

COVID -19: ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

Dr. José Sánchez Gallego

Juez de Juzgado de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: jose.sanchez01@organojudicial.gob.pa

COVID -19: ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

“Como consecuencia de ese incremento sostenido de casos, desde junio ha ido en aumento el número de pacientes, tanto en salas de hospitalización como en las unidades de cuidados intensivos, alcanzando el pasado viernes 714 pacientes hospitalizados en salas y 148 en las UCI. Situación que tiene al sistema de salud, incluido el personal que atiende a los enfermos al borde del colapso”. (Prosperi Ramírez, 2020).

En tales términos se refería el doctor Luis Prosperi Ramírez a la problemática ocasionada por el Covid -19 en Panamá. En este mismo sentido, Eduardo Prado, jefe de Docencia de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Santo Tomás, comunicó que el ingreso al citado recinto se lleva a cabo con estrictos parámetros, en razón de la carencia de camas, lo cual obedece al aumento de contagios por la Covid-19; de manera que se acude a una suerte de selectividad por parte de los facultativos, tal cual lo reporta el diario El Panamá América el día 30 de junio de 2020.

La calamitosa situación permite razonablemente concluir que el incremento de personas contagiadas con esta enfermedad, daría ocasión a que los recursos del sistema de salud, entendidos estos en términos amplios, (respiradores, camas, e incluso el personal sanitario especializado), serían insuficientes para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos; de tal modo que la vida de las personas estaría altamente comprometida.

El asunto planteado permite formular lecturas en diferentes sentidos. Algunos de estas guardan estrecha relación con la teoría y práctica del Derecho penal, puesto que la situación descrita tendría repercusiones en

materia sustantiva. De hecho, el asunto trae a colación casos como el planteado por filósofo griego Carnéades, en el cual dos náufragos luchan por una tabla de salvación; el supuesto del guardagujas de Welzel, en el que este varía la dirección de un tren, para evitar que colisione con un grupo de personas y evitar su muerte, pero con ello propicia el fallecimiento de alguien que se encuentra en el nuevo camino que se toma.

La solución del asunto representa no pocas complejidades. En este artículo, me propongo comunicar, en una síntesis muy apretada, algunos caminos para hacer frente a la problemática planteada dentro las fronteras trazadas, es decir, exclusivamente, la situación del personal sanitario. En este orden de ideas, resulta de recibo plantearse si los hechos adelantados por los profesionales de la salud sanitario serían objeto de castigo; o estarían justificados o exculpados; y si es así cuál de las eximentes previstas en el ordenamiento jurídico vehicularía una salida para esta cuestión.

I. JUSTIFICACIÓN

1. Fundamentos. El delito se encuentre articulado por elementos que se predicen de la acción. Así, la primera caracterización consiste en la tipicidad, que se concreta mediante el principio de fragmentariedad, encaminado a seleccionar las conductas que resultan más lesivas de los bienes jurídicos en una sociedad; de tal modo que ello propicie la materialización de las conductas en un tipo penal, (Aguado Correa, 1999).

Una vez que se ha verificado la tipicidad de una acción, la escala valorativa del delito

conlleva la verificación de la antijuricidad, (Muñoz Conde, 2007), lo cual implica determinar si, efectivamente, concurre una contradicción entre el comportamiento adelantado por el sujeto frente a la normativa sustantiva penal. La antijuricidad implica la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico, cuya tutela interesa al Derecho penal.

Conviene tener en mente, que el ordenamiento jurídico penal está compuesto de normas prohibitivas, es decir, aquellas que tipifican una conducta, esto es la concreción de un precepto, cuya inobservancia lleva aparejada un castigo; sin embargo, de igual forma, se integra por normas permisivas, en las cuales intervienen factores de diversa índole que validan una conducta que concita la atención del Derecho penal, (Jescheck/Weigend, 2002).

