

DELITO DE COLABORACIÓN TERRORISTA, ACTO MÉDICO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca

SUMARIO: I. Introducción: sobre la reforma de los precedentes vinculantes II. La resolución del caso por la Suprema Sala Penal Transitoria 1. Sobre el tipo penal en cuestión 2. Sobre la argumentación probatoria empleada 3. Sobre la subsunción del comportamiento del médico en el delito de colaboración terrorista y las precisiones de sus alcances típicos 4. Sobre la atipicidad del *acto médico* y su establecimiento como criterio de interpretación y precedente vinculante 5. Sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «De La Cruz Flores Vs. Perú» III. Atipicidad del acto médico por ausencia del elemento objetivo del tipo penal de «colaboración terrorista»: imputación objetiva de la conducta 1. El acto médico y su valoración desde el derecho penal 2. Caracterización del acto médico como conducta neutral de intervención delictiva IV. Delimitación de competencias en la realización del acto médico: la preexistencia de deberes del médico como fuente de la posición de garantía 1. Ámbitos de conocimientos

jurídicamente exigidos por la preexistencia de deberes. Exigencia jurídica de preparación y conocimientos al médico 2. La posición de garantía como criterio de imputación en el marco de contextos profesionalmente adecuados V. Consideraciones finales: el acto médico ¿conducta típica del delito de colaboración terrorista? VI. Texto del precedente vinculante

I. INTRODUCCIÓN

Mediante el Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto de 2004, se puso en vigencia en el artículo 301-A del CdePP, con el objeto de regular los casos y condiciones del precedente obligatorio en materia penal. Establece dicho dispositivo procesal que las ejecutorias emitidas por las Salas Penales de la Corte Suprema constituirán precedente vinculante cuando estas así lo expresen, debiendo ser aplicables por la judicatura de toda la nación. Así, en el ejercicio de lo dispuesto por el citado artículo 301-A del CdePP, la Sala Penal Permanente emitió, con fecha 22 de diciembre de 2004, ejecutoria suprema recaída sobre el RN N. 1062-2004¹, mediante la cual se establecieron criterios interpretativos del delito de *colaboración terrorista*, y se fijaron las razones por las cuales correspondía declarar la atipicidad del acto médico en su calidad de prestación profesional. El caso que motivó el pronunciamiento vinculante en análisis tuvo como sustento fáctico y objeto de prueba los siguientes hechos imputados por el Ministerio Público:

Se imputa al procesado haber realizado actos de colaboración terrorista a favor de un organismo generado por la agrupación terrorista Sendero Luminoso —denominado «Socorro Popular», específicamente el Sector Salud del mismo; y, como tal, llevar a cabo una serie de actos de colaboración en el ámbito de la atención sanitaria y servicios de salud a los heridos de dicha organización terrorista, consecuencia de acciones armadas que perpetraban-. En concreto, se atribuye al acusado, de un lado, haber brindado atención y tratamiento médico: a) En 1989, al terrorista conocido como «Isaías» (herido como consecuencia de la explosión de una mina). b) En 1991, a la terrorista conocida

1 Ejecutoria suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que estableció como precedente vinculante, en su FJ 6 y 7, precisiones sobre los alcances típicos del delito de colaboración terrorista y la atipicidad del acto médico por su adecuación a un estándar profesional. Su texto puede encontrarse en: San Martín Castro 2006: 129 ss; Ávalos Rodríguez/Robles Briceño 2005: 325 ss.

como «Camarada Ana» (herida como consecuencia de la explosión de una mina). c) En 1992, a una terrorista herida en los pulmones por una bala. d) En el año 1992, a la terrorista conocida como «Camarada Ángela». e) En fechas no determinadas, a los terroristas conocidos como «Jorge» y «Adrián» (heridos como consecuencia de explosión de una mina). Asimismo se presentó en el domicilio de la terrorista Elisa Mantilla (nutricionista), a fin de hacerla recapacitar cuando esta presentó su Carta de Capitulación, en el mes de abril de 1991, exhortándola a que continuara en la organización².

Se observa, pues, que los cargos establecidos por el Ministerio Público se centraron en que el acusado integró periféricamente un organismo generado por Sendero Luminoso, denominado Socorro Popular, dedicado específicamente al apoyo consciente, voluntario y sistemático de atención médica a los miembros de la organización senderista, lesionados como consecuencia de su actividad terrorista. Asimismo, se le imputó que aquel procuró garantizar que algún miembro del Sector Salud de Socorro Popular, vinculados a diversas áreas de la profesión médica —como el caso de la nutricionista, doctora Mantilla—, brinden los servicios específicos de apoyo a la organización; lo que habría motivado que interviniera cuando esta pretendió alejarse de Sendero Luminoso —mediante carta de capitulación— y dar por culminado su apoyo o favorecimiento a Socorro Popular.

Seguidamente, se desarrollará los aspectos centrales de la resolución del caso por la Corte Suprema de Justicia, poniendo especial énfasis en la determinación de los criterios interpretativos del delito de colaboración terrorista; se fijará también el ámbito original del cual proviene el precedente vinculante sobre la atipicidad del acto médico en análisis: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso de la Cruz Flores vs. Perú); posteriormente, se diseñará un breve estudio sobre la solución dogmática del problema, teniendo como punto de partida la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, aplicable a la solución de la problemática de las conductas neutrales de intervención delictiva, como lo es la actuación profesional de un médico que realiza sus prestaciones profesionales a favor de terceros, con independencia de las características de estos, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones o enfermedades. Finalmente, se emitirá una opinión particular sobre la problemática resuelta por nuestro Supremo Tribunal.

2 Conforme se desprende del Dictamen Fiscal Supremo N. 2004-2/FSP-MP-FN (RN N. 1062-2004), emitido por la 2ª Fiscalía Suprema en lo Penal, del 07/04/04; Cfr. San Martín Castro 2006: 135 ss.

II. LA RESOLUCIÓN DEL CASO POR LA SUPREMA SALA PENAL TRANSITORIA

1. Sobre el tipo penal en cuestión

El delito de colaboración terrorista se encuentra regulado en el artículo 4 del DL 25475. La constitucionalidad del citado decreto ley (y otros) fue objeto de evaluación mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 010-2002-AI/TC, del 03/01/03 (caso Marcelino Tineo Silva). Luego de sometidos a análisis los decretos leyes cuestionados, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia, declaró inconstitucional el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13 del DL 25475 (y ciertas frases de su artículo 20). También fue declarado inconstitucional el inciso d) del artículo 12 del mismo decreto ley³.

En relación con los artículos 4 y 5 del DL 25475, cuya constitucionalidad fue confirmada por la citada sentencia, la sentencia sostuvo en su fundamento jurídico 144: «Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el Terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional»⁴.

Al respecto, es pertinente mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos con anterioridad se había pronunciado sobre la validez del artículo 4 del DL 25475 (o delito de colaboración terrorista), manifestando: «La colaboración no constituye una forma de participación en el terrorismo, sino un delito autónomo en el que incurre quien realiza determinados actos para favorecer actividades terroristas. Desde luego, la apreciación sobre la existencia, en su caso, de actos de colaboración, debe hacerse en conexión con la descripción típica del terrorismo. La formulación de los delitos de colaboración con el terrorismo no presenta, a juicio de la Corte, las deficiencias que en su momento fueron observadas a propósito del delito de traición a la patria. Este Tribunal no estima que dichos tipos penales sean incompatibles con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana»⁵ (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25/11/04, Caso Lori Berenson Vs. Perú, fundamento jurídico 127).

