

## CAPÍTULO IX ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO

### 9.1. Naturaleza y restricción de los órganos ablacionados.

El derecho a disponer del propio cuerpo no podrá nunca referirse a la totalidad del cuerpo de la persona, necesariamente deberá recaer sólo sobre partes del mismo.

En lo referente a la legislación boliviana, el artículo 7 inc. 1 del Código Civil establece que: *“los actos por los cuales una persona dispone sobre todo o parte de su cuerpo están prohibidos cuando debiendo ejecutarse en vida del donante, pueden ocasionar una lesión grave y definitiva a su integridad física”*.

Al respecto el Código Penal boliviano establece en su artículo 275 la prohibición de la autolesión de la siguiente manera *“Incurrirá en reclusión de tres meses a tres años: El que se causare una lesión o agravare voluntariamente las consecuencias de la misma, para no cumplir un deber, servicio u otra prestación impuesta por ley, o para obtener un beneficio ilícito. El que permitiera que otro le cause una lesión, para los mismos fines. El que lesionare a otro con su consentimiento”*. El precepto es claro y nos muestra la no permisibilidad de que una persona pueda atentar contra su propio cuerpo, más aún tratándose de un dador menor de edad.

En el caso concreto, si este menor de edad tuviera 16 años de edad de acuerdo con el Código Penal boliviano sería imputable al

establecer el artículo 5 que: "La Ley Penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueran mayores de 16 años".

De esta manera la legislación boliviana no permite que los menores de edad puedan realizar un acto de dación aun tratándose de familiares consanguíneos y dejando que su padre, madre o hermano fallezcan, en el caso que este dador sea el único genéticamente parecido al receptor emparentado.

En el caso concreto es importante analizar la culpabilidad si los actos ejecutados que se realizan como consecuencia de la dación de un órgano se realizan contrarios a la ley, a la *lex artis*,<sup>126</sup> y a las buenas costumbres, de ser así estaría cometiendo un acto antijurídico, entrando dicho acto en la imputabilidad ya sea del dador, y del médico tratante. Es esta la importancia por la que debe analizarse la naturaleza de la imputación en los trasplantes de órganos.

## 9.2. Naturaleza de la imputación subjetiva. La culpabilidad.

La culpabilidad ha de entenderse como el juicio de reproche y de atribución personal que se origina a raíz de un acto antijurídico, pero de acuerdo con la doctrina contemporánea el término "culpabilidad" está en crisis y ha cambiado su denominación por la de "imputación subjetiva" o "imputación personal", ya que a decir de Mir Puig, lo que se sanciona no es la culpabilidad, ni el elemento antijurídico porque la culpabilidad simplemente es la atribución personal de un elemento antijurídico realizado por una persona.<sup>127</sup>

Por esto se habla de "imputación personal" que tiene por objeto la no desvalorización del elemento antijurídico, pues de no ser así, se estaría sancionando la culpabilidad y no la atribución personal.

<sup>126</sup> La *lex artis* refiere a que todo el equipo médico deberá actuar conforme a las reglas establecidas para un irreprochable tratamiento médico, además el médico deberá de informar al paciente de todas las complicaciones presentes y emergentes que pueden originarse a través de algún procedimiento. Por lo que la *lex artis* significa también que el consentimiento informado no se encuentre viciado.

<sup>127</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., España, Barcelona, 1996 pp. 530 y ss

Pérez Manzano habla de que imputación subjetiva en virtud de que la culpabilidad es un término en crisis dentro de lo que significa el derecho penal, debido a que lo que interesa es saber si el hecho antijurídico se realizó en pleno uso de las facultades mentales del autor por lo que: "la crisis de la culpabilidad no es solo una crisis del concepto normativo de la culpabilidad como categoría dogmática, sino también una crisis de la fundamentación culpabilista del derecho penal",<sup>128</sup> coincidiendo con la posición que adopta Mir Puig, por lo que la palabra "culpabilidad" ha sido sustituida por la de "imputación subjetiva" o por la de "imputación personal", pero en definitiva, al mencionar cualquiera de estas dos acepciones, se está hablando de lo mismo.<sup>129</sup>

Actualmente, la "imputación subjetiva" es entendida en dos sentidos distintos: el primero referido al principio de derecho penal, de que "no existe pena sin culpabilidad". y el segundo a los elementos de la teoría del delito, siendo los mismos: el hecho antijurídico (antijuricidad) y la atribución al autor (culpabilidad).<sup>130</sup>

Pero la responsabilidad penal no siempre se originó de un juicio o de una atribución subjetiva a su autor; es así como antiguamente la responsabilidad penal nacía del vínculo físico de una persona con un hecho determinado y era suficiente que un individuo estuviera presente en el lugar de un evento para atribuirle la responsabilidad del mismo; por otra parte, no interesaba el vínculo anímico del autor con el resultado; a este tipo de responsabilidad se denominaba objetiva.

