

# Pandemia y Estado de Necesidad

## *La actuación crítica de los profesionales médicos*

*Por Pedro Hernán Moyano*

### 1. Introducción

La inédita pandemia<sup>1</sup> que azota exponencial y de manera dantesca a escala global, protagonizada por el novel Covid-19, se encuentra generando estragos humanos, sociales, económicos y sanitarios, entre muchos otros flagelos. La planetaria publicidad de este evento dispensa de mayores comentarios.

Si bien el Estado argentino ha adoptado numerosas medidas preventivas con motivo de lo dicho, curativas y paliativas, no es este el caso de analizar las decisiones adoptadas en el marco sanitario o económico por los países afectados, sino abordar un *hecho* ya acaecido y en desarrollo con avance que (a más de llamar a la reflexión bioética y moral, materia ambas que acá no se tratarán), posee gran relevancia para el Derecho Penal.

Fijados estos márgenes, se aclara que el tema a indagar versa sobre la determinación del encuadre jurídico-penal del excelso despliegue en la República Italiana de los médicos, auxiliares, asistentes o cualquier otra persona que se desempeñe, formal o informalmente, ocasional o profesionalmente, transitoria o permanentemente, en la atención de la salud de personas infectadas por el letal “*coronavirus*” y, más específicamente aún, se analizará desde la óptica jurídica los efectos de la dilemática opción que los salvadores deben asumir al **decidir atender a un enfermo o, simultáneamente a otro**, siempre que las vidas de ambos afectados dependan de la decisión y aptitud del equipo médico o del

---

<sup>1</sup> Oficialmente, la Organización Mundial de la Salud catalogó como pandemia la propagación del virus el día 11/3/2020.

particular enfrentado a la disyuntiva<sup>2</sup>. Coloquialmente: decidir qué paciente infectado vive y cuál muere.

## 2. Presupuestos de hecho

Siendo innecesario, pasar exhaustiva revista de los lacerantes casos que tomamos como punto de inicio (la existencia de uno sólo basta), es útil y prototípica la siguiente referencia: el día 15/3/2020, el portal de noticias *Infobae*<sup>3</sup> tituló *“Por el colapso sanitario en Italia, proponen no dar prioridad a los pacientes mayores de 80 años con coronavirus”*, agregando luego que *“El diario italiano La Stampa y el británico The Telegraph revelaron la elaboración de un nuevo protocolo en Piamonte en el que los contagiados con menos probabilidades de superar la enfermedad serían relegados por la saturación de las unidades de cuidados intensivos. “Queremos llegar lo más tarde posible al punto en el que tengamos que decidir quién vive y quién muere”, declaró Roberto Testi, presidente del comité técnico-científico de la región.”*<sup>4</sup> El destacado no corresponde al original.

Bajo el epígrafe *“¿A quién salvar?: Una guía de médicos italianos establece prioridades sobre los infectados con el Covid-19 -El manual “facilita” al personal sanitario la toma de decisiones y establece prioridades entre los pacientes a la hora de recibir o no cuidados intensivos según sus probabilidades de sobrevivir”*, el día 13/3/2020, el diario digital *La Razón* (España)<sup>5</sup>, precisó:

---

<sup>2</sup> Tomamos el vocablo “atender” en sentido amplio, es decir, de cualquier forma en que la conducta del tratante incida de manera decisiva en la vida del paciente.

<sup>3</sup> <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/15/por-el-colapso-sanitario-en-italia-proponen-no-dar-prioridad-a-los-pacientes-mayores-de-80-anos-con-coronavirus/>

<sup>4</sup> El 16/3/2020, el portal digital de noticias de la agencia *BBC*, al entrevistar a Giorgio Gori, Alcalde de Bérgamo (una de las ciudades más afectadas por el virus), se preguntó al funcionario: *¿Qué medidas tuvo que tomar para hacer frente a esta situación extraordinaria? Tuve que cerrar el cementerio de la ciudad, para proteger a las personas mayores que iban a visitar a sus seres queridos que murieron en estas últimas semanas [...] Por otro lado, tuve que abrir la morgue del cementerio y la iglesia para alojar la gran cantidad de cadáveres que se fueron acumulando [...] Incluso tuvimos que pedir ayuda a otras ciudades para que nos dejaran usar sus hornos crematorios, porque los nuestros no son suficientes.”* (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-51912201>).