3 En un estudio detallado sobre la constitucionalidad de los delitos de terrorismo y de colaboración terrorista, véase, Hurtado Pozo 2010: 263 ss.

4 FJ 201, STC N. 010-2002-AI/TC, del 03/01/03, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos.

5 Landa Arroyo 2005: 1276.

Así, mediante el artículo 4 del DL 25475 (extremo cuya constitucionalidad fue confirmada), se establece que será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años⁶, a quien de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o *realiza actos de colaboración de cualquier modo* favoreciendo la comisión de delitos de terrorismo, o la realización de los fines de un grupo terrorista. El artículo 4 del DL 25475, reprime los siguientes actos de colaboración con el terrorismo:

a) Suministrar documentos e informaciones sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas. b) La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas. c) El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades delictuosas, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos. d) La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas, que funcionen bajo cualquier cobertura. e) La fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento o suministro de armas, municiones, sustancias u objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la posesión, tenencia y ocultamiento de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. f) Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas.

Se observa, pues, que el delito de *colaboración terrorista* reprime al que se vincula, de alguna forma *supra* descrita, con la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca tanto la comisión de los delitos de terrorismo, como la realización de los fines de un grupo terrorista. Así, en primer lugar, el comportamiento típicamente relevante de colaboración terrorista debe encontrarse explícitamente relacionado con las actividades y finalidades de la organización terrorista en cuestión. En segundo lugar, dicha conducta debe favorecer, ayudar

6 Téngase en cuenta que el límite máximo de la penalidad por delito de colaboración terrorista, fue establecido por el artículo 2 del Decreto Legislativo N. 921 (publicado el 18/01/03); señala expresamente la ley: «La pena temporal máxima para los delitos previstos en los artículos (...) 4° del Decreto Ley N° 25475, será cinco años mayor a la pena máxima establecida»; lo cual conduciría a imponer pena privativa de libertad por un máximo de 30 años.

y/o contribuir materialmente en las actividades propiamente terroristas (como refiere la Suprema Sala, en la ejecutoria materia de análisis: «no es punible el mero apoyo o respaldo moral, sino que se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización»).

En el análisis del tipo penal en cuestión, la Sala establece que la conducta típica debe contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de una determinada finalidad: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

No obstante, cuando el tipo penal hace mención a «cualquier acto de colaboración» habría de interpretarse de forma restrictiva la propuesta del legislador, toda vez que el juicio sobre la *idoneidad* del acto colaborador no debe identificarse como un simple proceso de subsunción en el tipo de cualquier hecho de favorecimiento (de forma literal o meramente descriptiva), sino que —por el contrario— debe realizarse un juicio de *suficiencia e idoneidad* de la prestación de conducta favorecedora del terrorismo, valorando los elementos normativos existentes en sede del tipo objetivo mediante el juicio normativo de imputación objetiva de la conducta (como *infra* se desarrollará). En tal sentido, debe determinarse si el acto médico *per se* se encuadra en alguno de los supuestos específicos de colaboración terrorista o en la referencia genérica de «cualquier acto de colaboración» con la actividad terrorista. O por el contrario, de ser el caso, debe evaluarse el hecho de que el acto médico contiene un significado propio de inocuidad y neutralidad, respecto de los comportamientos de los directamente beneficiados (en este caso, pacientes terroristas), siendo en tal sentido no solo un acto esencialmente lícito sino un deber específico extrapenal que se obliga a cumplir.

2. Sobre la argumentación probatoria empleada

A nivel probatorio, el Supremo Tribunal mantuvo su consolidada línea jurisprudencial⁷, sobre que constituye prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia *la incriminación de coimputados*. Ello debido a que este tipo de medio probatorio fue el utilizado en la condena del acusado médico senderista. Conforme esta línea jurisprudencial, se debe cumplir con los requisitos de que no obedezca a razones espurias ni a móviles subjetivamente reprobables; a su vez, que dicha incriminación sea razonablemente circunstanciada y contenga

7 RN N. 1088-2004 (Callao, del 09/07/04); RN N. 1062-2004 (Lima, del 22/12/04); RN N. 2695-1999 (Cajamarca, del 08/09/99); RN N. 1584-2004 (Tacna, del 15/09/04), así como el Acuerdo Plenario N. 2-2005/CJ-116 (del 30/09/05). Revítese, sobre las ejecutorias supremas en materia de colaboración terrorista: Diálogo con la Jurisprudencia 2007: 186 ss.

un relato verosímil, y que aquella se encuentre periféricamente corroborada y rodeada de elementos objetivos adicionales, a tal punto que ello le otorgue un pleno carácter de verosimilitud.

Así, la Corte Suprema ha determinado que la declaración inculpativa de un coimputado constituye como un medio probatorio apto, y, por ende, valorable siempre y cuando se haya producido válidamente o practicado correctamente, esto es, sin ninguna objeción legal en orden a la propia declaración. Ahora bien, aquella por sí misma no justifica un juicio de culpabilidad, pues se requiere adicionalmente tanto que la información proporcionada sea de *cargo* (relato que se refiera a los hechos típicos o a la participación del acusado en tales hechos con sus circunstancias respectivas), como que sea *suficiente*; esto es, que por su entidad y calidad pueda revelar los hechos atribuidos o la culpabilidad del coimputado.

En tal sentido, ha de apreciarse con cautela la declaración inculpativa de un coimputado, toda vez que aquél, de un lado, no tiene la obligación procesal de decir la verdad, pues no se le toma juramento de ley, y declara sin el riesgo de ser penalmente sancionado (más allá de la denuncia calumniosa), en tanto no puede recaer sobre él la eventual responsabilidad por delito de *falso testimonio*; de otro lado, es altamente probable que su versión obedezca a móviles exculpativos y manifiestos intereses en el resultado del proceso.

En tal sentido, las circunstancias presentes, en la declaración inculpativa de un coimputado, que deben de ser valoradas son: *desde la perspectiva subjetiva*, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su declaración inculpativa. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su declaración, es decir, que no sean turbias o espurias, producto de venganzas privadas, odios o revanchismos, todos ellos conducentes a obtener alguna pretendida ventaja —incluso judicial—; a fin de evaluar si es posible restarle fuerte dosis de credibilidad. Cuidando de advertir si la finalidad de la declaración es —precisamente— autoexculpativa de la propia responsabilidad.

Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias recaídas sobre el sindicado, que incorporen algún dato, hecho o circunstancia externa —aún de carácter periférico— que consolide su contenido inculpativo. Debiendo ser observada la coherencia, solidez y persistencia de su relato inculpativo⁸.

Así, la Suprema Sala, en atención a los cargos corroborados con el material probatorio ya actuado, estableció como *hecho probado que el imputado prestó apoyo*

8 En tal sentido, los citados requisitos expuestos constituyen, pues, cuestiones valorativas que incumben al órgano jurisdiccional decisor. Para más detalles, véase el Acuerdo Plenario N. 2-2005/CJ-116, en: Diálogo con la jurisprudencia 2007: 209 ss.

a *Sendero Luminoso* a partir de sus conocimientos médicos, específicamente por el desarrollo de una serie de labores a favor del Sector Salud de Socorro Popular, en aras de favorecer la actividad y fines de la organización terrorista (proporcionar medicamentos, atención médica especializada, intervenciones quirúrgicas a los lesionados de la actividad armada, entre otras).

