

No es de ahora que la prepotencia suple a las razones en la relación con Argentina, si lo sabrá Paraguay cuando fue suspendido en el Mercosur, una intromisión directa en la política interna violatoria del tratado.

La ofensa al presidente Lacalle fue una ofensa al Uruguay; Mercosur no es propiedad de la Argentina.

Es hora de liberarse de los lastres indeseables, en tiempos de crisis tenemos experiencia que viene de nuestros abuelos inmigrantes, es hora de trabajo duro y que a los soberbios los dejemos solos, hay un mundo nuevo que vendrá después y para el que tenemos que estar preparados.

Juntos y jugando cada uno en lo suyo, como estamos acostumbrados los equipos uruguayos para superar las crisis.

Cada uno en lo suyo y juntos, para dar un frente unido ante los poderosos.

Ing. José M. Zorrilla

Responsabilidad penal de médicos y Covid

Sr. Director:

Uruguay vive su primera ola de contagios masivos de Covid-19 con un año de atraso y ello obliga afrontar nuevos retos en relación a temas vinculados con la responsabilidad penal. Estos días una decisión de una profesional médica que dirige un residencial de ancianos en Fray Bentos tuvo relación directa con la muerte de 16 internos, que no fueron trasladados a cuidados intensivos. ¿Hay responsabilidad penal en una decisión de este tipo? Esta pregunta se tiene que responder mediante un análisis del problema del personal de la salud que tiene que decidir a qué pacientes brindar asistencia (i.e., conectar a respiradores, enviar o mantener en CTI, etc.) y a cuáles dejar sin asistencia, en un contexto de emergencia sanitaria. Estas decisiones no significan en sí mismas “certificados de defunción”, pero sí pueden influir en quienes sobreviven y quienes pueden llegar a morir. Lo primero que hay que decir es que la situación actual es de excepción, lo que ya tiene un significado para el derecho penal. Luego, que los criterios médicos y bioéticos a los que se recurre para tomar las denominadas “decisiones trágicas” (Perin, Andrea y Castillo, Juan Pablo, *Responsabilidad penal médica y seguridad jurídica en contextos de pandemia*, en prensa) tienen que ser analizadas con criterios jurídico-penales. En casos como el que se plantea, en mi opinión, el derecho penal puede reaccionar justificando, exculpando o declarando la atipicidad de la conducta, o podría llegar a imputar algún caso como delictivo. Para estar en un escenario de justificación (hubo una conducta que puede ser típica pero no antijurídica), se tienen que dar circunstancias excepcionales en las que hay que aplicar “criterios de prioridad” entre pacientes que requieran todos ellos del mismo tratamiento o los mismos recursos (humanos o materiales) escasos. Lo primero que la justicia penal debe tener en cuenta son los criterios desarrollados por el Ministerio de Salud Pública (también del GACH), porque ese es el marco de actuación debida para los médicos. Según Perin y Castillo, estos criterios a nivel comparado van desde lo utilitarista y consecuencialista hasta el límite de los posibles marcos deontológicos y principialistas, para construir criterios generales de actuación. En la realidad, cada médico tiene que apreciar y decidir sobre cómo realizar la ponderación y concreción de estos criterios o guías en el caso concreto; porque no hay casos (ni patologías) iguales. En el caso concreto de Fray Bentos cabe preguntarse: ¿eran todos pacientes de avanzada edad y con patologías graves?, ¿se encontraban saturados los centros hospitalarios o había aún recursos disponibles para la acción de debido cuidado?, ¿se prefirió no enviar a los pacientes a cuidados intensivos para favorecer a otros pacientes de menos edad y menos graves, o se prefirió no enviarlos porque se pensó que ellos no tendrían chances de supervivencia, o porque allí estarían igual/mejor cuidados? ¿Hubo intervención de algún tipo de la autoridad administrativa de la Intendencia de Río Negro o del Ministerio de Salud Pública que hubiese influido en la decisión médica? ¿Se hubiera evitado la muerte enviándolos al CTI? Todas estas circunstancias tienen que ser ponderadas al momento de analizar la conducta del médico garante de la salud de los pacientes bajo su cuidado (posición de garante). En derecho penal todas las personas estamos obligadas a realizar acciones de “asistencia” que no podemos omitir cuando estamos en condiciones “naturales” para asistir (cuando podemos brindar la asistencia), cuya inobservancia acarrea un delito de “omisión de asistencia” (omisión propia) que castiga solo la abstención de actuar (no el resultado final de la víctima: lesiones, muerte, etc.). Pero algunas personas (como los médicos) están en una posición de garantía frente al bien jurídico que les obliga no solo a actuar, sino a realizar todo lo necesario para la protección del mismo, cuya inobservancia conduce a la imputación del resultado final de la víctima por “omisión impropia”.

