difieren de los efectuados por médicos en similares actuaciones imprudentes?

Así como el sistema se va tornando cada vez más duro para reprimir delitos callejeros, lógicamente también se vuelve más estricto y represivo cuando se cometen en el campo de las profesiones universitarias. Digo más: no son los médicos los profesionales estadísticamente más imputados de delitos; antes que ellos están los escribanos, contadores y abogados. El galeno no es

condenado por la Justicia penal sin la opinión técnica en su contra por parte de un perito médico que desacredite su obrar desde el punto de vista ético-médico.

Los abogados conocemos la historia de haber sido perseguidos e incluso prohibidos siglos atrás, así como los médicos vivieron tiempos en que no podían hacer cirugías. A los abogados se nos obligó a vestir de negro, cual aves de carroña, por alimentarnos de las peores miserias humanas. Si bien fue hace siglos y eso ya no acontece, no llaman la atención los esporádicos ataques que se producen contra los juristas, pero nuestra vocación está más allá de pujos momentáneos. Y así como se observa una mayor conflictividad en lo penal y aparente censura a los abogados, similarmente acontece en el campo de la salud y con los médicos. La forma de comunicación quizá no sea la correcta y diste de la ideal, teniendo pocos minutos para atender un paciente, no poseyendo la medicación más apropiada, debiendo el paciente tener largas esperas para ser atendido y hacer cola para acceder a los medicamentos recetados que a veces no le son proveídos tal como dispuso el médico. Esto acontece en la salud Pública y también en sanatorios privados.

## **6. Inequidad distributiva e injusticia.**

Así como la Justicia penal es cuestionada social y mediáticamente, similar ocurre con la atención médica en gran parte del país. Se debe de una buena vez tratar a las personas igual de cómo quisiéramos que nos trataran a nosotros.

Por ejemplo, supongamos que un testigo asiste al juzgado penal para declarar, a raíz de lo cual pierde la jornada laboral, espera un par de horas para dar testimonio y cuando le toca ese momento le formulan unas preguntas sobre cuestiones que ignora. Al salir, se pregunta: *¿para esto me citaron?* Se llevará un pésimo concepto de lo que ha vivido; casi el mismo que el del paciente que aguarda horas en el pasillo para que al atenderlo el médico le pregunte qué medicina está tomando, si está bien con ella y repetirle la receta sin más detalles.

Tengo la rebeldía propia de quienes nacimos en la década del cincuenta (en mi caso en 1958) y vivimos el movimiento hippie, el pacifismo de Martin LUTHER KING, el mayo francés y la época tremenda de la dictadura. Todo ello nos conmovió hasta la médula. Hoy no percibo aquella rebeldía en los jóvenes. Tampoco veo dónde fue a parar la que nos animó para sobrellevar la dictadura. Pese a vivir ahora en plena democracia, me pongo a pensar y me pregunto qué nos ha pasado que parece no quedar más de esa rebeldía impulsada por ideales libertarios. Preocupa ver tanta pasividad ante hechos que nos resultan injustos. La protesta es parte del contexto social y su lugar es a flor de piel del ciudadano llano. Está bien que así ocurra aún cuando algunas sean equivocadas, y en la medida que la protesta sea la expresión legítima de un sentir social manifestado urbanamente, dentro del marco de la libre expresión de las personas ajustadas a Derecho que, precisamente, claman por su Derecho.

Toda injusticia debe ser eliminada para desarrollar una democracia horizontal que no excluya ciudadanos. La injusticia social quizá nunca desaparezca, pero hay que achicar la brecha entre las personas y reducirla a la mínima expresión posible. Máxime en un país rico como Uruguay, pues posee materia prima, capital humano, excepcionales recursos naturales y vive una coyuntura excelente en la región. No somos un país pobre ni chico. Tenemos mucha tierra y en proporción poca población, pero poseemos lo que muchos otros quisieran para desarrollarse. Está en nuestra gente hacer rendir mucho más ese potencial maravilloso que poseemos. Nuestro territorio comparado con Europa y Centro América no resulta para nada pequeño. Existimos entre dos potencias de bastas extensiones como Argentina y Brasil, estando destinados a ser el racional punto de equilibrio entre esas inmensas naciones y debemos aprovechar esa importante situación, pues nuestra ubicación es de privilegio para producir y comerciar.