3. Sobre la subsunción del comportamiento del médico en el delito de colaboración terrorista y las precisiones de sus alcances típicos

En función a que los cargos formulados contra el acusado no se centraron en el hecho de que aquel habría atendido de forma circunstancial y aislada a simples pacientes, sino que por sus características denotaban su inclusión en delitos de terrorismo, esto es, para el acusado era un hecho absolutamente conocido que sus pacientes formaban parte de la agrupación senderista y continuarían sus actividades criminales con posterioridad a la intervención médica realizada a su favor. En esa línea, tampoco se le acusa el no haber denunciado ante las autoridades que sus pacientes eran terroristas de Sendero Luminoso; sino más bien los hechos imputados y la prueba dirigida a acreditar los mismos se condujeron, en un extremo, a demostrar el ligazón o vínculo funcional del acusado con la agrupación terrorista, sobre la base de la intervención médica a favor de los miembros de Sendero Luminoso.

Ahora bien, el acusado recabó y prestó su intervención en las tareas —ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias— de apoyo a los heridos y enfermos de esta agrupación, pero además desempeño actividades distintas a la realización de «acto médico»; como señala la ejecutoria suprema: «este análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados [...]; el acercamiento al herido o enfermo, y la información de su estado y ubicación, le era proporcionado por la propia organización, y no que estos últimos hayan acudido a aquel por razones de urgencia o emergencia, a los solos efectos de una atención médica».

A su vez, y lo que es más evidente en cuanto a su vinculación funcional con Sendero Luminoso, lo constituye el hecho que el acusado realizó actos destinados a mantener la propia organización de apoyo, estructurada para tal efecto; así, por ejemplo, con esta finalidad trató de convencer a una de las integrantes (la nutricionista de Socorro Popular) a que no se aparte de la agrupación.

En suma, aun cuando haya sido absolutamente cuestionable el proceder del la Fiscalía al formular una acusación en el extremo de las intervenciones medicas que el acusado realizó, sin embargo, la correcta imputación debió haber sido dirigida únicamente por la pertenencia de aquel a la agrupación en análisis y la reali-

zación de diversas actividades que tenían por objeto cumplir con los fines propios de la organización terrorista, como lo fue el haber procurado que los militantes renuentes al grupo, no se aparten de aquel.

4. Sobre la atipicidad del acto médico y su establecimiento como criterio de interpretación y precedente vinculante

La Suprema Sala llega a determinar —si bien no de forma excluyente de la responsabilidad del acusado, por cuanto se le atribuye más de un hecho— que se habría establecido la atipicidad del acto médico, por tratarse los mismos de comportamientos profesionalmente adecuados a un estándar social (del sector salud), y ser actividades prestacionales socialmente promovidas por su carácter imprescindible para el resguardo de la sanidad del colectivo social.

A partir de tales consideraciones, la Suprema Sala, en el precedente vinculante en análisis, asumió la doctrina instituida por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (del 18/11/04), recaída en el caso «de la Cruz Flores vs. el Estado peruano». La citada resolución, en su fundamento jurídico 102, estableció que:

El acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él sobre la base de la información que obtengan en el ejercicio de su profesión [...]. El acto médico constituye una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso —justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple.

5. Sobre la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «de la Cruz Flores vs. Perú»⁹

Conforme fue materia de controversia en aquel caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se establece que María Teresa de la Cruz

9 El 11 de junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado Peruano (la cual se originó en la denuncia N. 12.138, recibida el 01/09/98). La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado peruano violó los artículos 7 (*derecho a la libertad personal*), 8 (*garantías judiciales*), 9 (*principio de*

Flores, médico de profesión, desde 1984 hasta su detención en 1996 trabajó como médico pediatra adscrita al Instituto Peruano de la Seguridad Social Policlínico «Chincha» en Lima. A raíz de su detención, la señora De la Cruz Flores estuvo privada de libertad por más de 8 años (desde marzo de 1996 hasta julio de 2004). Su actuación presuntamente delictiva fue haber proporcionado atención médica, curaciones, operaciones, entregar medicinas e instrumental médico, en la atención de delincuentes senderistas, así como el no haberlos denunciado ante las autoridades pertinentes por sus actividades terroristas¹⁰.

Dichas consideraciones condujeron a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fije, mediante sentencia de fecha 14/11/06 (fundamento jurídico 102), que: «El Estado Peruano incurrió en una violación del principio de legalidad: por tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, solo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del DL 25475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; y, por penalizar el acto médico que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión».

Es, precisamente, este caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el que nutre de contenido material a lo expuesto por nuestro Supremo Tribunal en la resolución del caso materia de análisis: el acto médico se caracteriza por ser no solo un derecho del médico prestarlo —facultado por su Código de ética profesional—, sino un deber extrapenal a él exigido, en la medida en que el resguardo por los bienes jurídicos de mayor predominancia y valor (como lo son

legalidad y de retroactividad) y 24 (*igualdad ante la ley*) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de María Teresa De la Cruz Flores. La demanda concluyó en la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2004.

- 10 María Teresa de la Cruz fue una de los médicos que fueron detenidos, procesados y condenados por el delito de terrorismo en el Perú, bajo la imputación de haber curado y brindado tratamiento a personas a quienes el Estado Peruano calificaba como terroristas, y/o haber participado en intervenciones quirúrgicas, o haber dado medicinas a los familiares de estas personas, y, finalmente, haber obligado a otros médicos a ejercer el acto médico a favor de las citadas. *La CIDH ha dictado una sentencia en su favor en el que se pronuncia sobre la neutralidad del acto médico*; sin embargo, en el segundo proceso que se viene llevando en contra de la médico De la Cruz Flores, la Sala Penal Nacional de Terrorismo, sostiene Carolina Loayza, «no estaría observando las normas internacionales relativas al debido proceso, ni integrando las decisiones de la CIDH, en el sentido de respetarse el papel neutral de los que actúan en su condición profesional de médicos, particularmente en épocas del conflicto armado». Al respecto, Loayza Tamayo 2006: 183 ss.

la vida y la salud) le generan una posición específica de control sobre su indemnidad, así como deberes positivos de actuación en favor de los pacientes puestos a su recaudo¹¹.

Es, en suma, un derecho del médico ejercerlo y un deber a él atribuido; de forma tal que su inobservancia podría generar en aquel responsabilidad penal por omisión impropia de negarse a ejercer la única actividad que salvaría la vida o resguardaría la salud de la persona quien fuera. Y ello nada tiene que ver con la causa de justificación —jurídico penalmente reconocida— del «cumplimiento de oficio, deber o cargo», que haría del comportamiento del médico un acto típico pero justificado, sino que su naturaleza radica en el juicio de tipicidad misma, a efectos de determinar si es que mediante el acto médico el profesional de la medicina expresa un concreto sentido de mínima contrariedad con el derecho penal.

III. ATIPICIDAD DEL ACTO MÉDICO POR AUSENCIA DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO PENAL DE «COLABORACIÓN TERRORISTA»: IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA

1. El acto médico y su valoración desde el derecho penal

El derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho¹² debe desarrollar sus categorías asegurando un espacio mínimo de estabilidad para la convivencia social y el libre desenvolvimiento de la personalidad de los ciudadanos; permitiéndose contribuir —de ese modo— con la gestión y desarrollo de los derechos fundamentales¹³. En ese sentido, el cumplimiento de sus finalidades punitivas, coherentes con el orden constitucional al cual sirve¹⁴, hace posible la existencia de esferas de autonomía mediante la creación de espacios de libertad *jurídica*¹⁵.

11 En tal sentido, Silva Sánchez 1986: 64; Lloria García 2004: 171 ss.; Gracia Martín 1994: 77; Lascuráin Sánchez 2005: 100.