Las mencionadas normas permisivas reciben la denominación de causas de justificación. En el evento que concurren algunas de estas, el comportamiento típico, verbigracia, la acción desvalorada de matar a otra persona se encuentra avalada por el ordenamiento jurídico; no obstante, conserva el carácter típico, (Jescheck/Weigend, 2002), en consecuencia, la acción, así validada por la ley, debe considerarse lícita, (Muñoz Conde, 2007).

Los resortes sobre los cuales se asientan las causas de justificación dicen relación con teorías monistas y dualistas. Para los propósitos de este trabajo nos concretamos en comunicar los siguientes fundamentos:

- 1) ausencia de interés; y
- 2) interés preponderante.

En la ausencia de interés el sujeto titular del bien jurídico, dispensa al ordenamiento

de su protección, tal cual tiene lugar en el caso del consentimiento. En tanto, que en el interés preponderante la acción se justifica, siempre y cuando el daño producido acontece en vías de salvar un bien de mayor relevancia.

Como correlato a la fundamentación de las eximentes justificantes, importa tener presente el principio de inexigibilidad de otra conducta, el cual entendemos con Aguado Correa, (2004), que, junto a los mencionados fundamentos, de igual forma, sostiene las bases de las causas de justificación, en razón que la inexigibilidad, a nuestro parecer, informa todas las categorías del delito; de tal manera que no es patrimonio exclusivo de la exculpación, como sostiene la doctrina dominante.

En fin, el planteamiento esencial en torno a la justificación estriba en la tensión entre dos intereses, de tal suerte que solo uno de ellos puede sobrevenir, lo cual da lugar a que se materialice la afirmación de uno, (Roxin, 2015).

2. Efectos de la justificación. Una vez que ha tenido lugar una eximente de la naturaleza que nos ocupa, surgen diferentes lecturas que pasamos a participar.

Materializada una causa de justificación, generalmente, no es posible oponer legítima defensa, en atención a que la conducta de quien se defiende se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico, por tanto, la acción de la persona no es ilegítima; en consecuencia, no se puede reaccionar a través de la circunstancia justificante referida.

Con base en la accesoriedad limitada de la participación, resulta palmario que al tiempo en que concurre una causa de justificación no se concreta la participación

criminal, pues la acción es avalada por el ordenamiento jurídico, de tal forma que las consecuencias de la justificación alcanzan a todos los que intervienen en la realización del tipo, bien sean autores o partícipes, (Mir Puig, 2015). Sin embargo, podría acontecer que el autor mediato sería alcanzado por los efectos del injusto; en tanto que la justificación haría extensivas sus consecuencias, exclusivamente, al autor material.

La justificación impide la responsabilidad civil, en razón que el ordenamiento jurídico ha validado la acción, por tanto, no es posible que tenga lugar reparación alguna ante la concurrencia de una eximente con contenido justificante. No obstante, habría que considerar, en este sentido, la regulación particular, dado que en algunos supuestos se viabiliza el reclamo civil en ciertos casos, con miras a restaurar la condición económica previa, en supuestos de estado de necesidad, (Mir Puig, 2015).

3. Causas de justificación en el Código penal. De entrada, importa destacar que el estatuto nacional ha regulado de manera clara, las eximentes que justifican y las que exculpan, a diferencia de lo que acontece en el Código penal español, en el cual las circunstancias aparecen listadas en un solo artículo; de tal modo que la jurisprudencia y la doctrina han dotado de contenido justificante o exculpan a las figuras previstas en el artículo 20 del texto punitivo español. Nuestra legislación, en consecuencia, ha seguido el camino del legislador alemán, lo cual permite que la discusión en torno a la naturaleza de las eximentes resulte pacífica en nuestro medio, particularmente en lo que respecta al estado de necesidad.

El estatuto panameño cuenta con tres causas de justificación: el ejercicio legítimo de

un derecho o cumplimiento de un deber legal, la legítima defensa y el estado de necesidad. De tales figuras nos ocupamos a continuación.

