

to preterintencional” y al “delito cualificado de resultado”. En lo que respecta al primero, se caracteriza porque el hecho antijurídico que se quería cometer supera las expectativas del autor llegando a cometer un delito mayor del que esperaba; éste es el caso de la persona que deseaba herir a una persona, pero en el intento la víctima resulta muerta, o en el caso de los trasplantes de órganos el médico tratante sin guardar las reglas de la *lex artis* tiene la intención de extraer un órgano sin importarle cómo se encuentre el dador y a consecuencia de este acto el dador fallece. La *lex artis* ha de entenderse como la actuación del profesional médico técnicamente competente, el empleo de ambientes quirúrgicos apropiados, la realización de previos estudios exhaustivos, la eliminación de todos los riesgos no indispensables, una técnica operatoria impecable, el debido respeto a la oportunidad y conveniencia de la operación y el consentimiento plenamente informado sobre el hecho desprovisto de coacción.<sup>144</sup>

De acuerdo con la legislación penal boliviana, esta forma mixta de culpabilidad se encuentra estipulada en algunos artículos, pero no hacen mención a la mala práctica de los trasplantes y tan solo mencionan otro tipo de hechos hipotéticos, tal es el caso del artículo 267 “*El que mediante violencia diera lugar al aborto sin intención de causarlo (...), será sancionado con reclusión de tres meses a tres años*”, como se puede apreciar, dentro de esta norma jurídica existe un daño causado seguido por otro mucho mayor. En síntesis, el delito preterintencional es aquel en el que una persona inicia un acto, pero el resultado va mucho más allá de su intención, de su “querer” y se expresa en un delito mucho más grave.

Cobo y Vives, en su obra *Derecho Penal* caracterizan en el delito cualificado de resultado como una figura construida a base de un hecho doloso, desembocando en un resultado mucho más grave;<sup>145</sup> y como ejemplo, podemos señalar el artículo 264 del Código Penal boliviano el que establece: “*Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fue seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviene la muerte, la sanción será agravada a*

<sup>144</sup> López Bolaño, Jorge D. Cuestiones Penales en Yungano “Responsabilidad profesional de los médicos”, op. cit., p. 258

<sup>145</sup> Cobo -Vives, op. cit., p. 535

*la mitad*”. Como se puede apreciar en la legislación boliviana, tampoco se hace mención a un consentimiento ilícito en el que un menor o los padres de este menor, contrariamente a las leyes actuales manifiestan su conformidad para que se extraiga un órgano y, como consecuencia, se produzca la muerte de éste.

#### 9.6. Responsabilidad sin culpabilidad.

Este tipo de figura nace sin poderse atribuir subjetivamente el hecho a su autor. Dentro de esta variedad, la doctrina penal nos presenta la responsabilidad sin hecho y la responsabilidad objetiva.<sup>146</sup> En lo que se refiere al primer aspecto el hecho se produce sin una directa participación de su autor. Cobo del Rosal señala por ejemplo,<sup>147</sup> la responsabilidad presunta en un hecho que se produce por una pandilla y como consecuencia del cual todos sus integrantes son responsables, aun en el caso de que no hubieran participado todos en él.

Una segunda consideración del primer aspecto es el referido a la responsabilidad por el hecho de otro que se da cuando se hace responsable a una persona por los hechos cometidos por terceros; es así, por ejemplo, el caso de una vinculación de una persona con el autor. En el campo de los trasplantes de órganos y en el caso que se demuestre, que el equipo médico obre ilícitamente, para obtener la autorización respectiva, con la finalidad de realizar la práctica de los trasplantes, no cumpliendo con todos los requisitos ni con la infraestructura adecuada, y en el caso de que se realice un trasplante donde muere el dador o el receptor, todo el equipo médico de trasplante más las autoridades del centro hospitalario, aunque no participen directamente de la cirugía, serán responsables penalmente.