Los delitos que pueden haber sido cometidos en casos como estos van desde la omisión de asistencia (para quienes no tienen una posición de garante con el paciente), las lesiones personales hasta el homicidio (omisión impropia). En un escenario de causas que justifican la conducta, estas pueden eliminar la antijuridicidad de la conducta por la “colisión de deberes”, si se recurre al “cumplimiento del deber”, o se puede justificar por el “estado de necesidad”. En el caso de referencia, habría cumplimiento del deber si se prefirió salvar al paciente A en lugar del paciente B, según una decisión que ha seguido los criterios objetivos contenidos en las directrices de actuación debida. Pero no habría justificación si ninguno de los 16 pacientes fue enviado al CTI aun cuando había recursos disponibles y ello hubiera significado una mayor protección del bien jurídico tutelado (infracción del deber). En el estado de necesidad sucede el mismo problema, se tiene que decidir entre dos bienes de igual valor (dos vidas humanas), pero se tiene que realizar la acción de “salvataje” de una vida en detrimento de la otra, de lo contrario podría existir la responsabilidad omisiva. No exime de responsabilidad al médico que se haya decidido no enviar a los pacientes al CTI porque (por la edad avanzada y las patologías de cada uno) haya “estimado” que no sobrevivirían; incluso si pensó que con esa decisión estaba liberando recursos para otros, es decir, que la decisión se toma para que los recursos quedaran hipotéticamente disponibles para otros pacientes con mayores posibilidades de supervivencia. Pero, sin embargo, sí eximiría de responsabilidad el hecho de que, aun cuando hubiera enviado a los pacientes, la muerte no hubiera podido ser evitada. La decisión “correcta” no se puede determinar de manera objetiva para todos los casos, solo existen decisiones “adecuadas” para los casos concretos. En el caso concreto todo indica que no existe justificación para el médico si no se prueban los elementos recién descriptos, pero sí pudiese darse un escenario de exculpación, por el estado de necesidad o por estar en un error de prohibición inevitable, esto es, que los hechos objetivos indiquen que su conducta estuvo motivada por la creencia (equivocada) de haber actuado de manera justificada (cuando ello no fue así). Este error debería ser inevitable, es decir, que ni con un esfuerzo mayor la persona hubiera comprendido lo equivocado de la situación. En el caso de tratarse de un error evitable, habría responsabilidad penal por culpa o imprudencia. El estado de necesidad viene dado por la situación excepcional del “punto máximo” de la epidemia en Uruguay, pero solo se exime de la omisión de actuar cuando hubo al menos un acto de “salvaguarda” respecto a otro bien jurídico del mismo valor. Si el caso no puede ser justificado ni exculpado, entonces solo queda abierto un escenario de atipicidad, que puede ser interpretado aplicando al

caso concreto los criterios de la omisión impropia (aquí no se mata, sino que se “deja morir”, cuando había obligación concreta de “cuidar” ese bien jurídico), pues, si bien el médico asume una posición de garante frente al paciente, la obligación de protección del bien jurídico *vida* solo puede ser exigida en aquellos casos en los que la posibilidad de “salvar la vida” es posible desde un punto de vista racional o de la realidad de las cosas. Esto es, solo puede exigirse responsabilidad por “no salvar la vida” (cuando había un mandato legal de hacerlo, debido a la posición de garantía), pero solo se puede salvar aquello que es materialmente posible, esto es, que puede ser efectivamente realizado por el garante. Para decidir este aspecto, habría que demostrar que el médico no tenía los medios disponibles para salvar la vida, pues al momento no contaba con ambulancias para el traslado, el CTI estaba colmado, no había respiradores ni personal humano, etc., o que aun habiendo enviado a los pacientes ellos no hubieran podido sobrevivir. Si estas condiciones pueden ser demostradas en el caso concreto, podría entenderse que existe atipicidad de la conducta, es decir, la inexistencia del delito por falta de tipicidad, pues ninguna acción posible hubiera protegido al bien jurídico en peligro. Si este fuera el caso, la conducta del médico no se adecuaría a ningún delito en particular y no se puede imputar como homicidio en omisión impropia, pues era imposible la acción salvadora. Ahora bien, si ninguna de estas circunstancias puede ser comprobada en el caso concreto, podríamos estar en el campo de la responsabilidad jurídica. Aquí basta con decir que el médico tiene que actuar dentro de márgenes de adecuación de su conducta que cumplan con los criterios de prioridad determinados por las autoridades máximas de la salud y otros principios éticos, y la Justicia penal tendrá que analizar la conducta según los criterios de justificación, exculpación o atipicidad que puedan caber debido a las circunstancias excepcionales en las que se toman las decisiones.