12 Acercando en sus trabajos monográficos las relaciones existentes entre el Derecho penal y la comprensión sintética del Estado moderno, producto de la unión dialéctica de principios propios del Estado liberal y del Estado social, añadido a una característica democrática, Mir Puig 1994: 31 ss.

13 Reyna Alfaro 2006: 18.

14 En ese sentido, señala Bernardo Feijóo, lo siguiente: «la legitimidad del derecho penal depende de la del orden constitucional al que sirve, y no puede ser más legítimo el derecho penal que el sistema al que sirve [...]. En la Constitución y en su papel constitucional es donde ha de encontrar el derecho penal su legitimación. La función del derecho penal no es más que un apartado de la teoría del Estado. La concepción del Estado condiciona el papel del derecho penal». Feijóo Sánchez 1997: 27 ss.

15 Señalan Jescheck/Weigend 2002: 3 lo siguiente: «Así como la Constitución quiere garantizar *la libertad de acción de las personas*, el derecho penal únicamente puede disponer *limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad* [...]. El derecho penal debe crear, mediante el

Es precisamente en ese ámbito de libertad jurídicamente reconocida donde el ciudadano puede tomar decisiones espontáneas asumiendo los costes que ello habría de reparar, en forma de un sintagma de *libertad* de administración de los propios asuntos y *responsabilidad* por las consecuencias de la deficitaria administración de tal competencia¹⁶. En consecuencia, el ciudadano encuentra jurídicamente protegida su libertad genérica de actuación, en la medida en que la misma no genere afecciones a intereses de terceros. Este derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷, que la Constitución Política le reconoce, se expresa en las más diversas formas de actuación profesional y relaciones prestacionales que podría ostentar o ejercer todo ciudadano. Tan es así que el ordenamiento jurídico mismo promueve fórmulas extensivas de permisiones para la actuación libre de la persona, por ejemplo, sobre la base de la tolerancia de una actividad riesgosa, y ello se pone de manifiesto en las más disímiles actividades sociales y profesionales.

Es la génesis de una actividad riesgosa la que conduce a que el ordenamiento pretenda canalizar, a niveles de tolerancia social, la promoción de actividades profesionales¹⁸, razón por la que se sostiene —con todo acierto— que las mismas ya se encuentran preconfiguradas, estandarizadas¹⁹ o estereotipadas²⁰, de antemano como riesgosas, no obstante ser jurídicamente toleradas²¹. Esa es la razón fundamental de la existencia de actividades profesionalmente adecuadas; las mismas que, a nivel de los criterios de imputación objetiva, encuentran perfecto encaje a nivel del instituto genérico denominado «riesgo permitido». Y se trata de actividades riesgosas no solo por el peligro que le reporta al mismo interactuante que haya de realizarlas, sino porque es manifiesta su propia idoneidad para afectar —directa o indirectamente— un bien jurídico penal.

rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual el ciudadano pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su discrecionalidad. Por ello el derecho penal no solo limita, sino que también crea libertad». En este mismo punto de partida, pero con referencia al instituto de la imputación objetiva, Jakobs 2000: 183, señala: «La función de la imputación objetiva será la de crear espacios de libertad de acción jurídicamente reconocida». También, Feijóo Sánchez 1997: 70, sostiene en el mismo sentido: «la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de libertades y crea libertad jurídica».

16 Baldó Lavilla 1994: 47 ss.

17 Constitucionalmente reconocido, conforme el artículo 2, inciso 1 (derechos fundamentales de la persona) de la Constitución.

18 Hurtado Pozo 2005: 437 ss.

19 Señala José Antonio Caro: «El alto grado de tecnificación y complejidad de las sociedades modernas ha conducido a un fenómeno de diferenciación, de modo que la sociedad se compone de roles diferenciados e intercambiables». Caro John 2006b: 355.

20 Robles Planas 2003: 34.

21 Du Puit 2009: 510.

Precisamente, ejemplo claro de aquello se encuentra a nivel de la actividad médica²². La actuación profesional del médico no es sino expresión del compromiso social del ciudadano-médico con el libre ejercicio de su profesión; ello en aras de salvaguardar los intereses predominantes de los pacientes sometidos a su tutela²³. Es por ello que mediante el acto médico se concreta la relación médico-paciente²⁴. Y es, precisamente, dicha relación la esencia del ejercicio profesional de la medicina; produciéndose cada vez que el profesional médico acepta dar su opinión, consejo o posible tratamiento a una persona que le formula tales cuestiones. Así, mediante el acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente. Al respecto, el artículo 12 del Código de ética profesional del Colegio Médico del Perú, nos brinda una definición amplia del concepto de «acto médico», señalando que:

El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapia y pronóstico que realiza el médico, en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de estos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.

El acto médico tiene como base fundamental el vínculo jurídico de garantía de la vida humana del paciente, el resguardo de su salud, pero también la protección de su reputación, de su honor, su intimidad, así como la reserva de información y el secreto profesional²⁵ constituido en favor del paciente. Ello es un apartado de predominio funcional a nivel mismo de la actividad médica que diseñan los códigos de ética profesional²⁶. Y que, como no podía ser de otro modo, es recogido por el Colegio Médico del Perú:

22 Describen esta problemática, Jorge Barreiro 1990: 126 ss.; Hava García 2001: 42 ss.

23 Señala Enrique Varsi Rospigliosi que: «El acto médico es un acto humano, especial y complejo. La libertad, en concreto, la autonomía, es un elemento clave, dado que el médico debe actuar con independencia en la toma de sus decisiones, obviamente dentro de los parámetros fijados por el paciente en su consentimiento o la mejor situación, cuando aquella sea imposible de conseguir. Son características del acto médico: Profesionalidad, ejecución regular o típica y lícitud». En tal sentido, Varsi Rospigliosi 2006: 56.

24 Varsi Rospigliosi 2006: 149.

25 Se trata, pues, de un deber médico, impuesto por la deontología, no solo respecto a la naturaleza de la dolencia, sino incluso, se logra extender a toda otra circunstancia cuya divulgación pudiera perjudicar al paciente o su familia; a decir de la profesora Carolina Loayza Tamayo: «establece que toda persona que ejerza una actividad médica no pueda ser obligada a brindar información alguna sobre los heridos y enfermos que estén asistidos o hayan sido ya asistidos». Loayza Tamayo 2006: 185.

26 Sobre la predominancia valorativa de lo señalado en las máximas de experiencia establecidas en los Código de ética profesional, detalladamente, Puppe 2007: 4; Puppe 2006: 8; Eser 2001: 83.

El ejercicio de la medicina incluye un permanente respeto a los derechos fundamentales de los pacientes, tales como el derecho a la libertad de conciencia y de creencia, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al libre desarrollo y bienestar de las personas, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la información y al consentimiento informado, el derecho a la no discriminación en razón de sexo, edad, enfermedad o discapacidad, credo, raza, origen étnico, género, nacionalidad, filiación política, orientación sexual o condición socioeconómica, entre otros. En su actividad profesional el médico tiene el deber de guardar el secreto profesional; este brinda al acto médico su característica de confianza y garantía en la relación médico-paciente de reserva y discreción.

A su vez, y esto es imposible no sostenerlo, el acto médico tiene un contenido eminentemente humanitario, como lo es la salvación de la vida, la recuperación de la salud, el prevenir la enfermedad, el rehabilitar al paciente. Ello sobre la base de los conocimientos especializados obtenidos desde el inicio de su vida en el mundo de la medicina, hasta el momento que ejercita actividades de su propia profesión; y ello, siempre sobre la base de la pericia, diligencia y cuidado personal.