Menciono esto dado que no es aceptable que un país de nuestras condiciones presente aún inequidad distributiva en la salud ni que la atención médica no sea equitativa. Es inadmisibles que en Uruguay haya tanta distancia entre unos y otros. Eso es inequidad e injusticia.

## 7. Criterios de imputación penal.

Debe ponderarse otro asunto de relieve al momento de sopesar la implicancia del médico en la atención al paciente. Esto es, en función de su rol dentro del aparato de salud, revisar su posición de garante. Entiéndase, si dentro de lo que podía disponer lo hizo en forma correcta. Esto se encuentra vinculado a lo anteriormente explicado sobre el art. 3 del Código Penal en lo concerniente a los mentados delitos de omisión impropia de quien no evita un resultado lesivo evitable que estaba a su alcance impedir. Viene al caso señalar que aquello que no esté al alcance del médico no le es exigible, pues no puede disponer de ello y, en virtud de lo cual, carece de culpabilidad, no siéndole imputable delito, dado que su comportamiento carece de reprochabilidad. Quien que no tiene a su alcance los medios existentes –pero ajenos a su esfera de dominio– no está en condiciones de utilizarlos respecto del paciente y, por ende, no le es exigible ese comportamiento. Carece de una conducta alternativa que evite o disminuya los riesgos prohibidos. No es él quien genera el riesgo, sino que procura abatirlo con los medios que tiene a su alcance, no siéndole objetivamente imputable el resultado lesivo ni la conducta disvaliosa en la medida que se haya comportado según lo previsto por la *Lex Artis Ad-Hoc*. Es decir, lo que esté a su alcance dentro de lo que tiene acceso como tratamiento médico, sin exigírsele un resultado imposible conforme a las condiciones de que dispone. En tales extremos, los sistemas de imputación no confluyen atribuyendo delito a quien ha actuado prudentemente en el marco de sus posibilidades y careciendo de dolo.

La inequidad distributiva se manifiesta cuando el médico no dispone de los medios técnicos y científicos que deberían estar a su alcance para tratar al paciente. La salud ha tenido importantes progresos en el país, pero dista de lo ideal y continúan presentándose situaciones de palmaria inequidad que limitan la actuación médica en procura de la mejor atención a los pacientes.

No es asunto menor señalar que, conforme al citado art. 3 del Código Penal que consagra la aludida cláusula de equivalencia, el resultado evitable no impedido que se tenía obligación de evitar equivale a producirlo y seguramente será considerado un dolo eventual. Ante esa hipótesis, la pena a recaer no sería la mitigada de un delito culposo dado por la imprudencia, sino que este dolo eventual se castigaría similarmente que el dolo directo en el que se ha obrado con intención ajustada al resultado.

No se trata de la conducta médica realizada con negligencia, impericia ni imprudencia, sino de una actuación a título doloso en modalidad de omisión impropia. Empero, destaco que los delitos de omisión impropia no son imputados con gran frecuencia por incluso las dificultades probatorias, pero ello no obsta que están presentes en la jurisprudencia debido a que tienen consagración legal en el mencionado artículo del Código de referencia.

La tendencia es a volcarse hacia la imputación de delitos imprudentes, que son excarcelables y procesables sin prisión, tomando en cuenta las limitaciones que se poseen en el ámbito de la salud, las dificultades para acceder a los tratamientos, la saturación de pacientes, las deficiencias institucionales y las malas condiciones laborales.

Sin embargo, en profesiones como la abogacía, notariado y ciencias económicas, por ejemplo, donde no suelen estar en juego bienes jurídicos como la vida e integridad física de las personas, las conductas delictivas vinculadas a una mala praxis profesional son imputables a título de dolo directo y dolo eventual, pues no poseen delitos atribuibles a título culposo y, en el caso del escribano, ve agravada su conducta por dar fe pública.