3.1. El ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber legal. La naturaleza justificante de la eximente, obedece a que no es posible imponer castigo en sede penal a la persona que ha acatado una obligación que el propio ordenamiento jurídico le ha impuesto, o bien que ha materializado un derecho reconocido por la ley, (Mir Puig, 2015). Para concretar la circunstancia prevista en el artículo 31 del Código penal, es preceptivo atender al ordenamiento jurídico en general, para establecer si, efectivamente, el agente ha cumplido con las pautas establecidas en la ley, o si ha actuado en sintonía de un derecho que le asiste. Pese a lo expresado, no ha faltado quien considere que en realidad se está ante una circunstancia que excluye la tipicidad, por cuanto la conducta de la persona no encuentra acomodo en un tipo, (Cuello Contreras, 2009).

El cumplimiento de un deber legal precisa de competencia material, es decir, que la acción debe encuadrarse dentro del ámbito de tareas del agente, (Jescheck/Weigend, 2002). La eximente estaría destinada, originalmente, a funcionarios, pues son estos quienes están llamados a cumplir deberes jurídicos, empero somos de la opinión que esta circunstancia es extensiva a particulares que deban acatar responsabilidades contractuales o legales, en atención a la posición jurídica que ocupen, (Quintero Olivares, Morales Prats/Prats Canut, 1999).

El ejercicio legítimo de un derecho implica la materialización de una prerrogativa, lo cual incide, de manera negativa, en el plano organizativo de otra persona, (Mir Puig, 2015).

3.2. Legítima defensa. Las bases sobre las cuales se asienta esta eximente dicen relación con la tutela de los bienes que realiza el defensor, frente a la concurrencia de una agresión ilegítima, no obstante, resulta de recibo atender a la afirmación del ordenamiento jurídico que efectúa la persona quien actúa amparada por esta circunstancia justificante; en consecuencia, los resortes de la legítima defensa son duales, (Requejo Conde, 1999).

La persona quien defiende sus intereses y reafirma la vigencia del ordenamiento, lo hace en razón de la concurrencia de una agresión ilegítima, por tanto, la ley se coloca de su lado, lo que significa que tiene lugar un interés preponderante; es decir, uno de los cimientos sobre los cuales se sistematizan las eximentes que justifican.

Los requisitos que exige la ley para que se materialice la legítima defensa consisten en que tenga lugar:

- 1) una agresión injusta;
- 2) el uso de un medio racional; y
- 3) falta de provocación suficiente.

La agresión injusta puede concretarse en dos sentidos. Así, es posible que, efectivamente, tenga ocasión una lesión dirigida a los bienes jurídicos de quien se protege; o que haya una puesta en peligro de estos. La letra de la ley permite, sin mayores esfuerzos, arribar a tal conclusión. El acometimiento debe ser actual, de tal suerte que se precisa de un hecho presente, (Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999). Este requisito es esencial, por ende, en el caso que no concurra no es dable atender a esta eximente.

El uso de un medio racional para hacerle frente a la agresión implica que resulta preceptivo el uso de mecanismos, para

plantarle cara al acometimiento. Esto no conlleva que la defensa deba ser proporcional, (Bacigalupo, 2009). En todo caso, la gestión de quien se defiende no debe encontrarse fuera de los límites racionales que comportan a un observador promedio ubicado en lugar del autor.

Por último, la falta de provocación suficiente significa que el defensor no haya ocasionado de manera intencional la situación. La razón de este requisito consiste en evitar un abuso del derecho por parte del agente y, en cierta forma, una manipulación del sistema, (Requejo Conde, 1999).