Es en el derecho romano cuando aparece por primera vez el vínculo subjetivo del autor con el resultado y se empieza a hablar de culpa,<sup>131</sup> culpa *lata* y culpa *levis*. La primera, referida al impedimento para la realización de una prestación, ya sea por imprudencia o por

<sup>128</sup> Pérez Manzano Mercedes, *Culpabilidad y Prevención*, Ed. Colección de estudios, España, p.132

<sup>129</sup> Ibid, pp. 57 y ss.

<sup>130</sup> Cobo del Rosal M, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Universidad de Valencia, 1984, p. 441

<sup>131</sup> Jordán Quiroga Augusto, *Derecho romano*, Ed. Arol, Cochabamba, Bolivia, 1990, pp. 97-98

falta de previsión; la segunda, referida a la extrema negligencia del autor del hecho y la tercera, al cuidado que se toma de ordinario en los propios asuntos.

El segundo vínculo subjetivo a que hace referencia el derecho romano es el dolo, entendido como un vicio del consentimiento en los contratos, que consiste en la argucia, falacia, o maquinación para engañar a una persona, pero en el feudalismo desaparece esta responsabilidad subjetiva, volviendo con mucho peso la responsabilidad objetiva.

Por influencia de la filosofía llamada iluminismo europeo en el derecho penal (fines del siglo XVIII), reaparece el concepto de responsabilidad subjetiva por el hecho delictivo cometido, como principio de derecho que se desprende del principio de legalidad, "no hay pena sin ley previa, no hay pena sin culpa".<sup>132</sup> Ello supone que sólo puede ser responsable el autor psicológicamente vinculado con el hecho.

Posteriormente, la responsabilidad del hecho pasa a ser una categoría en la teoría del delito y es definida como el vínculo o nexo psicológico entre el autor y el hecho. Tal fue la teoría psicológica de la culpabilidad.<sup>133</sup> A fines del siglo XIX comienzan a ser tomados en cuenta los elementos del dolo y la culpa, pero esta concepción de la culpabilidad tropezó con problemas que no podía explicar, tales como los hechos imprudentes y los delitos causados por estado de necesidad.

Como consecuencia de tales circunstancias, aparece la teoría normativa de la culpabilidad, desarrollada en 1907 por Reinhard Von Franck. Según este autor, la culpabilidad no es el nexo psicológico del autor con el hecho, sino el reproche que se origina a raíz de haber actuado alguien de manera contraria a una norma penal, en la cual son elementos importantes la capacidad de culpabilidad (dolo y culpa),<sup>134</sup> las formas de culpabilidad (intención o imprudencia), y las condiciones normales de exigibilidad.

La teoría normativa se explica como la reprochabilidad personal de un hecho antijurídico a su autor y no como vínculo psicológico entre el saber y

<sup>132</sup> Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 73, *Vid.*, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* tomo V p 20

<sup>133</sup> Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 74

<sup>134</sup> Cobo del Rosal, M. *Derecho Penal parte general op. cit.*, p. 79

el querer del autor con el hecho típico sino como un juicio de valoración por haber incumplido una norma de cuidado, por lo que como otro elemento importante en la valoración de esta teoría se da el incumplimiento a la norma.

Del principio de legalidad en el derecho se desprende la culpabilidad como una categoría dogmática, en la cual sus elementos deben estar reglados por parámetros establecidos en la ley,<sup>135</sup> entendiéndose como imputables en Bolivia a todos los que fueren mayores de 16 años, exceptuados los enfermos mentales, los que sufren de una grave perturbación de conciencia o los que sufren una grave insuficiencia de la inteligencia en el momento del hecho delictivo ( artículo 17, Código Penal boliviano).

La teoría normativa, tras varias consideraciones con Hans Welzel (finalismo), llega a desembocar en la llamada teoría normativa pura, denominada así porque se extrae del juicio de culpabilidad la intención y la imprudencia dejando en la culpabilidad sólo elementos normativos puros como son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta.<sup>136</sup>

Como se puede apreciar, la teoría normativa pura se basa en el reproche personal al autor del hecho antijurídico por haber actuado de manera contraria a la norma de cuidado y se entiende así porque es culpable el que pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hizo o lo que es lo mismo es culpable el que pudiendo actuar de forma distinta, no lo hizo. Al respecto, varias fueron las explicaciones con las que se intentó fundamentar la teoría normativa de la culpabilidad, que pueden resumirse en la teoría del poder medio y en la teoría de la motivabilidad normal.