<sup>5</sup> <https://www.larazon.es/internacional/20200313/tjhwzeylhzg7vowa6iqdvpepfdm.html>

*“Reclaman [los médicos] como **“necesarios y convenientes”** una serie de criterios para priorizar a la hora de atender a los pacientes. Éstos están **“inspirados por un criterio común de justicia distributiva y de asignación apropiada de los limitados recursos sanitarios”** creados para facilitar la toma de decisiones difíciles a los médicos. Según uno de estos criterios, el de la proporcionalidad de la atención, **“la asignación en un contexto de grave escasez de recursos sanitarios debe tener por objeto garantizar la atención intensiva a los pacientes con mayores posibilidades de éxito terapéutico”**. En definitiva, se trata de otorgar privilegios a aquellos con mayor esperanza de vida. Entre los elementos tenidos en cuenta a la hora de seleccionar pacientes se encuentran: el tipo y la gravedad de la enfermedad sufrida, la presencia de otras patologías, el deterioro de otros órganos y aparatos y su reversibilidad. De hecho, se pueden llegar a establecer criterios de edad a la hora de dar acceso a un paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos. Asimismo señala que **“los pacientes y las familias deben ser conscientes de la excepcionalidad de las medidas adoptadas como una cuestión de transparencia y confianza en el servicio público”**.”*

### **3. Las fuentes obligacionales – Posibles delitos**

La premisa basal que otorga sentido a lo que se analiza (y de la que acá se parte) dicta que la persona que omite prestar ayuda al afectado en tránsito a la muerte, por efecto del virus, no podría ser considerada incurso en un delito, ni en calidad de autor ni de partícipe.

En el elenco de ilícitos posibles *-a priori-* incluye, entre otros, los delitos de homicidio (en su modalidad de comisión por omisión u omisión impropia<sup>6</sup>).

En este punto corresponde consignar una distinción.

No son equivalentes las situaciones jurídicas del personal médico (que cuenta con formación académica en el arte de curar; esto es, **conocimientos**

---

<sup>6</sup> Esta formulación amplía la punibilidad, habida cuenta que la comisión por omisión incluye conductas no tipificadas **expresamente** por la ley.

**especiales** que para el orden jurídico definen la posición de garante del médico<sup>7)</sup> y las de aquellas personas que concurren, espontánea e improvisamente, y que adolecen de instrucción en Ciencia Médica, al socorro de las víctimas.

Esta diferenciación no es baladí, pues según de qué sujeto se trate, las exigencias típicas variarán. Al decir de MIR PUIG, la parte objetiva de la comisión por omisión, a más de exigir los tres elementos de la omisión pura (**situación típica, ausencia de acción determinada y capacidad de realizarla**), requiere la **posición de garante del autor, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo**<sup>8</sup>.

En consecuencia, al no contar con la competencia médica (diagnósticos, tratamientos, etcétera), no podrá sindicársele al socorrista no profesional el homicidio del sujeto contagiado, pues el Derecho no puede exigirle -indudablemente- a una persona que súbitamente devenga un avezado, máxime en un escenario de tan extrema urgencia y desconcierto. En cambio, sí sería pasible del reproche penal contenido en el **artículo 108 del Código Penal**<sup>9</sup>.

La previsión legal de esta última norma exige –dicho en muy prieta síntesis- en su tipo objetivo, que el sujeto activo (cualquier persona que no esté ligada a la persona desvalida o desamparada menor de diez años o a la persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera), encontrándose frente a un individuo en esta situación, **no le preste el auxilio necesario o, en subsidio, no dé aviso inmediatamente a la autoridad y siempre que ello no reporte un**

---

<sup>7</sup> Norberto MONTAGNELLI, señala que “La omisión será precisamente la producción de cierta finalidad potencial/posible de un sujeto en relación a determinado hecho/acción que se encuentra dentro de la esfera del dominio directo de dicho sujeto. El sujeto deberá tener conocimiento de su calidad/condición de garante/responsable (médico-padre). También deberá saber que es posible impedir que el resultado se produzca; “tiene el poder del hecho en sí” para poder evitar la causalidad que desembocará en el resultado dañoso.” (MONTAGNELLI, Norberto, “Responsabilidad Criminal Médica”, Ed. García Alonso, 2005, pág. 104).