3.3. Estado de necesidad. La eximente es definida por Mir Puig en los siguientes términos: “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”, (2015)

Esta circunstancia permite la defensa de intereses colectivos, en razón que la base de ésta descansa en la preservación de la paz jurídica, de tal modo que por esta vía es posible atender a bienes supraindividuales, (Silva Sánchez, 1982)

Los requisitos para que se materialice la figura en cuestión pasan por la concurrencia de una situación de necesidad, o de peligro como sostiene el estatuto penal. Esta cuestión implica la concurrencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos; de tal suerte que para salvar uno de ellos se precisa del sacrificio del otro, (Muñoz Conde, 2007). Este requisito es esencial, para que se configure la eximente. Es lo que la agresión representa para la legítima defensa. En este sentido, importa mencionar que el mal causado debe ser menos grave que aquel que se evitó.

Se precisa que el peligro sea vigente o que haya inminencia y que sea grave, e igualmente que no haya otra manera de enfrentarlo. Aquí importa destacar que la eximente se encuentra informada por el principio de proporcionalidad; de ahí la preceptiva materialización de tales condiciones. De igual forma, es necesario que el peligro no haya sido ocasionado por el agente.

El ordenamiento permite el estado de necesidad en defensa de terceros, es decir, el caso que una persona acude en ayuda de otra que se encuentra en una situación de necesidad, lo cual configura el auxilio necesario. Siguiendo el hilo argumentativo expresado, se advierte que la colisión de deberes es una forma de estado de necesidad, en concreto, de auxilio necesario. Así, se observa que una persona está llamada a cumplir un deber, empero solo puede cumplir con este, a costa de desatender otro que, igualmente, lo vincula, (Jescheck/Weigend, 2002), lo cual da lugar a concluir que existen deberes de acción y omisión.

La cuestión estriba entonces en determinar si la colisión de deberes, que es el caso que nos interesa, genera justificación o exculpación. Por un lado, se estima que la cuestión se encuentra dentro del ámbito organizativo del injusto; de manera que el asunto se resuelve en sede justificación. Así, siempre que colidan deberes idénticos el sujeto puede adoptar cualquiera de las soluciones que tiene a su disposición, en razón que la delimitación de lo prohibido presenta notables dificultades, particularmente en casos límite, (Cuerda Riezu, 1990).

En antítesis a lo expresado, otro sector estima que en casos como el que planteamos la salida de la justificación es insostenible, por cuanto la colisión en realidad es de vidas; de tal modo que la dignidad humana, principio

cardinal que gobierna el estatuto penal, no permite que se lleve a cabo una cuantificación; por ende, la solución debe buscarse en sede de exculpación, (Robles Planas, 2010).

Otra de las condiciones exigidas en el estado de necesidad consiste en que el por su oficio el sujeto no tenga obligación de sacrificio, lo cual aplica a personas que por sus tareas están llamadas a enfrentar riesgos, por las expectativas sociales que se ciernen sobre ellos, verbigracia, bomberos, sin que ello implique que deban inmolarsse.

3.3.1. Naturaleza jurídica. La delimitación del estado de necesidad es una de las cuestiones que mayor interés ha concitado en la doctrina. Por un lado, concurren tesis unitarias que entienden que el estado de necesidad es siempre eximente justificante, sin importar los intereses que colidan, (Gimbernat Ordeig, 1995); pero otro sector, ampliamente dominante, es de la opinión que la figura que nos atañe puede ser bien causa de justificación o de exculpación, en atención a la colisión que se advierta; por ende, el estado de necesidad tiene repercusiones duales.

Hegel ha elaborado la teoría del conflicto. Según la línea argumentativa desarrollada, la acción de la persona está justificada, en atención a que existe un interés que se encuentra por encima del otro, en consecuencia, la conducta es conforme a derecho y está justificada. A partir de esta posición se diseña la figura del estado de necesidad justificante, (Martín Lorenzo, 2009).