No quiero terminar esta carta de lector sin dejar una pregunta abierta en cuanto al problema de quienes a sabiendas o bajo la sospecha de poder tener el virus no toman las precauciones obligatorias y propagan la epidemia. Porque el comportamiento irresponsable es la contracara de la epidemia. Antes de la primera ola de la epidemia, el sistema penal uruguayo se había decidido por reaccionar a las conductas con apariencia delictiva aplicando el delito de desacato (la desobediencia de una orden o mandato) y el delito vinculado a la salud pública (art. 224 CP), que “como tipo penal en blanco” se completa con todas las disposiciones que se relacionen con el “estado de emergencia sanitaria nacional” (decreto 93/020, 13/03/2020). La pregunta que quiero dejar abierta es si, como se trata de un nuevo escenario, es decir, una política criminal dentro de la primera ola, no sería conveniente —en algunos casos— empezar a discutir sobre la aplicación de delitos más graves como las lesiones personales o, incluso, el homicidio, dependiendo de la gravedad de las conductas de quien contagia (desvalor de acción) y del daño provocado en quienes son contagiados por esos contactos directos (desvalor de resultado). Claro está que la imputación objetiva tendrá que sortear los problemas de las múltiples causas que pueden contribuir a los contagios (el Código Penal uruguayo habla de “concausas”) y los problemas de imputación subjetiva, que llevarían en la mayoría de los casos a imputaciones imprudentes o culposas. Este delito puede ser cometido de forma intencional (alguien que a sabiendas que tiene el virus tenga la intención de contagiar a otros [dolo directo] o que sospecha que puede tenerlo, pero no le importa la posibilidad de los contagios [dolo eventual]) o imprudente (quien debió haberse comportado de forma prudente, pues había la posibilidad de tener el virus). Esta cuestión apenas quiero dejarla planteada, pues en cuestiones penales todos los casos tienen que ser interpretados según las características y circunstancias propias, que admiten más de una interpretación dogmática y se relacionan con una política criminal determinada, lo que abre las puertas para varias opciones de tipificación penal.

Pablo Galain Palermo

Investigador-docente, Universidad Andrés Bello, Chile
Investigador ANII, Uruguay

El impuesto Covid (I)

Sr. Director:

Según el Instituto Nacional de Estadística, durante el año 2020 la pobreza aumentó en 99.953, llevando el total a 409.586 habitantes. Por su parte la indigencia se duplicó y totalizó 14.124 personas (*El País*, 26 marzo 2021).

Actualmente la situación sanitaria ha empeorado sensiblemente y, obviamente, las cifras antes expuestas deben haber aumentado.

Para enfrenar esta situación el gobierno, entre otras medidas, anuncia aplicar, al igual que lo hizo el año pasado, un impuesto por dos meses que se aplique a los funcionarios públicos cuyos sueldos superen los \$ 120.000.

Se excluye de este tributo a quienes no son funcionarios públicos que ganen más de \$ 120.000 por mes.

Dos tipos de consideraciones merece esta iniciativa, una de carácter material y otra social.

Desde el punto de vista material, resulta claro que lo que se recaude del sector público es insuficiente para atender las necesidades que se pretenden solucionar.

Por su parte, dentro del sector privado hay una importante cantidad de personas que perciben más de 120.000 pesos por mes. Seguramente son más que en el sector público. ¿Por qué razón, entonces, no se incluye, también a los privados en esta norma?

Ello permitiría al Estado disponer de mayores posibilidades financieras para enfrenar la situación cuyo término resulta incierto.

Desde el punto de vista social se estaría evitando la evidente injusticia que supone este tratamiento discriminatorio para con un sector de la sociedad por el solo hecho de ser servidores públicos.

No debe obviarse el sentir de aquellos agentes privados para quienes podría ser motivo de orgullo poder contribuir, temporalmente, con las arcas públicas en momentos difíciles en la vida de la República. Ellos también resultan discriminados.

Pero además, la medida propuesta está contribuyendo a crear una separación en dos partes del cuerpo social, los públicos y los privados. Sería fomentar una causal más de división en circunstancias en que adquiere mayor importancia la cohesión y la unidad nacional indispensables para enfrenar la adversa situación que enfrentamos.

Gral. Cr. Guillermo Ramírez

El impuesto Covid (II)

Sr. Director:

Según publica el diario *El País* el pasado día 6 del corriente, un grupo de magistrados, estaría solicitando se les excluya del impuesto Covid. Según consigna la nota, de no lograr éxito, en una instancia de diálogo, estarían dispuestos a plantear la inconstitucionalidad del impuesto.

Tal como se informa, el impuesto ya fue aplicado a los salarios nominales mayores a \$ 120.000, en cambio ahora se aplicaría en forma “progresional”, buscando una “mayor justicia tributaria”.