<sup>8</sup> En igual sentido, Diego Manuel LUZÓN PEÑA, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en Revista de Derecho Penal, 2017-2, “Delitos cometidos a través de estructuras estatales y empresariales”, N° II, Dir. Edgardo Alberto Donna, 1ra. Ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 59/61.

<sup>9</sup> “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

**riesgo para el socorrista** y, finalmente, que éste se encuentre en condiciones de prestar ayuda al afectado<sup>10</sup>.

Desde otro ángulo, debe repararse en que el experto, en la atención de víctimas en estado crítico de salud, interviene de manera **voluntaria**<sup>11</sup>; vale decir, asume y afianza su rol de manera libremente consentida.

En efecto: este conspicuo comportamiento profesional (moralmente encomiable) se ajusta a las mandas prescriptas por Código de Ética para el Equipo de Salud, elaborado por la Asociación Médica Argentina, plexo que, en lo relevante, **obliga al idóneo a prestar asistencia médica en caso los casos de suma urgencia o peligro para la vida del enfermo.**

En su espacio, la **Ley 17.132** (Reglas para el Ejercicio de la Medicina, reglamentada por el Decreto 6216/67), en el punto 1º del artículo 19 conmina al médico a brindar la colaboración que le sea requerida por las autoridades sanitarias **en caso de epidemias desastres u otras emergencias** (sic), al tiempo que el punto 2º del mismo artículo le ordena asistir a los enfermos **cuando la gravedad de su estado así lo imponga** y hasta tanto, por caso, debiera el facultativo derivar al paciente a un colega.

En otro plano, es menester analizar si la conducta del médico obligado a tenor de lo que se vio más arriba, podría constituir el delito de homicidio (art. 79 CP); en esta especie, mediante la **abstención de realizar la conducta prescripta** por la norma (asistencia al convaleciente).

Sin descuidar las divergencias existentes en la doctrina acerca del tópico de la omisión, no es esta la escrutar las teorías en pugna, y por lo que asumimos positivamente la **posibilidad de una persona de producir** –por incumplir la orden legal de actuar- **la muerte de otro ser humano**<sup>12</sup>, abriendo paso al estudio

---

<sup>10</sup> “D’ALESSIO, José Andrés, DIVITO, Mauro A., “Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial (Artículos 79 a 306)”, LA LEY, 2004, Páginas 99/101.

<sup>11</sup> Esto se da con independencia del **deber genérico de asistencia** que pesa sobre el médico, al igual que sucede con cualquier otro ciudadano que se encuentre en condiciones de auxiliar de manera idónea al enfermo.

<sup>12</sup> Esta posición se asienta en la teoría del delito de infracción de deber elaborada por Claus ROXIN. *Vid. “Derecho penal, Parte general”*, Tomo II., Especiales formas de aparición del delito. Ed. Civitas, España, 2014, p. 179 y siguientes. Para este autor, esta clase de delitos se enmarcarían en los de *infracción de deber* especial al que la persona está sometida en función de su rol (posición de garante). En Claus ROXIN, “*Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*”, 7ma. Edición, Ed. Marcial Pons,

de si el caso propuesto al principio de este trabajo encaja jurídicamente –o no- en el tipo del artículo 79 del CP, fruto de la **no evitación del resultado**.

En esta línea, no puede ya hablarse de un abandono de persona (artículos 106 y 108 CP) cuando el autor (médico) no sólo **ha retirado la protección de la víctima**, sino que además el peligro de muerte es **actual, concreto y directo**. En cambio, si al momento en que el individuo convocado por la ley a ayudar al desvalido, el riesgo de muerte es **incierto, indefinido o lejano**, es legítimo calificar dicha actitud como un abandono penalmente reprobado<sup>13</sup>. Otros autores efectúan la diferenciación en función del aspecto subjetivo: en el caso del abandono –se dice-, el examen debe reposar en la **conciencia y la voluntad** del autor de apartarse de la víctima, dejándola desamparada a su suerte y, por ende, violando el deber de cuidado que pesa sobre el médico. Pero si el facultativo avizora el peligro concreto para la vida o para la integridad física del desahuciado, siendo plenamente consciente de dicho riesgo **-real e inminente-** que amenaza al padeciente, se estaría entonces frente a un acto homicida.