La teoría de la adecuación ha sido construida por Kant, quien sostiene que la conducta de la persona no puede resultar justificada. En todo caso, el comportamiento no se castiga, pero en atención a que el individuo procede guiado por una coacción psicológica; de tal suerte que

esta situación da ocasión a que la persona no se encuentre motivada a cumplir con las pautas establecidas en el ordenamiento jurídico, en consecuencia, no se castiga por un asunto de equidad. Esta argumentación es la base del estado de necesidad exculpante, en el cual se advierte una tensión entre intereses idénticos o superiores, (Jescheck/Weigend, 2002).

Resulta palmario que nuestra legislación ha acogido la teoría de la diferenciación, en atención que se aprecia un estado de necesidad justificante, en el caso que uno de los males sea menos grave; y otro exculpante, en el supuesto que los intereses en conflicto sean iguales o uno de ellos resulte superior.

II. EXCULPACIÓN

1. Fundamentos. La culpabilidad, o imputación personal decae al tiempo que las condiciones deliberativas de las personas merman, de tal suerte que no es de recibo la atribución del injusto, al menos no dentro del marco de un estado democrático de derecho, (Martínez Cantón, 2010).

El principio de inexigibilidad de otra conducta es esencial para la sistemática de la exculpación, por cuanto no se materializa la culpabilidad si es que concurren razones que no permiten que al agente se le pueda atribuir el injusto, en atención a la concurrencia de una anormalidad motivacional que limita su comunicación frente al estatuto prohibitivo, (Aguado Correa, 2004).

Con todo, Roxin es de la opinión que las razones por las cuales se prescinde de castigo, pese a la materialización de un injusto, estriban en motivos de política criminal; dado que entiende que no es necesaria la pena, pues en el caso determinado no tiene ocasión la prevención especial ni general que

debe propiciar el castigo, (Roxin, 2015).

Aquí debemos puntualizar que hemos seguido la clasificación que desde la doctrina alemana distingue entre **causas de exclusión**, en las cuales no se evidencia culpabilidad, en razón que se está frente a un inimputable o debido a la concurrencia de un error de prohibición invencible, lo cual implica que el sujeto no tiene capacidad de comunicarse con su entorno, de ninguna manera; o que no cuenta con el conocimiento de la condición antijurídica de su comportamiento en el segundo supuesto; y las **causas de disculpa** en las cuales el legislador no castiga, debido a una indulgencia, derivada de la disminución del desvalor de la acción y del resultado. Esta distinción no es meramente teórica, por el contrario, nos permite dimensionar este trabajo, al punto que como se expondrá en el siguiente punto trazará los niveles de cobertura.

2. Efectos de la exculpación. Como punto de partida, interesa puntualizar que en este caso se está frente a una conducta con contenido típico y antijurídico. En razón de esto resulta palmario que en la exculpación la participación criminal es admisible, debido a que la situación de anormalidad motivacional se extiende, exclusivamente, al autor, al menos en la generalidad de las ocasiones, (Roxin, 2015).

Como quiera que el hecho es antijurídico es posible que en este caso se reclame responsabilidad civil, por cuanto la conducta no tiene cobertura por parte del ordenamiento jurídico.

Vale mencionar que en este supuesto es posible ensayar legítima defensa, dado que la conducta de la persona no está avalada por la ley.

3. Causas de exculpación en el Código penal.

La ley prevé las siguientes circunstancias de disculpa: obediencia debida, estado de necesidad exculpante, coacción moral o psicológica y el miedo insuperable. Seguidamente, nos ocupamos de ellas, no sin antes reafirmar que los asuntos relacionados con el error y la falta de capacidad de culpabilidad no son abordados, debido a lo planteado en el punto II.1.

3.1. Obediencia debida. Esta circunstancia lleva implícito un vínculo de subordinación; en consecuencia, su ámbito de incidencia se concentra en las funciones públicas. Su materialización requiere una orden emitida por una autoridad competente, (Gill, 2004).