Ahora bien, el ejercicio del acto médico deja de ser de carácter eminentemente ético²⁷, sin negar su valor relevante para la determinación de los parámetros de algún deber personalísimo de cuidado sobre la base del análisis de dicha *lex artis*²⁸, para manifestarse como una exigencia eminentemente jurídica, generatriz —desde la perspectiva penal, y dependiente de los más variables contextos situacionales— de una posición de garantía de protección de los bienes jurídicos puestos a su recaudo (*v. gr.* la vida o la salud del paciente), así como una posición de garantía del control de ciertas fuentes de peligro (*v. gr.* el control y dirección de una intervención quirúrgica). Y esta problemática de índole más propiamente penal se refleja en el tratamiento de la tipicidad o atipicidad del acto médico. Observemos, pues, como se configura, a nivel de la doctrina, los criterios de imputación objetiva en el marco de la actuación profesional de la medicina.

27 Sostiene Loayza Tamayo 2006: 185, que existen principios de carácter ético que regulan la actividad médica, tales como el de humanidad, independencia, autonomía, especificidad, interés superior del paciente, secreto profesional, no discriminación; todos estos originariamente establecidos en el «juramento hipocrático».

28 En ese sentido, Feijóo Sánchez 2001: 224. Ello se plasma, por ejemplo, en el juramento que debe realizar todo profesional médico al optar por el ejercicio de su profesión. En nuestro país, se presenta como exigencia del Colegio Médico del Perú, conforme su Código de ética y deontología.

2. Caracterización del acto médico como conducta neutral de intervención delictiva

La actividad médica se ubica en el ámbito de lo que doctrinariamente ha sido caracterizado como *conducta neutral*. Por lo cual corresponde determinar las razones por las cuales el desempeño profesional puede o no redundar en la producción de resultados lesivos a bienes jurídicos, sin que ello implique necesariamente la confirmación de la tipicidad objetiva de la conducta, ya que es en dicho ámbito donde encuentra su operatividad la imputación objetiva.

Así, la doctrina ha señalado que conductas neutrales de favorecimiento delictivo presentan fundamentalmente dos características esenciales: en el plano *objetivo*, son comportamientos conforme a rol, estándar o estereotipo social (el rol social que cumple todo médico, por ejemplo). Y, en el plano *subjetivo*, se presenta el hecho que quien realiza la prestación «neutral» usualmente tiene conocimiento de su idoneidad para producir un resultado delictivo; esto último puede verificarse de modo *directo*²⁹, al afectarse directamente (imputación a título de autoría) un bien jurídico individual o colectivo en el marco de la propia actividad profesional (esto se presenta en el caso que nos compete analizar, toda vez que el médico conocía perfectamente de las actividades terroristas de sus pacientes), o de forma *indirecta*³⁰, al lesionarse mediatamente (imputación a título de complicidad) un bien jurídico en el marco de la prestación profesional realizada a favor de un tercero que la ha desviado hacia la comisión³¹.

IV. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS EN LA REALIZACIÓN DEL ACTO MÉDICO: LA PREEXISTENCIA DE DEBERES DEL MÉDICO COMO FUENTE DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA

Es común denominador a otros casos sobre conductas neutrales que en el supuesto del «médico terrorista» exista el conocimiento seguro de que quienes recibirían la prestación profesional la derivarían hacia lo delictivo (cometiendo actos de terrorismo y otros, por ejemplo).

En tal sentido, para la determinación de responsabilidad en sede del tipo objetivo es preciso enfatizar que no depende o no basta únicamente el cumplimiento o no de las funciones específicas de cualquier profesional de la Medicina (desempeño correcto o no de su rol o estándar de médico), dado que el análisis del

29 Robles Planas 2003: 33 ss.; Blanco Cordero 2001: 9 ss.; Frisch 2004: 101 ss.; Landa Gorostiza 2002: 10.

30 Ransiek 2003: 333; Wohlers 2003: 424; García Cavero 2003: 498.

31 Reaño Peschiera 2006: 366.

tipo penal no se encuentra limitado a verificar el cumplimiento o incumplimiento del estándar social ejercido. Existe, por el contrario, diversas circunstancias a desvalorar en sede del tipo objetivo, y ellas son determinadas por el «contexto» de actuación misma. Por consiguiente, no bastará evaluar si se ha infringido o no el estándar social de médico para afirmar o negar la tipicidad objetiva, y dejar para el análisis de la imputación subjetiva (dolo o imprudencia) el asunto relativo a (si tienen relevancia) los conocimientos especiales que tuvo el agente; en nuestro caso, que el médico supiere, en el sentido más literal del término, que «colaboraba» con terroristas, mediante sus atenciones médicas.

Muy por el contrario, el análisis de dicho estado de conocimiento se da en sede misma de su actuación profesional, por lo que se encuadra —precisamente— en un análisis sobre los probables factores de riesgo existentes mediante las prestaciones profesionales por él ejercidas (v.g. evaluar si mediante la atención de personas de las que se sabe que son terroristas, crea un riesgo jurídico penalmente desaprobado de colaboración terrorista).

En buena cuenta, pues, son el cuidado y el autocontrol prestaciones de naturaleza eminentemente personal y, por ello, el sentido normativo de una conducta depende de las capacidades y conocimientos de la persona que actúa³². Es precisamente lo que se trata de evaluar en el caso del médico: un análisis de imputación objetiva (por delito de colaboración terrorista) de su comportamiento; y en dicho juicio valorativo-normativo (en consecuencia objetivo) es imprescindible evaluar la aprehensión que el médico tuvo de factores eminentemente objetivos (llamado también conocimientos especiales³³) como lo era el formar parte de Socorro Popular-Sendero Luminoso.

Y en dicho estado de selección de los conocimientos jurídicamente relevantes para la valoración intersubjetiva de la conducta, cobra fundamental importancia la caracterización de los contextos situacionales de actuación médica dentro de la preexistencia de deberes por la posición de garantía que ejerce el profesional de la medicina sobre la vida y salud de sus pacientes.

1. Ámbitos de conocimientos jurídicamente exigidos por la preexistencia de deberes (exigencia jurídica de preparación y conocimientos al médico)

Si bien es cierto que no existe el deber general —garantizado penalmente— de preparación e información absoluta o de procurarse todo tipo de conocimientos, también es cierto que en determinados ámbitos regulados se desvalora el incum-

32 Feijóo Sánchez 1997: 294; Freund 2001: 90.

33 Feijóo Sánchez 2001: 116 ss.

plimiento del deber de no realizar ciertas actividades peligrosas sin disponer de conocimientos, capacidades, experiencias o sin la preparación suficiente, ello por ejemplo en la actividad médica³⁴.

La «preexistencia» de un determinado deber se traduce a través de la distribución, por el ordenamiento, de un sinnúmero de posiciones de garantía de protección o aseguramiento de la indemnidad de un bien. Razón por la cual será el mismo ordenamiento el que defina las características propias de los diversos status que ocuparán una posición preferente de protección o aseguramiento sobre la necesaria salvaguarda de un bien jurídico específico, y ello se conoce como posición de garantía de protección o aseguramiento.