Frente a este horizonte, la acción deliberada del médico de no atender al enfermo en el contexto de una masiva sucesión de enfermos, **sería constitutiva del delito de homicidio, cometido por omisión**.

---

Madrid, 2000, página 499). Respaldada esta tesis de Marcelo SANCINETTI “*Casos de derecho penal: parte general*”, 3ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 308). En contra de la aceptación de la omisión como forma –comisiva- delictiva, se sostiene que la omisión es una creación doctrinaria y/o jurisprudencial **por analogía**, mecanismo vedado por el Derecho Penal para ampliar la gama de conductas penalmente relevantes. Asimismo, alegan que esta construcción teórica –vía omisión- transgrede el **principio constitucional y convencional de legalidad** (ley cierta, escrita, previa y estricta). Estas detracciones se encuentran, entre otras, en las obras de Esteban RIGHI (“*Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito*”, Nueva Doctrina Penal, 2001- A- Editores del Puerto, Argentina, 2001, p. 97), Marco Antonio TERRAGNI, “*Delitos de omisión y posición de garante en el Derecho Penal*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 208), Eugenio R. ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, y Alejandro SLOKAR, en “*Derecho Penal: parte general*”, 2da. ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 582), Mariano H. SILVESTRONI, “*Homicidio por omisión, el artículo 106 del Código Penal y la reforma de la ley 24.410*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Número 1-2, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1996, p. 268).

<sup>13</sup> Explicó MORENO (h) que “[P]ara que exista abandono y no un delito más grave, es necesario que sólo concurra la dejación de una persona librada a su propia suerte mediando las obligaciones del caso. Cuando el abandono implica colocar al sujeto en una situación particularmente peligrosa con el objeto de dañarlo, el delito se aprecia por sus consecuencias o por la intentona.” (Rodolfo MORENO (h), “*El Código Penal y sus antecedentes*”, 1933, t. IV, p. 124).

#### **4. La justificación, inculpabilidad o no punición de la conducta por concurrir un estado de necesidad<sup>14</sup>**

Corroboradas la acción y resultado desvalorados, su tipicidad, su antijuridicidad y su culpabilidad (éste último estadio no se va a desarrollar), debe concluirse que el médico es autor penalmente responsable del delito de homicidio, previsto y reprimido por el artículo 79 del Código Penal argentino.

**4.a)** Llegados a esta instancia, se analizará si en el supuesto en vista concurre alguna causal de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad.

La respuesta es afirmativa: se presenta un **estado de necesidad** que recae sobre médico, en el marco del escenario crítico en el que se ve inmerso (conf. art. 34, inc. 3º del Código Penal; “...*el que causare un mal por evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño*)<sup>15</sup>.

Edgardo DONNA explica que el instituto en vista procede cuando: **a)** se presentan males inconmensurables, casos en donde dada la naturaleza y características de los bienes en juego no es posible determinar cuál de ellos es mayor; **b) convergen males equivalentes, supuestos en que los intereses en conflicto son de igual jerarquía;** **c)** el mal causado es mayor que el que se trata de evitar, siempre que no fuera muy desproporcionado y **d)** a pesar que el mal causado sea menor que el que se pretende evitar, no pueda invocarse una causa de justificación<sup>16</sup>.

ROXIN, por su parte, considera de manera explícita el hecho propuesto aquí propuesto al desarrollar el estado de necesidad *disculpante*, apuntando que ésta regulación legal comprende eventos de hambruna en tiempos de guerra,

---

<sup>14</sup> Sin soslayar los diferentes conceptos que de esta causal se han acuñado, a modo introductorio puede glosarse la definición que aporta MIR PUIG: “...*estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona.*” (MIR PUIG, Santiago, “*Derecho Penal, Parte General*”, 10ª edición, Ed. IBdeF, Montevideo, 2016, página461.

<sup>15</sup> La doctrina distingue dos clases de estados de necesidad: el *exculpante (disculpante)* y el *justificante*. Ambas modalidades presentan exigencias normativas diferentes, por lo que deberá en cada caso evaluarse distintamente su estructura jurídica y su consiguiente encuadre fáctico.

<sup>16</sup> DONNA, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal. Parte general*”, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, página 382.

**catástrofes sanitarias** o de vivienda (que conlleven daños irreparables), lo que consolida la inclinación hacia la solución *exculpante*<sup>17</sup>.