La primera teoría,<sup>137</sup> explica que el hombre podía actuar de una manera diferente a la que lo hizo, por lo que es factible crear un hombre ideal que se ajuste a la normatividad existente, pero como era de esperar, esta teoría no tuvo muchos seguidores pues la crítica que sufrió la echó por tierra, debido a que se trataba de un juicio impersonal al juzgarse al

<sup>135</sup> Cobo del Rosal, M. *Derecho Penal parte general*, p. 460, Jeschek, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, p. 391, Pérez Manzano *op. cit.*, p. 107

<sup>136</sup> Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 535, PEREZ MANZANO *op. cit.*, pp. 83-85

<sup>137</sup> Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 93

hombre ideal, lo cual puede ser bueno para análisis de modelo pero no para juicios de responsabilidades penales.

La motivabilidad normal plantea que<sup>138</sup> sólo debe sancionarse a la persona que tenga la libertad de voluntad de elegir entre varias cosas la que más le motive y será culpable aquella que teniendo una motivabilidad normal hubiera cometido un acto antijurídico.

Según Mir Puig,<sup>139</sup> el problema de ambas teorías se traduce en la relación de causa y efecto en la conducta humana; por ello se debe establecer con claridad, el significado de ambos elementos, ya que causa-efecto son categorías filosóficas inseparables que expresan una concatenación universal de todos los fenómenos en la realidad objetiva y no un resultado subjetivo, siendo imposible poder valorar ciertas circunstancias de estados de necesidad traducidos en actos antijurídicos.

### 9.3. Capacidad de culpabilidad.

El término imputabilidad presenta varios sentidos.<sup>140</sup> Etimológica y semánticamente, imputar significa atribuir e imputabilidad tiene por ello, tanto peso como atribuibilidad. Entre otros tratadistas, Patrocelli diferencia la imputabilidad de acción de la de hecho, siendo la primera llamada también “de agente”, caracterizada por una serie de condiciones que debe reunir el que protagoniza un hecho antijurídico para que éste pueda serle atribuido. La imputabilidad, entonces, se da en una serie de condiciones establecidas en la norma para que un hecho pueda ser atribuido a su autor.

Pero los términos de imputabilidad e inimputabilidad vienen hoy en día a ser reemplazados por “capacidad de culpabilidad e incapacidad de culpabilidad”, los mismos que tienen un vínculo estrecho con el concepto de “discernimiento”, contando como premisa principal el poder diferenciar lo bueno de lo malo, la capacidad intelectual de conocer y valorar la licitud o ilicitud de los actos y guiar voluntariamente la conducta.

<sup>138</sup> *Ibid*, pp. 110-114

<sup>139</sup> Mir Puig, *op. cit.*, pp 530 y ss

<sup>140</sup> *Idem*

Coincidiendo con esta premisa, el actual Código Penal alemán, en su artículo 20 establece que la imputabilidad es la capacidad de comprender y valorar la ilicitud del hecho y de actuar según esa apreciación que, a decir de la doctrina contemporánea, esta aptitud tiene que estar determinada por una edad concreta establecida por ley; pero esta edad es convencional y arbitraria, siendo diferente de legislación a legislación. Al respecto, el Código Penal boliviano en su artículo 5 establece que son imputables sólo los mayores de 16 años.

Esta capacidad de culpabilidad a que hacen mención la doctrina y la normativa vigente, no se reconoce en los casos de enfermedad mental presente en el momento de la comisión de un acto antijurídico (artículo 17 Código Penal boliviano). Esto se debe a que los que sufren una enfermedad mental carecen de la conciencia, por que cuando cometen un hecho antijurídico y típico no saben realmente que lo cometieron, pues los enfermos mentales no saben controlar sus actos.

Por otra parte, lo que importa al derecho dentro de la “capacidad de culpabilidad” es el hecho antijurídico realizado con sus dos elementos subjetivos: la capacidad de conocer que el evento es contrario a las normas vigentes y la capacidad de guiar la voluntad para cometer el acto antijurídico pese al conocimiento de la ley.