En este ámbito, de las posiciones de garantía de protección o aseguramiento, los deberes recaídos sobre los ciudadanos-garantes, no solo son deberes establecidos como prohibiciones de no-lesionar directamente los bienes jurídicos puestos a su protección (*v. gr.* que el padre mate o golpee directamente al menor hijo; que el médico desconecte los tubos de oxígeno a un paciente en estado de inconsciencia, a mitad de una intervención quirúrgica, o que opere con arsenal quirúrgico oxidado e inservible, o que prescriba recetas médicas letales a sus pacientes, etc.; que el depositario judicial se apropie de caudales estatales puestos a su recaudo, o que el funcionario público interviniente en contratación estatal se coluda con particulares contratistas para favorecerlos, en desmedro del patrimonio del Estado; que el guardaespaldas asesine a quien le contrata; que el salvavidas empuje a la piscina al niño que no sabe nadar; que el lazarrillo conduzca al ciego por un campo provisto de profundos hoyos, o puentes en construcción, etc.); sino que, además, sobre esta posición de garantía recaen deberes o mandatos de actuación positiva en pro de asegurar el estado de indemnidad del bien jurídico puesto a su recaudo, incluso mediante comportamientos de neutralización de peligros contra aquel ejercidos (*v. gr.* mediante la evitación del padre de poner en grave peligro los bienes jurídicos su menor hijo; que el médico evite realizar una actividad imperita contra la salud del paciente; que el depositario judicial no impida la apropiación por un tercero del patrimonio estatal, pudiendo serle perfectamente evitable; que el funcionario que por razón de su cargo interviene en contratación del Estado no realice con celo el control de las empresas postoras participantes en un concurso público de precios; que el salvavidas no se lance a neutralizar el peligro para la vida del niño que ha caído a la piscina; que el lazarrillo no evite la caída peligrosa del ciego; etc.).

34 En detalle, Jorge Barreiro 1990: 48 ss.

2. Ubicación de la actividad médica en ámbito de riesgo de preexistencia de deberes: la posición de garantía como criterio de imputación en el marco de contextos profesionalmente adecuados

Se estableció, en consecuencia, que la infracción de los deberes derivados de la posición jurídica que ocupa el ciudadano médico, constituye un criterio de imputación en el marco de la realización de comportamientos profesionalmente adecuados³⁵. Con tal razón, para la captación del sentido conductual expresado por el profesional de la medicina, de cara al análisis de su eventual relevancia penal, debe verificarse si el mismo, o ha infringido los deberes a él atribuidos (deberes que preconfiguran sus actuaciones como profesional médico); o si, por el contrario, se encuentra amparado en el cumplimiento de su posición jurídica extrapenal (en beneficio del paciente puesto a su recaudo), pese a que en el marco de dicha actuación profesional terceros deriven hacia lo delictivo sus prestaciones.

Debe precisarse que el análisis de imputación objetiva respecto de sus comportamientos, no puede exceder —precisamente— el marco de su actuación médica; toda vez que nuestro objeto no es determinar qué delitos (o en qué delitos) puede interactuar una persona común que hace las veces de médico, sino lo contrario, la determinación de la responsabilidad por el cumplimiento o no de los deberes a él atribuidos como tal (o imputación objetiva en el marco de su posición de garantía de protección; posición delegada, a su vez, por el colegio respectivo que le otorga la cualificación profesional de «médico»).

En la primera situación, cuando el profesional de la medicina ha puesto en cuestión los lineamientos definidos por el conjunto de pautas directivas y normas extrapenales que regulan y dirigen la actividad médica, puede, entonces, afirmarse que dicha infracción de deberes extrapenales a él atribuidos constituye un indicio³⁶ de relevancia penal, si y solo si aquel haya situado su comportamiento infractor en el marco de una actuación posterior lesiva. Ello se puede demostrar, por ejemplo, cuando el profesional médico ha infringido la normatividad de su sector, en principio, el Código Deontológico del Colegio Médico que le delegó los deberes de garante de protección e indemnidad de los bienes de pacientes puestos a su recaudo.

Así, cuando el médico, en evidente infracción al correcto desempeño de sus prestaciones profesionales, coadyuva a que un tercero vea perfeccionada su actividad delictiva, o subordine sus conocimientos para la ejecución de delitos, siempre en el marco de la infracción de sus deberes atribuidos como profesional de la

35 Feijóo Sánchez 1999: 82. En la misma línea, Robles Planas 2003: 293.

36 Feijóo Sánchez 2001: 297.

medicina, puede decirse que dicha infracción debidamente probada se constituye en un indicio de participación en el injusto penal ajeno (o en el propio). Así por ejemplo, cuando el médico infringe sus deberes de protección del secreto profesional, brindando información privilegiada que conduzca a la comisión de un delito, puede válidamente afirmarse que dicha infracción debidamente probada se configuraría como un indicio de una eventual participación en el hecho delictivo principal (de concurrir dolo); dándose precisamente ello por infracción de su deber de reserva y discreción (exigencia personalísima de su profesión, conforme lo prescrito en los diversos Códigos de ética profesional de los colegios profesionales médicos).

Así también, esto puede ser manifiesto cuando el médico, en el marco de su actividad profesional realiza comportamientos infractores de la normatividad extrapenal (*v. gr.* su Código de ética profesional) que regula la actividad médica, contribuyendo a que terceros —o él mismo— realicen objetivos delictivos. En tal sentido, la infracción de la normatividad de su sector (deditamente probada) será un indicio de responsabilidad penal en la conducta del médico, a título de autor o de partícipe³⁷.

Por ejemplo, los artículos 15 y 16 del Código de ética profesional del Colegio Médico del Perú establecen la prohibición al médico de incurrir en charlatanismo, curanderismo, o prácticas médicas reñidas con su profesión; así como el dedicarse a la producción, venta o uso de medicamentos secretos, carentes de respaldo científico. En tal sentido, la infracción de dichos deberes extrapenales es un indicio de probable responsabilidad penal por delitos de ejercicio malicioso de la medicina³⁸ (artículo 294 del Código Penal), o de posible participación en el ejercicio ilegal de la medicina³⁹ (artículo 293 del Código Penal).

Del mismo modo, ello también se presenta respecto de actos de tráfico de órganos o manipulación genética. Así, el artículo 23 del citado Código deontológico, establece que «cometerá una grave falta el médico que propicia o ejecuta

37 Puppe 2007: 4; Eser 2001: 83.

38 Art. 291 del Código Penal: Ejercicio malicioso y desleal de la medicina: «El que, teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas».

39 Art. 290 del Código Penal: Ejercicio ilegal de la medicina: «Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cien jornadas, el que simulando calidad de médico u otra profesión de las ciencias médicas, que sin tener título profesional, realiza cualquiera de las acciones siguientes: 1. Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito. 2. Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1».

tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano». En el mismo sentido, establece su artículo 84, que: «será contrario a la ética profesional los experimentos dirigidos a la obtención de un ser humano mediante partenogénesis, fisión embrionaria, clonación, quimeras o cualquier otro procedimiento análogo; así como la manipulación genética». Estos lineamientos extrapenales configuran un indicio de probable responsabilidad penal por delitos de manipulación genética⁴⁰ (artículo 324 del Código Penal). Lo mismo se predica de la subordinación por parte del profesional médico de sus prestaciones a la comisión (o participación) en delitos contra la humanidad⁴¹ (artículos 321 y 322 del Código Penal). Por lo cual el artículo 39 de su Código de ética profesional, señala: «Comete falta ética el médico que, haciendo uso de sus conocimientos, habilidades o destrezas profesionales, participa o coopera, directa o indirectamente, en actos de tortura, genocidio o desaparición forzada de personas».

En la segunda situación referida, tratándose de supuestos en los cuales el profesional médico ha realizado diversas prestaciones dentro del marco de su posición jurídica, cumpliendo precisamente con las pautas, normas, *lex artis* y directivas extrapenalmente prescritas (en beneficio del paciente puesto a su recaudo), *cabe analizar si es que el cumplimiento de las normas sectoriales que regulan la profesión médica* (que se traducen en el firme respeto de la posición de garantía de protección atribuida al médico) *es el factor predominante de la neutralidad e inocuidad del acto médico*, respecto de las actividades que a futuro puedan realizar los pacientes directamente beneficiados.