En puridad, los elementos que son exigidos para la configuración de una condición de necesidad normalmente la doctrina los condensa en:

**1) Peligro actual no evitable o afrontable de otro modo.** “*El peligro supone ya una cierta intensidad del menoscabo esperable del bien jurídico...*”<sup>18</sup>

En nuestra coyuntura, el peligro actual es la muerte de pacientes que concurren en forma **simultánea** en procura del auxilio médico. Esto es así por cuanto se advierte, palmariamente, la proximidad temporal del deceso del contagiado para el caso de no ser debidamente atendido. En efecto, lo actual de la situación está dado por la demanda inmediata de dar respuesta al cuadro que se le plantea inexorable y permanente al médico (riesgo cierto de muerte<sup>19</sup>).

La **inevitabilidad** de resolver la elección conforme al Derecho está dada no sólo por la **inminencia de la muerte**, sino por el desborde incontrolable de la cantidad de víctimas y la paralela indisposición de otro especialista que pueda impedir el daño con prontitud (la decisión debe ser inmediata), máxime cuando el profesional está **legalmente obligado a actuar**, en su condición de garante del bien jurídico. En el particular, la información periodística que proveemos a lo largo de este trabajo demuestra que el facultativo no posee, en el campo práctico, suficientes recursos **elementales** con los cuales poder salvar a los dos pacientes (se traduce esto en la falta del **instrumental sofisticado esencial** [v.gr., un respirador artificial])<sup>20</sup>.

**2) Como estándar de base, se exige que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar** (en el caso en examen, el mal causado es **–en principio y en**

---

<sup>17</sup> ROXIN Claus, “*Derecho penal. Parte general*”, Tomo I, “Fundamentos. Estructura de la teoría del delito”, Thomson Civitas, Madrid, 2007, páginas 905/906.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus, “*Derecho Penal...*”, cit., página 902.

<sup>19</sup> No sobra tanto decir que el fenómeno muerte no sólo es abarcado desde su proyección “*naturalística*”, sino que también es recogido por su índole *normativa*.

<sup>20</sup> Coincidentemente, JESCHECK, HANS-HEINRICH, WEIGEND, THOMAS, “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, Quinta Edición, Ed. COMARES, 1996, página 518.



**términos relativos- equivalente**, pues se encuentran en pugna dos probables muertes.

3) Que la provocación de la situación de necesidad no haya sido causada por el propio médico (en el supuesto que abordamos, la amenaza es puramente producido por la Naturaleza, sin que haya habido intervención causal del profesional salvante).

4) El mal sobreviniente puede afectar un interés propio o uno ajeno.

En lo que toca a la incidencia dogmática que el estado de necesidad produce sobre el esquema de la Teoría del Delito<sup>21</sup>, una escueto comentario.

Sobre el tópico, Esteban RIGHI sostiene que estado de necesidad, en su modalidad disculpante, constituye una causa de exculpación que opera *sobre el injusto y la culpabilidad*, disminuyéndolos<sup>22</sup>.

En sentido análogo, JAKOBS pone de relieve que es la **presión psíquica** que tiñe la actuación del sujeto la que fundamenta la exculpación del delito; a partir de esto (**de la capacidad de culpabilidad**), el jurista considera al temor un estado psíquico anómalo que excluye la aptitud de observancia de la norma<sup>23</sup>.

Es conteste el pensamiento de HIRSCH, al indicar que a diferencia del estado de necesidad justificante, el *disculpante* exige que el autor esté sometido a una presión motivacional tan extrema que torne inexigible un comportamiento con arreglo a la norma; en este supuesto de hecho se presentaría, según enseña el nombrado, la exclusión de la culpabilidad<sup>24</sup>.

Por último, es plausible agregar en este segmento la postura de JESCHECK, quien coincide al decir que para la exculpación del delito “...la mayoría de las veces es aceptado que todas ellas aparecen referidas al

---

<sup>21</sup> Cuestión no despreciable, pues ello impactará diferencialmente en cada categoría y, por ende, en la clase de requisitos para hacerlas operativas.

<sup>22</sup> RIGHI, Esteban, “*Derecho penal. Parte general*”, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 344.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther, “*Derecho penal. Parte general*”, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 688/689.