El fundamento de la eximente radica en la inexigibilidad de otra conducta, por ende, el legislador se ha decantado por atribuirle naturaleza exculpatoria, (Arango Durling, 2014).

3.2. Estado de necesidad exculpante. Los requisitos de esta circunstancia encuentran sintonía con las condiciones que se precisan para que tenga lugar el estado de necesidad justificante, sin embargo, en el caso que ahora nos ocupa el legislador ha prescindido de la situación de peligro, la cual está prevista en la eximente que justifica. Muchas son las lecturas que podrían efectuarse en torno a esta cuestión y algunas otras, empero esta no es la ocasión para formular reflexiones en esta dirección. Con todo, se observa que la principal diferencia entre ambas figuras es que en este caso el mal sea igual o superior al bien jurídico lesionado.

3.3. Coacción moral o psicológica. La regulación de esta eximente, a nuestro modo de ver las cosas, se tropieza con el miedo insuperable, de tal suerte que las distinciones entre una y otra no resultan del todo claras. La eximente tiene como sustrato la concurrencia de una fuerza moral que afecta la conducta del

agente, lo cual afecta su capacidad deliberativa, (Guerra de Villalaz, 2001).

3.4. Miedo insuperable. Los presupuestos de esta eximente no se distancian del estado de necesidad, por lo cual la diferenciación entre ambas circunstancias es un asunto con no pocas complejidades. En nuestro medio, ni siquiera cumple funciones de recogida, en razón que los excesos en la justificación cuentan con una regulación propia, a diferencia de lo que acontece en España. La circunstancia consiste en la convergencia de una situación que afecta la normalidad requerida para decretar culpabilidad., (Mir Puig, 2015).

III. ALTERNATIVAS A LA PROBLEMÁTICA

Tal cual se planteó al inicio de este trabajo se pretende, en todo caso, visualizar las vías que podrían utilizarse como referencia para resolver la cuestión relacionada con la atención a determinada persona en desmedro de otra, en atención a la crisis provocada por el Covid-19. El asunto tiene dimensiones éticas y jurídicas, por mencionar algunas, por tanto, es muy opinable.

Debemos tomar en cuenta que el reconocimiento de una causa de justificación o de exculpación debe ser probada por quien alega. La sede natural, para tales efectos, es el juicio oral, en razón que en esa fase del proceso se potencian los principios de inmediación, contradicción, entre otros, al tiempo en que se desahoga la prueba.

La selectividad planteada debería ser una consecuencia de un examen detallado de la situación particular de cada persona, con miras a concretizar el proceso en cuestión. En palabras de Martínez Cantón es preceptiva la intervención de observadores entendidos; es decir, expertos competentes que proporcionen

lucos en torno a la situación, (Martínez Cantón, 2010), lo cual nos lleva reafirmar que sería el juicio, salvo que las condiciones permitan la solución del problema en otra fase, el lugar donde por antonomasia se debería analizar el hecho.

Conviene puntualizar que la respuesta de la doctrina tradicional a problemas similares al que nos reúne, se ubica en el plano de la exculpación, por cuenta de la concurrencia del estado de necesidad, en atención a que coliden vidas, es decir, son bienes idénticos, (Robles Planas, 2010). De igual forma, resulta preceptivo que en este caso si se materializaría la tipicidad, en el supuesto que, por ejemplo, se pierda la vida de alguien, dentro del contexto examinado, por ende, la solución no gravita dentro de la primera categoría del delito.

Con miras a atender la problemática planteada al inicio de estas líneas, debe, necesariamente, considerar las consecuencias que se derivan tanto de la justificación, como de la exculpación. Así, en el evento que se considere que la solución se encuentra dentro del contexto de la antijuricidad, habría que proyectar que no cabría la reclamación civil, la participación criminal no tendría lugar y no podría recurrirse a la legítima defensa. En la exculpación la situación es diferente, puesto que sería dable el castigo al partícipe, la reparación civil y es posible la defensa.