### 9.4. Formas de imputación subjetiva.

Según Mir Puig y sus seguidores, dentro de la nueva concepción de la doctrina penal existen dos formas de imputación subjetiva: la intención y la imprudencia.<sup>141</sup>

En lo que se refiere a la primera forma, ésta tiene dos momentos importantes: el cognitivo, concebido como un conocimiento de lo que se hace y del desvalor de esa conducta por parte del derecho, y el momento volitivo dependiente de la graduación de voluntad, poniéndose de evidencia el dolo con sus diferentes formas, siendo las más importantes el directo y el eventual.

<sup>141</sup> *Ibidem*

Dicho de otra manera, la persona que comete un hecho antijurídico, primero sabe que una determinada acción es considerada como delito en el ordenamiento jurídico penal y, si a sabiendas de este conocimiento comete el hecho delictivo voluntariamente, estaría infringiendo la norma o el deber de cuidado de no infringirla, por lo que sería responsable penalmente.

El dolo es directo o de primer grado cuando el resultado del hecho corresponde a la intención del autor; éste obtiene las consecuencias previstas. El dolo eventual o de segundo grado es aquél en que el autor no perseguía en el hecho los resultados obtenidos, pero los acepta como algo inevitable de su conducta. Doctrinalmente existen otros tipos de dolo, como el dolo genérico, el premeditado, el repentino, el condicionado, el de daño, el de peligro, entre otros, pero que en el tema no serán objeto de análisis.

Antes de poder analizar la segunda forma de la imputación subjetiva: "la imprudencia", es importante poner en evidencia la frontera que existe entre ésta y "la intención", determinada por el "querer". Esta frontera puede ser violada por el solo hecho de la intención seguida de la ejecución del acto de cuya antijuricidad tiene conciencia el autor. En este sentido, existen dos teorías que explican esta situación límite. La primera es la que hace referencia a la probabilidad, explicando que ésta se centra en la posibilidad del individuo de representar imaginariamente el resultado de su acción, de manera certera y sin posibilidad de error, de tal manera que una conducta tiene una intención definida y por consiguiente dolosa, en el caso de que el autor del hecho lo hubiera imaginado como posible.

La segunda teoría, expuesta por Cobo-Vives,<sup>142</sup> trata de explicar la frontera que existe entre el dolo y la culpa referida al consentimiento. Refuta a la anterior teoría manifestando que el solo hecho de la representación mental del resultado, no es suficiente para calificar un hecho doloso o culposo, sino que la diferencia entre la intención (dolo) y la imprudencia (culpa), está dada porque exista o no deseo y consentimiento en la realización del hecho antijurídico (elemento hipotéti-

<sup>142</sup> Cobo-Vives *op. cit.*, pp 441-455

co). Esta teoría admite otra posibilidad de poder explicar la existencia de la frontera, y según la doctrina penal se tiene que tomar en cuenta el resultado del hecho, e identificar si la persona actuó con intención o imprudencia (elemento positivo).<sup>143</sup>

La imprudencia se funda en el incumplimiento de una norma de cuidado, que a diferencia de la intención se basa en un no "querer", teniendo dos deberes; el deber de prever el resultado antijurídico y el deber de prevenir este hecho. Estos dos elementos no se pueden diferenciar, pues actúan como si fueran un solo elemento.

Los diferentes códigos penales establecen que las normas escritas se ocupan de reglar las diferentes conductas, pero según la doctrina se debe identificar y tomar en cuenta, las normas históricas, entendiéndose que éstas no tienen que estar necesariamente escritas; tal es el caso, por ejemplo, de la persona que manipula un arma de fuego sabiendo que es peligrosa, por lo que debe revisarla y evitar un hecho no deseado. Si descuida las debidas precauciones y el arma es disparada, matando sin ninguna intención a otra persona, nos encontramos frente a la violación de una norma histórica (de buen criterio, de sentido común) y por consiguiente frente a un homicidio, debido a que el portador del arma no tuvo el cuidado que debe tener una persona al manejar cualquier arma de fuego, y si tomamos este ejemplo en el campo de los trasplantes de órganos, el cirujano y todo el equipo de trasplante deben de tener todas las debidas precauciones al realizar el trasplante, tanto en el dador como en el receptor, de no ser así, se estaría violando una norma de cuidado.

### 9.5. Formas mixtas de imputación subjetiva.

Las formas mixtas son aquellas en las cuales se encuentran los dos elementos antes estudiados, es decir, la intención (dolo) y la imprudencia (culpa).

Dentro de esta variedad de supuestos, podemos citar al "deli-

<sup>143</sup> Cobo del Rosal, Vives Antón, *op. cit.*, pp. 460 y siguientes, Jecheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho Penal, Parte General*, p. 391, Pérez Manzano *op. cit.*, p. 107