<sup>24</sup> HIRSCH, Hans Hoachim, “*La regulación del estado de necesidad*”, en Obras Completas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, Tomo I, páginas 121/147.

*pensamiento básico de la **inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma.***”<sup>25</sup>

#### **4.b) Determinación del valor relativo de los bienes jurídicos involucrados. La colisión de deberes**<sup>26</sup>

El parámetro que debe emplearse al tiempo de determinar la “primacía”, “preeminencia” o el “valor superior” de una vida humana sobre otra (sin ignorar las dificultades teóricas para su determinación, gestadas en especialmente en el foro civil) debe atender, **en la mayor medida posible** y siguiendo los lineamientos no sólo del Derecho y de vectores empíricos, sino fundamentalmente a indicadores **objetivos**. Las valoraciones subjetivas serán consideradas (no puede sino ser así), pero deberían ubicarse en un estamento secundario (a diferencia de las graduaciones del Derecho Civil).

Este posicionamiento es razonable, por cuanto el Derecho (no sólo la Ley), por múltiples causas que no caben aquí ser profundizadas, debe traducir cotidianamente a medidas dinerarias no sólo las lesiones físicas o dolencias psicológicas, sino también la vida misma.

Por consiguiente, y más allá de las insondables consideraciones morales y afectivas (innegablemente atendibles), éstas deben, en este caso, ceder.

A merced de estas postulaciones, entonces, concluimos que para que se configure un estado de necesidad, debe ponderarse el “valor” de los derechos comprometidos en el caso concreto.

Fecho, se podrá cotejar la asimetría (o equivalencia) entre los intereses tutelados.

Si bien conviven algunas divergencias al respecto, se sellan coincidencias en lo relativo a los indicadores, colacionándose que éstos deben ser **objetivos**

---

<sup>25</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH, WEIGEND, THOMAS, “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, Quinta Edición, Ed. COMARES, 1996, página 513.

<sup>26</sup> La colisión de deberes no puede dejar de evaluarse, toda vez que el médico tiene la obligación de actuar o de omitir.

(despojados de apreciaciones personales, pues la vida carece **intrínsecamente** de valor, no pudiendo mensurarse), privilegiándose este entendimiento al tiempo de cualificar los derechos disputados, aplicándose una ponderación judicial *ex ante*, es decir, posicionándose mentalmente con anterioridad al suceso investigado.

En línea con ello, se considera que algunos de los vectores que resultan plausibles son el **tipo penal lesionado y la magnitud de la pena** que le reprocha el Ordenamiento al comportamiento prohibido.

Adicionalmente, **la edad y la potencialidad laborativa** del difunto (ésta última en relación a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, ligados a la repercusión que ellos tienen en el medio social) también son calificantes para la tabulación económica de la persona físicamente extinta. En este orden, la jurisprudencia (un ejemplo gráfico se da en materia de accidentes laborales), en vastísimos casos, también se ve obligada a estimar la **vida útil** de la víctima.

No empece a esto que algunos doctrinarios se hayan encaminado a decir que la vida misma, en términos monetarios, no es un bien (pues no está en el comercio), por lo que, en este aspecto, solo deberían computarse las consecuencias que genera la muerte en el patrimonio de quienes lo sobreviven a partir de la interrupción de su productividad económica<sup>27</sup>.

En réplica a esta opinión, opino que este razonamiento podría no ser trasladable al ámbito penal, toda vez que no parecería exacto comparar las derivaciones patrimoniales que ocasionaría la muerte de un adulto mayor con las del fallecimiento de una persona que se encuentra en pleno desarrollo laboral y económico (siempre que no se corrobore lo contrario), puesto que mientras el cúmulo de riqueza de la persona anciana o de mayor edad es estimable, no sucede lo mismo con la del otro sujeto, al menos en términos medianamente certeros. Por otra parte, la estimación indemnizatoria que se realiza en el terreno civil (en la que sólo se considera al sujeto como única referencia de cálculo), se distingue de la que debe hacerse al decidir cuál vida es de mayor valor para el

---

<sup>27</sup> ANDORNO (1993), ALTERINI (1987), BORDA (1998), CAZEAUX (1992), LLAMBIAS (1982), ORGAZ (1967), STIGLITZ (1991), ZANNONNI (2005) y ZAVALA de GONZÁLEZ (1996).