Es en este ámbito, precisamente, donde se encuadra el supuesto materia de análisis: el médico que sin infringir sus deberes prescritos por la normatividad de su sector, en tanto procura diversos tratamientos a sus pacientes, termina «contribuyendo» (en el sentido puramente gramatical del término) al perfeccionamiento de diversos delitos por cometer en manos del personal por aquel atendido.

Cabe, pues, a estas alturas del tratamiento, formular la interrogante central ¿Es un comportamiento típico del delito de colaboración con el terrorismo la labor del médico que presta atención profesional a diversos partidarios activistas de Sendero Luminoso, de quienes sabe a la perfección de su situación de terroristas?

40 Art. 394 del Código Penal: *Manipulación genética*: «Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incs. 4 y 8».

41 Art. 322 del Código Penal: Cooperación de profesional en torturas: «El médico o cualquier profesional sanitario que cooperara en la perpetración del delito de torturas, será reprimido con la misma pena de los autores».

V. CONSIDERACIONES FINALES: EL ACTO MÉDICO ¿CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE COLABORACIÓN TERRORISTA?

1. Ante la interrogante de fondo, sobre si el acto médico es por sí solo un comportamiento típico del delito de colaboración terrorista, en principio, debe tomarse en consideración lo prescrito por la normatividad extrapenal en cuestión. En tal sentido, conforme lo ha dispuesto el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II (Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, suscritos por el Estado Peruano): «no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad». Por ello, debe cuestionarse si el denominado «juramento hipocrático» se extiende a amparar la negativa del médico de prestar sus atenciones a determinadas personas clasificadas, por razón de pensamiento político o facción ideológica, por extremista que esta fuere.

El asunto de fondo radica, pues, en determinar si es que el cumplimiento presumiblemente correcto de los lineamientos de los diferentes códigos de ética profesional exonera al médico de cualquier tipo de responsabilidad penal, por el delito que fuere⁴². En buena cuenta, surge la pregunta sobre si el cumplimiento de la normatividad extrapenal es de por sí una barrera de contención para la exclusión de la imputación objetiva de la conducta. En consecuencia, debe atenderse a que los contornos del riesgo jurídico-socialmente permitido en el ámbito de profesiones peligrosas como la medicina se caracteriza por brindar al agente médico las mayores posibilidades de intervención maximizando su esfera de libertad de actuación profesional. Y es precisamente la actuación profesional del médico expresión de su compromiso social; en aras de salvaguardar los intereses predominantes de los pacientes sometidos a su tutela. Es, pues, precisamente dentro de los límites demarcados por la normatividad extrapenal del sector donde la sociedad asume el riesgo de que se realicen actividades médicas, de por sí peligrosas.

El grado de peligro de la realización de la actividad médica no solo se extiende a la propia intervención sobre el paciente (el que a final de cuentas puede perecer producto de una delicada intervención médica), sino que el peligro —estadísticamente no muy lejano, por muy lejano que parezca— puede extenderse a la sociedad misma, toda vez que probablemente el paciente dado ya de alta luego de la atención médica pueda ser un criminal convicto, y esto serle incluso conocido al médico. En tal sentido, y pese a que se trata de casos aislados, es precisamente el supuesto que se presenta en la resolución de la Corte Suprema: *si es que puede*

42 Lloria García, Paz 2004: 171.

prohibírsele al médico que atienda a determinados pacientes terroristas, bajo cargo de calificar dicha conducta como un acto de colaboración terrorista.

Recuérdese que, si bien la acusación fiscal estableció como hecho probado que el Médico de Socorro Popular-Sendero Luminoso realizó actos de llamamiento y conservación del grupo médico, mediante la búsqueda de que sus miembros activistas no se alejen del «sector salud» de la agrupación (como sucedió con la nutricionista apellidada Mantilla, mediante carta de capitulación), también la Fiscalía estableció que:

El acusado realizó actos de colaboración terrorista a favor del organismo denominado «Socorro Popular», específicamente el Sector Salud del mismo. Llevando a cabo una serie de actos de colaboración en el ámbito de la atención sanitaria y servicios de salud a los heridos de dicha organización terrorista —consecuencia de acciones armadas que perpetraban—. En concreto, se atribuye al acusado, de un lado, haber brindado atención y tratamiento médico a diversos partidarios senderistas [...]⁴³.

Desde nuestra óptica, es inaceptable que el Ministerio Público pretenda exigir represión penal por la realización de evidentes actos médicos de parte del acusado en cuestión. Una acusación en tal sentido, inobserva que el *acto médico* se encuentra reconocido como acto profesionalmente lícito en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica⁴⁴. A modo de ejemplo, el artículo 12 del Código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú consagra que: «El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de estos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico». Así también, y de forma contundente, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949 (suscritos por el Estado Peruano), disponen que: «No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad».

43 Conforme se desprende del Dictamen Fiscal Supremo N. 2004-2/FSP-MP-FN (RN N. 1062-2004), emitido por la 2ª Fiscalía Suprema en lo Penal, del 07/04/04. San Martín Castro 2006: 135 ss.

44 Conforme el Código Internacional de Ética Médica, Asociación Médica Mundial; Regulaciones en tiempo de conflicto armado, Asociación Médica Mundial; Principios de Ética Médica Europea; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú; Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú, entre otras normativas extrapenales.

Con todo acierto lo tiene ya establecido la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que es imposible desvalorar o exigir una penalidad o —efectivamente— penalizar el acto médico. El cual deja de ser solo un acto de por sí permitido, tolerado, esencialmente lícito que debe realizar el profesional de la medicina en pro del resguardo de la salud, la vida, el honor (entre otros intereses) de sus pacientes puestos a su buen recaudo. *No solo es un acto que se encuadra en los parámetros de la permisión social de un riesgo, un acto lícito en sí mismo concebido; sino que es por antonomasia un deber extrapenal que el médico tiene exigido cumplir en pro del aseguramiento de condiciones de indemnidad y ausencia de lesión de los bienes jurídicos de sus pacientes, se trate de la gente que se trate.*

En tal sentido, la atipicidad del acto médico radica, pues, en el correcto desempeño de sus funciones específicas de salvaguarda (posición de garantía de protección) de la indemnidad de los bienes jurídicos puestos a su recaudo⁴⁵. Y ello situado en el marco de análisis de la imputación objetiva de la conducta, conduce a negar algún tipo de sentido o significado delictivo en su actividad, por mucho que a quienes atienda el médico sean pacientes activistas de grupos terroristas; y, aun, que él lo sepa. El conocimiento que aquel pueda tener sobre las actividades de sus pacientes, o los presentimientos de futura actividad delictiva de parte de estos no tiene relevancia en el juicio sobre la licitud de su acto. Toda vez que él está cumpliendo con los deberes prescritos por su normatividad extrapenal, deberes que le generan cierta posición de garantía de protección de la salud, vida u otro interés del paciente (así sea un paciente terrorista). Está cumpliendo adecuadamente con sus deberes de aseguramiento de condiciones de indemnidad para aquel.