La segunda consideración de la responsabilidad sin hecho es la responsabilidad objetiva que se hace a una persona por el solo hecho de encontrarse presente en el lugar del evento; tal es el caso, por ejemplo, de la riña tumultuaria.

<sup>146</sup> *Ibid*, pp. 528 y ss

<sup>147</sup> Cobo del Rosal, op. cit., p. 523

### 9.7. Ausencia de formas de imputación subjetiva.

La falta de la intención (dolo) y de la imprudencia (culpa) constituyen sin duda alguna la forma de toda inculpabilidad,<sup>148</sup> por ejemplo, la muerte de una persona producida después de la dación legítima de uno de sus órganos o tejidos, en la que se guardaron todas las formalidades legales como también las referidas a la *lex artis*, por lo que el médico tratante estaría exento de culpabilidad puesto que se trata de un hecho imprevisible.

Otra forma de exculpación que la doctrina penal establece es el error, que no debe confundirse con la ignorancia, puesto que la ignorancia es la ausencia total de conocimiento y el error es el conocimiento equivocado, y por tanto, falso. No obstante lo expuesto, es claro que el error presupone una cierta ignorancia de conocimiento.

Dentro de esta clase de exculpación penal la doctrina describe una extensa variedad, que comprende el error esencial, el no esencial, el impropio, el propio, el error de golpe, el de tipo, etc., dentro de las cuales el ordenamiento penal boliviano no realiza ninguna distinción.

Por lo anteriormente analizado en la situación extrema y límite en que se encuentre una familia sin ningún dador genéticamente parecido a uno de sus miembros y tan solo se tenga la posibilidad de salvar la vida del padre o hermano y así lo hicieran con la dación de otro miembro de la familia menor de edad, estarían cometiendo delitos contra la integridad corporal y la salud establecidos en el Código Penal boliviano de la siguiente manera: artículo 270 incs. 2, 4 "*(Lesiones gravísimas) Incurrirá el autor en la penal de privación de libertad de dos a ocho años, cuando de la lesión resultare: 2) La debilitación permanente de la salud o la pérdida o uso de un sentido, de un miembro o de una función. 4) La marca indeleble o la deformación permanente del rostro*".

La debilitación o la pérdida de un miembro o de la función y de la marca endeble, tratándose de una ablación de órgano de acuerdo con los avances médicos. En lo que es aspectos médicos no se estaría debilitando

<sup>148</sup> *Ibid*, p. 537

ninguna función, pues en el caso de la dación de un riñón, el otro riñón supliría la función del órgano ablacionado. En el caso del hígado, sólo se extrae un lóbulo de los tres que conforman el órgano, quedando los otros para cumplir su función. Tratándose de la médula ósea, se extrae una pequeña parte, además que la médula es un tejido regenerable lo que no significaría un menoscabo en la integridad del dador menor de edad.

El artículo 271 del Código Penal boliviano hace mención a las lesiones graves y leves disponiendo que: "El que de cualquier modo ocasionare a otro un daño en el cuerpo o en la salud no comprendido en el artículo anterior, del cual derivare incapacidad para el trabajo de treinta a ciento ochenta días, será sancionado con reclusión de uno a cinco años".

La norma refleja una situación extrema y tratándose de una dación de órgano en vida, ésta originaría un daño en el cuerpo, que en situaciones normales en los cuales se han seguido todas las reglas y cuidados médicos, las complicaciones post cirugía no deberían existir.

El artículo 273 del mismo cuerpo legal tipifica la lesión seguida de muerte de la siguiente manera: "*El que con el fin de causar un daño al cuerpo o en la salud produjera la muerte de alguna persona sin que está hubiera sido querida por el autor, pero que pudo haber sido previsto, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años*". En el trasplante de órganos y tejidos como en cualquier otro tipo de intervención quirúrgica, la intervención del médico cirujano es primordial para salvar y mejorar la vida de un paciente, por otra parte estos profesionales están actuando en ejercicio legítimo de su profesión u oficio por lo que al igual que en el anterior caso, si concurren situaciones permitidas y normales para la ablación de un órgano u tejido con fines de trasplante, el médico quedaría exento de responsabilidad lo mismo que los familiares del dador si éste fuera menor de edad y si la ley de trasplante de órganos así lo permitiera.