Derecho Penal (en cuyo seno, además, no se busca fijar un resarcimiento pecuniario) y por ende cuál de las dos supresiones vitales justificaría la aplicación del inciso 2º del artículo 34 del Código Penal.

Fuera de estas disquisiciones, posiblemente el dirimente es **el criterio médico**, que **basándose en conocimientos científicos** (sin descartar el margen de error, que siempre que sea científico, será el menor) diagnóstica **y pronostica** el destino (en este caso, de manera inmediata) del paciente<sup>28</sup>.

Esta posición, que considero la más racional (no necesariamente la más deseada), es la que *se da*, hoy (según la información con la contamos), en el escenario italiano.

Naturalmente, los **aspectos subjetivos** tendrán incidencia en la estimación comparativa de los menoscabos acaecidos (pues el término “*mal*”, empleado por la norma, no excluye la justipreciación propia de una sociedad regida por valores culturales determinados), mas ello no aconseja asignarles preeminencia<sup>29</sup>.

Meridiano, el citado MIR PUIG reseña: “*Según la doctrina, concurre una colisión de deberes cuando el médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos que lo precisan y a los cuales tiene el deber de auxiliar.*”<sup>30</sup>”

#### **4.a.1. La situación física y mental invalidante de los médicos italianos**

En el punto 1 se mencionó, abreviadamente, el descalabro del sistema sanitario italiano y el irrefrenable desborde de los recursos humanos disponibles para conjurar la crisis epidemiológica.

A los fines de afianzar la posición jurídica defendida, corresponde añadir que el traumático colapso que atribuló y perturbó a los galenos no fue sólo físico.

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, la práctica común que se está llevando a cabo en Italia, es la privación –por su escasez- del respirador artificial a quienes no se consideran “viables” en términos médicos, con una expectativa de vida marcadamente baja).

<sup>29</sup> Por ejemplo, el daño moral es un concepto de naturaleza personal o relativa.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago, “*Derecho Penal...*”,cit., página 464.

Se verificaron jornadas intensas, adoleciendo del instrumental asistencial básico, una sostenida falta de sueño y toda gama de afecciones psíquicas y fatigantes, estado mental que sin duda arraigó una irreversible incapacidad de rendimiento técnico.

A modo referencial, reproducimos el artículo periodístico de fecha 22/3/2020, en el que el portal digital *Infobae*<sup>31</sup> parafraseó a un médico italiano entrevistado: ***“También dejan en claro el drama de tener que elegir entre a quiénes tratar de salvarle la vida y a quiénes no: “El 70% de las camas de la UCI en nuestro hospital están reservadas para pacientes críticos con Covid-19 con una posibilidad razonable de sobrevivir”.*** Lo resaltado es del original.

Agregó que ***“La situación en los alrededores es aún peor. La mayoría de los hospitales están superpoblados, casi colapsados, mientras que los medicamentos, los respiradores mecánicos, el oxígeno y el equipo de protección personal no están disponibles. Los pacientes yacían en los colchones del piso. El sistema de atención médica tiene dificultades para brindar servicios regulares, incluso atención del embarazo y parto, mientras que los cementerios están abrumados, lo que creará otro problema de salud pública”.*** La imagen de los camiones del ejército trasladando los féretros de los fallecidos porque el cementerio de Bérgamo está -otra vez aparece la palabra- colapsado, refleja lo dicho por los doctores.”

El 4/4/2020, en el sitio digital del diario *La Nación*<sup>32</sup> se leyó: ***“El tema es impresionante: la cantidad de médicos, hasta ahora, 80, que han perdido la vida en Italia por la pandemia del Covid-19. Se trata de una cifra dramática, la más alta del mundo, que deja en claro que en Italia los médicos salieron a***

---

<sup>31</sup> <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/22/un-grupo-de-medicos-italianos-en-el-epicentro-del-brote-pide-un-cambio-de-estrategia-radical-y-advierte-el-coronavirus-es-el-ebola-de-los-ricos/>

<sup>32</sup><https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-drama-medicos-muertos-italia-coronavirus-luchen-nid2350793>

*luchar contra este enemigo letal e invisible totalmente desarmado.*” El destacado es del original<sup>33</sup>.