En suma, el acto médico, en sí mismo concebido no puede configurarse como un acto típico del delito de colaboración terrorista. Dado que la genérica referencia del delito a «cualquier acto de colaboración» con actividades terroristas debe ser interpretado de forma restrictiva. Y, en cualquier caso, el acto médico contiene un significado propio de inocuidad y neutralidad, respecto de los comportamientos de los directamente beneficiados (en este caso, pacientes terroristas); siendo, en tal sentido, no solo un acto esencialmente lícito, sino un deber específico extrapenal que se le obliga a cumplir al profesional médico. Tanto más, si del tenor contenido en el artículo 4 del DL 25475, se establece los actos de colaboración con el terrorismo obedecen a los siguientes comportamientos típicos: *suministrar* documentos e informaciones sobre personas y patrimonios; *ceder o utilizar* alojamiento destinado a ocultar personas o servir de depósito; *trasladar* a personas pertenecientes a grupos terroristas; *ayudar o favorecer* la fuga de

45 Eser 2001: 93.

aquellos; *organizar* cursos de adoctrinamiento; *fabricar, adquirir, suministrar o almacenar* armas o explosivos; *contribuir* económicamente con la causa terrorista.

Se observa, pues, que el delito de *colaboración terrorista* reprime al que se vincula, de alguna forma *supra* descrita, con la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca tanto la comisión de los delitos de terrorismo, como la realización de los fines de un grupo terrorista. Como propone la Suprema Sala en el caso analizado: «no es punible el mero apoyo o respaldo moral, sino que se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización». En consecuencia, se observa que la finalidad de la ley que reprime la colaboración terrorista busca evitar que se realicen ciertas conductas que *en efecto* son materialmente idóneas para llevar al éxito objetivos terroristas. La voluntad de la ley es, pues, impedir que se ejecuten actividades favorecedoras de los fines terroristas, comportamientos que por su propia configuración harían posible que se perfeccionen diversos planes delictivos de agrupaciones terroristas. Y *en ninguna de dichas conductas típicas cabe, siquiera formalmente vinculada, la actividad médica*. La actividad médica no es un acto típico de colaboración terrorista, dada su imposibilidad de encuadrarse en alguno de los supuestos típicos descritos por tal delito, ni mucho menos logra constituirse como un acto que de por sí asegure el éxito de una organización terrorista.

2. No obstante lo sostenido con anterioridad, es preciso lograr el establecimiento de distinciones entre las diversas actividades enmarcadas en el regular ejercicio de la profesión (inocua y neutral, en sí misma concebida), de cualquier otra actividad (jurídico penalmente relevante, o no), que por su propia configuración o forma de objetivación podría traer como consecuencia efectos disvaliosos contenidos en la ley penal. Ello, desde luego, forma parte de una labor interpretativa difícil, pero imprescindible, y que en algunas situaciones sugerirían la existencia de una infracción penal tras un supuesto acto médico.

Desde luego, no puede negarse la posibilidad que quien ejerce la profesión médica pueda desempeñar conductas muy independientes de esta y, en tal sentido, pueda tenerse responsabilidad penal. Por ello, es imprescindible trazar límites, al menos cercanos, entre los comportamientos que se encuadran en el marco de la actividad médica y aquellos otros que son unilateralmente realizados fuera de su radio de atribuciones. Para tal efecto, es labor exigida al legislador penal que, a la hora de formular los juicios de incriminación, distinga diferentes supuestos, y ofrezca a cada uno tratamiento adecuado, racional y específico (por ejemplo, que cada comportamiento típico del delito de colaboración terrorista se encuentre en perfecto deslinde respecto de otro), a fin de evitar la incriminación de las conductas que no sean ilícitas (como lo es el acto médico, en sí mismo concebido).

El profesional de la medicina —cuya función específica es la del resguardo de la salud, la vida, etc. de sus pacientes— cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente, evitando a toda costa subvertir la función que debe desempeñar como tal. En consecuencia, es precisamente el cumplimiento de dichas funciones lo que le da un sentido propio de inocuidad, con total independencia de las ideas políticas, religiosas o filosóficas del médico y del paciente.

Ello es, precisamente, lo que sucedió en el caso materia de análisis, y que condujo a que la Corte Suprema confirme la sentencia (recurrida en nulidad, que impuso diez años de pena privativa de libertad) contra el médico senderista; el cual se constituyó como expresión de otro hecho acusado por el representante del Ministerio Público, y el único posible a nuestro entender: «Se imputa al procesado haber realizado actos de colaboración terrorista [...]. Asimismo, el haberse presentado en el domicilio de la terrorista Elisa Mantilla (nutricionista), a fin de hacerla recapacitar cuando esta presentó su Carta de Capitulación, en el mes de abril de 1991, exhortándola a que continuara en la organización»⁴⁶.

En tal sentido, los actos de procurar evitar que ex partidarios activistas se aparten de la organización, son actos completamente independientes de la actividad médica, pese a que los mismos sean empleados por médicos de profesión. En efecto, no se ha realizado un acto médico (de por sí lícito y debido), sino un acto unilateral, autónomo, *no acorde con las máximas y principios éticos de la profesión médica*, toda vez que el médico en cuestión ha buscado impedir que partidarios de Sendero Luminoso se alejen de la agrupación, demostrando que sus objetivos no eran otros sino favorecer la actividad terrorista llevada a cabo por la agrupación Sendero Luminoso, fundamentalmente, conservar la pertenencia de ciertos miembros a favor de la referida agrupación criminal.

Desde nuestra óptica, la Suprema Sala actuó con corrección al haber confirmado la condena del médico senderista, pero no por las consideraciones esgrimidas por la Fiscalía Suprema, en el sentido de que el médico procesado habría atendido a pacientes senderistas (lo cual fue un acto completamente lícito y atípico del delito de colaboración terrorista o, lo que es lo mismo, una conducta neutral sin sentido delictivo); sino, más bien, su actividad favorecedora de terrorismo estribó en continuar con la finalidad activista de Sendero Luminoso mediante el aseguramiento de que sus partidarios continúen ejerciendo sus profesiones en los puestos que la agrupación les había asignado (como sucedió con la nutricionista de Socorro Popular-Sector Salud, señora Mantilla).

46 San Martín Castro 2006: 135 ss.

3. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas —o interpretaciones de estas— que entorpezcan o impidan al médico cumplir con su deber; sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena (amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico), o sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra que genere un conflicto con aquélla, proponiéndole dilemas inaceptables, alterando de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante de los pacientes que atiende.

Por dichas razones, el acto médico no es un comportamiento típico de colaboración terrorista. El establecimiento por la Corte Suprema de criterios para la delimitación —correcta a nuestro entender— de los actos típicos de lo no constitutivos de delito, conforme el caso en cuestión (RN N. 1062-2004) en ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos. Sino de lo que se trata es de mantener cada relación social en el cauce socio jurídico que le corresponde, no solo para la correcta administración de responsabilidad de un profesional de la medicina, sino también —que es prioritario— para el salvamento de la vida y salud del paciente sometido a tratamiento médico, por mucho que este sea partidario de una determinada ideología extremista.

4. La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral, religiosa o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del profesional de la medicina, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto profesional acerca de las revelaciones que pudiese hacerle el paciente, vienen históricamente constituidos tiempo atrás y se han asentado con plena firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de dicha profesión, las cuales contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquel debe a este.

En conclusión, de lo que *se trata es de concretar los límites del riesgo permitido en un sector profesional, en este caso, la actividad médica*. De tal forma que la realización de esta confirma, pues, la aceptación social (y tolerancia jurídica) de conductas propias de la identidad social de la comunidad. Por ello es inadmisibles sancionar penalmente la conducta del médico que brinda la atención destinada a proteger la salud y preservar la vida de otras personas, con independencia de las características de estas, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones o enfermedades. Los contactos sociales más elementales no deben dejar de producirse solo por el hecho de que ofrezcan un motivo o faciliten a otro una conducta posiblemente lesiva, como sucedió en el caso del médico terrorista.