Los efectos de la justificación parecen ajustarse a la situación que enfrentaría el personal sanitario, debido a que la falta de insumos, (camas, respiradores, e incluso facultativos y auxiliares especializados), es un asunto que se encuentra por encima de sus ámbitos organizativos. De hecho, esta situación daría ocasión a considerar, incluso que las consecuencias no le serían exigibles. Sobre el particular hemos puntualizado

que, a nuestro entender, el principio de inexigibilidad es cofundamentador de las causas de justificación; de tal suerte que este aserto está vertebrado con lo expresado hasta aquí.

En adición, la respuesta en materia de justificación proporciona una salida coherente con la actuación integral del personal sanitario, pues los efectos se extenderían a todos los que participan en el proceso de selección, que ha sido mencionado en las primeras líneas. Una solución en sede de exculpación permitiría el castigo de las personas que han intervenido en calidad de cómplices o partícipes, cuestión que no se encuentra en armonía con lo descrito en el inciso que antecede.

La apuesta por la justificación permitiría que se acuda al error, debido a que se cuenta con la plataforma jurídica para tales efectos, aunque con límites angostos. No obstante, en materia de exculpación se observa un déficit legislativo, debido a que no existe regulación en torno al yerro en esa sede.

Por otro lado, la exculpación vehiculizaría el reclamo civil, dirigido a personal médico que ha actuado dentro de las fronteras que le impone el ejercicio de su cargo, lo cual no parece guarde sintonía con el desempeño correcto de las tareas que le corresponden, en el evento que se haya demostrado que esto ha sido así.

De igual forma, es sumamente importante que se contextualice la situación, lo cual conlleva a ubicarse en el plano del agente al momento en que tienen lugar los hechos, de manera que debe efectuarse un examen *ex – ante* de la situación. Esto involucra verificar la finalidad que se persigue, la particular condición del agente

y las herramientas a las cuales puede acudir. Si se logra probar que, bajo las dimensiones planteadas, la selección era el único camino a seguir, entonces la respuesta al asunto podría encontrarse en el plano de la justificación, (Muñoz Conde, 2007).

Como viene expuesto, la problemática planteada podría resolverse por la vía de la justificación, al menos desde las perspectivas expresadas. Resta ahora verificar cuál de las eximentes sería aplicable a la situación objeto de atención.

Nos parece que habría que descartar el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber legal, en razón que esta eximente, debido a su estructura, no da lugar a que se materialice el auxilio necesario; es decir, el supuesto en el cual una persona atiende la situación de otra. En todo caso, la situación mencionada, parece estar dirigida a hacerle frente a conflictos que se resuelven dentro del ámbito deliberativo individual y no cuenta con los alcances que son necesarios para atender el asunto que nos atañe. En adición, las fronteras de la eximente no son suficientes, para hacerle frente al conflicto en el cual se encuentra involucrado el auxiliador necesario.

De igual forma, debemos descartar la figura de la legítima defensa, porque en el supuesto examinado hace falta la agresión ilegítima, lo cual no se vislumbra desde ninguna perspectiva. Este es un requisito esencial en esta eximente. En adición, cabe mencionar que esta circunstancia está dirigida, esencialmente, a salvaguardar, generalmente, intereses particulares; por lo cual no tiene las dimensiones requeridas para atender el asunto.

Así las cosas, parece que el estado de necesidad es la alternativa que podría resolver

la problemática que acapara nuestra atención. Vale mencionar que la situación se resuelve mediante la figura de la colisión de deberes, la cual es una modalidad de la eximente mencionada y lleva implícito el auxilio necesario.