El periódico internacional *La Gran Época* (*Da Jiyuan* o *Epoch Times*, por su nombre en inglés), el 30/3/2020 tituló: “63 médicos de Italia mueren luchando contra la pandemia”<sup>34</sup>.

Siendo innecesario y farragoso recabar y brindar a lectura todas los documentos periodísticos que divulgan denodada y diariamente la atrocidad pandémica, queda sobradamente demostrado que los afanosos profesionales italianos de la salud actuaron –y actúan- bajo una situación desquiciada, rayana con su propio deceso.

Bajo estas crueles condiciones, el concepto y estado personal *normativo* de culpabilidad está categóricamente definido.

## 5. Conclusiones

Para calificar una acción *como ilegal* (en sentido estricto) debe partirse de la experiencia, la Razón y la conciencia y poder intelectual o cognitivo del hombre o mujer medios. Esa directriz lleva a concluir que el médico promedio no persigue la muerte de terceros y que, menos aún, goza de ella. De interpretar lo contrario, la titánica tarea que llevan adelante en este escenario, sería un contrasentido.

Por consiguiente, espetar una diatriba a nuestro socorrista condiciones ante una decisión que es obligada e indudablemente penosa (muerte de una persona), luce innecesario.

---

<sup>33</sup> El espacio digital del diario El Cronista se hace eco de la insostenible situación mediante nota luciente en la siguiente dirección <https://www.cronista.com/informaciongral/Un-medico-argentino-habla-desde-el-centro-de-la-pandemia-en-Italia-Si-se-da-un-foco-epidemico-en-Milan-no-vamos-a-poder-resistir-20200323-0043.html>

<sup>34</sup> [https://es.theepochtimes.com/63-doctores-de-italia-mueren-luchando-contra-la-pandemia\\_637469.html](https://es.theepochtimes.com/63-doctores-de-italia-mueren-luchando-contra-la-pandemia_637469.html)

Siendo congruente e intentando reducir con la mayor intensidad posible la subjetividad al realizar un juicio crítico sobre la conducta de médico conminado legalmente a delinquir, hay que asumir la *solución legal*.

Esto encuentra su esperable vallar: el moral.

El (gran) problema que acucia al sistema jurídico vernáculo es el inmanente y permanente intento indiscriminado de mirar la ley desde el prisma que más plasticidad y manipulación nos otorgue su lente, lo que podría inferirse de la disconformidad<sup>35</sup> que nos producen los resultados adversos.

Por otra banda, padecemos otra desventura: la Argentina fue un país firmante *serial* e irreflexivo<sup>36</sup> de Convenios y Tratados Internacionales, acto **estatal** que hoy a muchos repugna y les genera suspicacias fronterizas con el pánico, aún sin haber reposado la mirada al menos sobre el índice de un libro sobre el tema.

Esta docilidad que arbitrariamente se le asigna a los instrumentos jerárquicamente más elevados, es la llave para su interpretación dual y caprichosa. Todo es justificable.

La muerte (y la vida, su derivación) alzan reacciones irracionales. Y es esto explicable, sin importar si son aprobables las consecuencias de tales rechazos (no podemos escapar a ellos, es una respuesta lógica). Pero..., en este planteo (**en este planteo**) sólo importan los **hechos**. A la ley, las tribulaciones humanas y los hechos, en innumerables pero no todas las situaciones, no les interesa.

Para sortear la contrariedad que implica la imponderabilidad de la muerte, se acuñó la Ley como el instrumento que la vuelve mensurable, y esa creo es el norte que hay que tomar para solventar qué bien jurídico debe prevalecer.

La solución que elegí puede ser desacertada, puede producir (produce) disconformidad o reproche, pero parece fundamentada (puede que mal).

---

<sup>35</sup> Dejo a salvo que esta “*mera disconformidad*” con la solución recaída a la que aludo no debe ser una mera disconformidad infundada de la parte que la manifiesta, sino que tiene que estar acompañada de argumentos que sustenten nuestra posición. El cliché “*mera disconformidad*” a la que cotidianamente acuden algunos operadores judiciales es una fórmula genérica, vaga y ajena a los elementos de prueba regularmente recogidos.

<sup>36</sup> Apotegma notable que me compartió de un profesor.

Pero no puede escapar que alguna *praxis* judicial (mas específicamente, la acomodaticia y aterrada) confirma la inexistencia de la verdad ya consensuada, en sociedad.