Con ello destaco que los delitos que se imputan a los médicos suelen ser culposos frente a los atribuidos a contadores, escribanos y abogados que son dolosos. Éstas y otras profesiones universitarias se desplazan en ámbitos de riesgos que, en la medida de no apartarse del riesgo permitido, la conducta no será penalmente imputable aún cuando el resultado fuere lesivo de un bien jurídico penalmente tutelado. Esto sirve para correr ciertos mitos sociales.

## 8. El Derecho penal en la sociedad de riesgo.

Como ha escrito el sociólogo alemán Ulrich BECK, estamos y vivimos en una sociedad de riesgos. En consecuencia, para imputar delito se debe primero revisar si la persona ha creado o aumentado un riesgo penalmente desaprobado tomando en cuenta la prohibición de regreso, el principio de confianza y la propia actuación de la víctima para así ponderar la imputación objetiva de la conducta respecto del tipo penal.

En segundo lugar, pasar al nivel de imputación subjetiva analizando si el comportamiento ha sido doloso o culposo para al fin concluir en la tipicidad o no de la conducta, habiendo sopesado si se dan cabalmente los requisitos del tipo penal objetivo y del tipo penal subjetivo.

No alcanza simplemente con constatar si se ha creado un riesgo prohibido; también se debe ponderar que los riesgos pueden ser preexistentes y la actuación del profesional de la salud tiende a abatir o disminuirlo sin lograrlo y al fin derivando en una lesión o la muerte del paciente. En tal extremo, tampoco se imputa delito en la medida que el proceder del médico estuviese amparado por la *Lex Artis Ad-Hoc*, dado que en esa hipótesis su conducta se halla justificada por el art. 28 del Código Penal que consagra el cumplimiento de la ley como un permiso que inhibe la antijuridicidad de la conducta, que en este caso es el lícito ejercicio de su profesión médica.

En Derecho penal debe primar el disvalor de conducta sobre el mero disvalor de resultado, pues éste – más allá de las imprudencias – puede ser azaroso y ajeno al buen obrar profesional. La gran mayoría de las intervenciones médicas donde una persona fallece no tiene ninguna consecuencia jurídica en lo penal. El juez se respaldará en el peritaje que al respecto aporte un médico que informe a la Justicia acerca de la conducta ético-médica del profesional en cuestión conforme a los aspectos deontológicos inmiscuidos en el hecho objeto de indagación. Aunque no sea la regla, puede acontecer que una conducta innovadora del médico que se aparte de la *Lex*

*Artis* aplicable al caso sea validada si opera un consentimiento válido del paciente y, a su vez, la técnica empleada no es directamente contraindicada.

## **9. Conclusiones.**

1) La ley es la garantía del ciudadano, pero quiénes saben lo que es correcto en Medicina no son los jueces ni los fiscales penales. Éstos necesitan los dictámenes de los peritos médicos para ilustrarse sobre las cuestiones de esa Ciencia y entonces sí interpretar la ley en función de esa pericia fundamental.

2) Subrayo que no hay delito ante la inexigibilidad de otra conducta ajustada a Derecho. El delito debe ser el fruto de la libre elección del autor que, pudiendo actuar conforme a Derecho, no lo hace dolosa o culposamente y su comportamiento le es objetiva y subjetivamente imputable.

3) A una injusticia distributiva de la salud no le debe seguir la injusticia penal. Se han de ponderar esas cuestiones para establecer los niveles de imputación delictual y no devolver en clave punitiva lo que llega desde esa injusticia en la equidad de la Medicina a la que no se accede democráticamente de la forma que debe ser.

4) Debemos reflexionar acerca de esta falta de equidad y tomar los recaudos para dotar de una salud también democrática a todos los habitantes del país.

5) El Derecho penal científico, el positivo ni su praxis son idóneos para resolver estas cuestiones. La respuesta correcta debe emanar de las políticas de salud y de Estado al fin.