### 9.8. Situación penal del dador menor de edad y del médico tratante.

La trascendencia de la problemática de los trasplantes desde una perspectiva penal no ha sido desarrollada en la legislación boliviana, a

pesar que la práctica de los trasplantes de órganos encierran riesgos apreciables en la integridad de las personas que son intervenidos sin los debidos cuidados de la *lex artis*.

El Código Penal boliviano al respecto no establece una normatividad especial tipificando delitos originados de la práctica de los trasplantes, y sólo presta especial atención a los delitos contra la vida y la integridad corporal de manera general como: el homicidio, el asesinato, el parricidio, el infanticidio entre otros (Vid. artículo.251 y siguientes).

Por lo mencionado, es necesario analizar la relación paciente médico dentro del campo de los trasplantes de órganos humanos.

El paciente ha de entenderse por la persona que tiene alguna dolencia orgánica y que necesita de una atención médica para poder mejorar su calidad de vida o, en su defecto, salvar su vida. Este paciente, en el campo de los trasplantes de órganos, es conocido como el receptor.

Tratándose del receptor, el tratamiento quirúrgico está destinado a salvar su vida mediante la cirugía invasiva, debido a ello debe aceptar cortes y secciones en su organismo, realizados por el médico con la finalidad de obtener la mejora del paciente mediante la implantación de un órgano o tejido extraño a éste. La idoneidad profesional y la aplicación de la *lex artis* es otro elemento que tiene que estar presente en la intervención para que el receptor pueda tener una mejora en su calidad de vida, estos casos son llamados por Romeo Casabona como condicionantes para una medicina curativa, con los cuales se da una licitud en la agresión al cuerpo humano por parte del médico, quedando justificado su proceder.<sup>149</sup> Por otra parte, Yungano-López afirman que con el consentimiento del paciente ya se confiere la licitud a la intervención quirúrgica, por lo que las heridas producidas se encontrarían justificadas.<sup>150</sup>

El dador menor de edad que manifiesta su voluntad de manera plena mediante el consentimiento informado, y el médico que procede a invadir su organismo con la finalidad de mutilar, ablacionando un órgano o tejido, no estaría ejerciendo una intervención curativa en el

<sup>149</sup> Romeo Casabona, *op. cit.*, p. 82

<sup>150</sup> Yungano-López, *op. cit.*, p. 256

dador pero éste tendrá que aplicar la *lex artis* en toda su magnitud, juntamente con el principio de no maleficencia, para que el dador tenga posteriormente una recuperación inmediata. Por otra parte, si la intervención fracasa y el dador menor de edad muere a pesar que se practicaron todos los cuidados necesarios, el médico carecerá de responsabilidad penal, debido a que éste no tenía el dolo de lesionar, sino de curar al paciente, lo mismo que el dador no tenía la intención de autolesionarse, sino de curar a su familiar consanguíneo mediante un acto altruista.

Es importante también analizar el hecho en que el médico tratante, al no tener presente el dolo en su proceder y aun así el dador fallece, éste carece del elemento subjetivo del tipo penal, por lo que no deberían atribuírsele delitos tipificados en el Capítulo VIII del Código Penal boliviano, además que se tendría que acudir a las eximentes de culpabilidad en las que el médico estaría actuando legítimamente en un oficio o profesión.

Al respecto el Código Penal boliviano en su artículo 11 inc. 2 establece que: “*Está exento de responsabilidad el que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno*”.