En nuestro medio, no se cuenta con una regulación específica de la colisión de deberes, como si acontece en el Código penal español, sin embargo, como es una forma del estado de necesidad entendemos que el recurso a esta es viable. Aquí también conviene tener en mente que existen figuras que no están expresamente reguladas, al menos en la parte general, pero que se encuentran previstas en el ordenamiento penal; tal cual acontece, por mencionar un ejemplo, con la coautoría, la cual no aparece en la parte general, no obstante, tiene vigencia en la parte especial, como tiene lugar en los delitos de asociación ilícita o conspiración, es decir, tipos plurisubjetivos en los que todos son coautores.

La solución del estado de necesidad resulta, igualmente, coherente con la estructura de la circunstancia, puesto que permite el auxilio necesario, precisamente, lo que acontece en el caso que nos atañe; dado que un tercero, (en este caso representado por el personal sanitario), se ocupa de atender una situación que el necesitado no puede por su cuenta resolver.

Si bien existen algunas distinciones entre el caso analizado con la figura de la comunidad de peligro, en la cual convergen varias personas involucradas en una situación que afecta sus intereses, mas esta figura es útil para atender la problemática, desde la perspectiva de las posibilidades asimétricas, (Martínez Cantón, 2010). En este supuesto, se advierten dos grupos sujetos a un mal, empero solo uno de ellos tendría razonables probabilidades de

sobrevivir, por ende, recibe atención, cuestión que podría acontecer en el proceso de selección. Además, en el evento que concurren las situaciones que hemos expresado, al tiempo de ocuparnos de la perspectiva justificante en el punto III, entendemos que la salida del estado de necesidad también es útil para cuestiones simétricas, de tal modo que, en uno u otro caso, se podría configurar un interés preponderante junto con la inexigibilidad de otra conducta.

Tal cual hemos expresado, el asunto es opinable en dimensiones superlativas, por tanto, no dejan de tener alguna razón quienes estiman que la problemática podría atenderse por vía de la exculpación, debido a que la colisión de deberes tiene como sustrato bienes jurídicos equivalentes. Pero, con todo, estimamos que la exigente a la cual debería recurrirse sería el estado de necesidad, dadas las coberturas que presenta.

Otras salidas estriban en el espacio libre

del derecho, en el cual frente a casos límite, como el que nos reúne, el Estado retira sus normas, de manera que deja en manos del ciudadano la decisión. Así, cualquiera que sea la medida a adoptar, no habría castigo, (Roxin, 2015). O también la responsabilidad por el hecho, una categoría intermedia entre la justificación y la exculpación, donde tendrían cabida, entre otros casos, el estado de necesidad exculpante para situaciones como estas, (Roxin, 2015). No obstante, no parece tarea sencilla incardinadas dentro de nuestro contexto jurídico.

En fin, la solución al asunto planteado al inicio, podría resolverse en sede de justificación, por vía del estado de necesidad, por cuestiones, si se quiere político-criminales, y, desde luego, jurídicas, aunque admito que existen otras posibilidades razonables, e incluso la decisión en torno a la selección por parte del personal sanitario, en cierta forma, es jugar a Dios.

Dr. José Sánchez Gallego

1. FORMACIÓN ACADÉMICA

- Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas Universidad Santa María La Antigua
- Maestría en Derecho Procesal Universidad de Panamá
- Postgrado en Docencia Superior Universidad de Panamá
- Diplomado en Resolución Alternativa de Conflictos Universidad de Panamá
- Diplomado en Sistema Penal Acusatorio Universidad Latina
- Maestría en Derecho Penal Universidad de Sevilla (España)
- Doctor en Derecho Penal y Procesal Universidad de Sevilla (España- *Cum Laude*)

2. EXPERIENCIA LABORAL

2.1. ÓRGANO JUDICIAL

- Juez - Juzgado Decimoséptimo de Circuito Penal.
- Juez- Juzgado de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá

2.2. UNIVERSIDAD LATINA DE PANAMÁ

Profesor:

- Derecho Penal General (licenciatura)
- Derecho Penal Especial (licenciatura)
- Derecho Procesal Penal (licenciatura)
- Teoría del delito (maestría)