Por otra parte, es necesario señalar que, biológicamente existen partes del cuerpo que son “renovables y partes no renovables siendo las primeras aquellas que puedan reconstituirse como ser, piel, sangre, médula ósea; y las segundas, aquellas que no pueden regenerarse”,<sup>151</sup> como el riñón, intestino delgado y otros. Lógicamente que en el caso de dadores vivos sólo se extraerán partes renovables u órganos dobles y nunca órganos únicos, a excepción del lóbulo hepático.<sup>152</sup>

Debe destacarse que la disposición de partes renovables de órganos y tejidos, según la doctrina contemporánea, ha de tener utilidad social y no debe ir contra la ley ni las buenas costumbres, “*aunque en la realidad pueden ser objeto de tráfico, pero esta dación debe ser efectuada a título oneroso o gratuito*”.<sup>153</sup> Al respecto existen distintas posiciones sobre la disposición de partes regenerables y no regenerables. La

<sup>151</sup> Bergoglio, María Teresa, *op. cit.*, p. 52

<sup>152</sup> Vid supra 1.7.2

<sup>153</sup> Castán Tobeñas José, Los derechos de la personalidad, separata rev. gral de legislación y jurisprudencia, Madrid julio/agosto p. 38

primera es referida a que el tejido al separarse del organismo, se convierte en *res nullius*, susceptible de apropiación por cualquier persona pero existe la preferencia de decisión de la persona de quien formaba parte.

La segunda posición se refiere a que las partes del cuerpo, una vez separadas de él, pertenecen a la persona de cuyo cuerpo se separaron y que ésta adquiere *ipso jure* la propiedad y puede disponer de ella con preferencia. Al respecto la legislación boliviana señala en el artículo 7 del Código Civil que, “*el acto de disposición tiene que tener una causa lícita y no tiene que ir contra la moral y las buenas costumbres*”.<sup>154</sup>

En la realidad, tratándose de tejidos renovables como la sangre humana, se ha procedido a la disposición de este tejido, en diferentes centros hospitalarios, antes de la promulgación de la ley de la medicina transfusional, aprobada el 21 de marzo de 1996, que en su artículo 19 permite la dación de sangre por menores de edad.<sup>155</sup>

En cuanto a la disposición de las partes no renovables, según la mayor parte de la doctrina, queda excluida la disposición total del cuerpo y sólo se refiere a partes u órganos dobles. Según este autor, tienen que existir causas justificadas y éstas no deben ser susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud, o no deben atentar contra las buenas costumbres o el orden público. De la misma forma, este último precepto coincide con la legislación boliviana en el artículo 7 del Código Civil que prohíbe la dación si se contraviene con esos principios y sólo podrá ablacionarse uno de dos órganos pares y nunca un órgano vital. En el caso de un órgano doble, el menor de edad que proceda a la dación no contraviene a las buenas costumbres si dispone en favor de un familiar consanguíneo, ejerciendo una solidaridad que nace juntamente con la relación de parentesco.

<sup>154</sup> Carranza A., Jorge, *op. cit.*, p. 38

<sup>155</sup> Estos datos fueron obtenidos en entrevistas realizadas en centros hospitalarios de la ciudad de Cochabamba, que practican dicho procedimiento

## CAPÍTULO X ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

**Actos de dación de órganos por menores de edad.** Para el estudio del derecho de disponer sobre el propio cuerpo, es necesario referirse al tratamiento de este tema en las legislaciones extranjeras. Son pocos los países latinoamericanos que han logrado normarla de manera amplia hasta el momento, razón por la que es necesario analizar las legislaciones de otros continentes.

### 10.1. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997).

La protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina desarrollado por los miembros del Consejo de Europa establece en su artículo 6 inc. 1 y 2 respectivamente que: “*Con las reservas de los artículos 17 y 20, las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo*”.

“*Cuando, según la ley, un menor no sea capaz de consentir a una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley. El consentimiento del menor será considerado como elemento tanto más determinante cuanto mayores sean su edad y grado de discernimiento*”.