

## CONSENTIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

*Dr. CARLOS HORACIO DE CASAS*

Quiero agradecer especialmente al Dr. Lavado que es casi directamente el responsable de mi formación docente en esta Facultad, por esos conceptos que ha vertido, normalmente se dice exagerado, y también agradecer a la Facultad que me brinda la posibilidad de estar sobre esta tarima esta noche, lo cual supone por un lado un gran honor, y por otro lado una gran responsabilidad, porque me han precedido nada menos que los maestros con quienes todos de alguna manera nos hemos formado, ya sea como alumnos, en el ejercicio de la profesión, o en el ejercicio de la cátedra, de tal forma que dejo sentado mi agradecimiento a esta Casa que tanto queremos, y trataré de abordar un tema que es muy vasto y muy complejo, por lo tanto es muy difícil de sintetizar en el breve tiempo que se dispone para la exposición.

El tema es el consentimiento y la responsabilidad penal médica. En la vida social contemporánea, se presentan conflictos que ponen en cuestión los llamados derechos que un individuo tiene a su vida, a su integridad corporal, a su libertad frente a las figuras penales que protegen dichos bienes jurídicos, es decir, situaciones en la que el sujeto consiente, da su consentimiento para que se lleven a cabo, actos objetivamente típicos en contra de esos bienes.

Se trata de situaciones en algunos casos corrientes, como por ejemplo: un sujeto presta su consentimiento para que se le practique una transfusión de sangre, o simplemente para que se le extraiga sangre en favor de otra persona, o presta su consentimiento para que se le practique una operación de cirugía estética, o también se faculta al médico para que se realice mediante el consentimiento un trasplante, o la extracción de un órgano para injertarlo luego en una persona, o se llega más allá con el consentimiento, se requiere la intervención médica para matar a un menor que ha nacido con caracteres monstruosos a raíz de la ingestión por parte de su madre de tranquilizantes que han ocasionado efectos deformantes en el feto, o se requiere con el consentimiento la actividad médica para realizar una operación cerebral a fin de mejorar o cambiar el temperamento de una persona que tiene trastornos nerviosos, o lo que es más grave se requiere mediante el consentimiento la intervención del médico para acelerar la muerte de un moribundo desesperado por los dolores y condenado a morir por la propia evolución del mal, etc. etc..

El código penal argentino carece de una norma general o de disposiciones especiales que nos permitan asegurar que tales supuestos, mediando el consentimiento, están exentos de pena; entonces se impone tratar de reflexionar, de allí el tema de este curso, a fin de ver si podemos establecer un criterio unificador que nos determine cuál es el valor, cual es el campo en el que puede actuar este consentimiento (por supuesto dentro de la actividad médica), cual es la función que este consentimiento tiene. Teniendo en cuenta la noción de delito y además la represión penal moderna que tiene un valor esencial de justicia que prevalece muchas veces sobre el interés individual. Este es en síntesis el tema que pretendemos abordar.

Preguntarnos en qué caso la actividad médica, mediando consentimiento, puede constituir o no delito y en el supuesto que la respuesta sea negativa, que función cumple ese consentimiento. Descartamos por ende todas aquellas intervenciones en que el médico actúa directamente con dolo o sin consentimiento, porque además puede cometer muchos otros delitos que no son propios de la actividad médica, y tampoco pretendemos agotar en la exposición, todas las figuras culposas que requieren del médico como sujeto activo; es decir, la única manera que he encontrado de sintetizar esta apretada exposición, es hacer una selección de los temas que creemos más discutibles o más importantes, o que acarrearán más problemas, para ir viendo cual es la función que puede cumplir el consentimiento.

Desde este punto de vista, es decir de la actividad médica, el consentimiento es un permiso que una persona otorga a un tercero o terceros a fin de que ejecuten un acto objetivamente prohibido por la ley, y que puede suponer un riesgo o un daño para un derecho o para un bien de esa persona que concede el permiso, o la puesta en peligro de ese bien jurídico. En tal sentido, el consentimiento es un hecho jurídico, resultante de una manifestación de voluntad, realizada antes o durante el hecho por una persona que tiene capacidad para hacerlo, y que trasciende, es decir que funciona en dos sentidos, desde el punto de vista dogmático penal: ya sea para eliminar el tipo penal que requiere en muchos supuestos el disenso de la persona, o ya sea para introducir una causal de justificación autónoma prevista por la ley; estas dos son las variantes en las que vamos a analizar el consentimiento dentro del campo de actuación de la medicina.

Para ello, tenemos que tener en claro el concepto de bien jurídicamente protegido, y además recordar, una tradicional distinción que se realiza en la doctrina entre bienes jurídicos disponibles, y bienes jurídicos indisponibles, o para utilizar el término de una doctrina más moderna representada en nuestro país

por Eugenio Zaffaroni: mayor o menor disponibilidad del bien jurídico; sostiene este autor que no se puede estrictamente hablar en derecho, de bienes absolutamente indisponibles. Es decir, todos los bienes son disponibles en mayor o menor medida, porque pueden ser reglamentados en virtud del artículo 14 de la constitución nacional, estos derechos, pero no hay una absoluta indisponibilidad; por ejemplo, la vida que es el principal de los bienes jurídicos, el telón de fondo del cual surgen todos los derechos, a tal punto que ni la constitución lo menciona, si fuera indisponible como dice la doctrina la vida, no tendría sentido la no punición de la tentativa de suicidio, esto está indicando que la vida en cierta medida y con mayores limitaciones, está siendo disponible.

Yo creo que en cierto sentido esto obra como una excusa absolutoria, lo cual no le quita antijuridicidad al hecho. Y además es imperioso advertir que la represión penal se ejerce atendiendo razones de seguridad jurídica colectiva, y que los hechos que se incriminan de por sí y conocen en su estructura este valor de la seguridad, con preponderancia que cada bien o cada derecho pueda tener sobre el individuo, de tal manera que el castigo o la amenaza, no están destinados principalmente a satisfacer el interés individual del ofendido, sino a crear preventivamente condiciones sociales para que se pueda asegurar el uso adecuado de estos derechos o de estos bienes y no el abuso.

Careciendo nuestra ley de una norma general especial que le atribuya al consentimiento el carácter de una justificante autónoma, se impone en primer lugar examinar la estructura de cada figura delictiva, a fin de establecer si este hecho, esta expresión de voluntad, puede impedir el nacimiento del delito, es decir si puede obrar como una causal de atipicidad. Escuchábamos antes de anoche al Dr. Lavado haciendo referencia a las ventajas que ha acarreado todo el quehacer jurídico en cuanto a no encasillar de acuerdo a la vieja estructura los elementos del delito, es decir no siempre ha de ser necesario ir a buscar la justificación al campo de la antijuridicidad, o al campo de la culpabilidad, porque en muchos casos este consentimiento servirá como causal de atipicidad. ¿En qué casos ocurre esto? Esto ocurre porque ya sea la norma, es decir, la figura, expresamente exige en su contexto el disentimiento del titular del derecho, como ocurre por ejemplo en el artículo 150 del código penal en la violación de domicilio.

Allí claramente se establece: el que entrare en morada, etc. contra la voluntad expresa de quien tuviera derecho, de manera que si esta voluntad está presente, es decir si es consentida, se excluirá directamente el tipo sin necesidad de ir a buscar la justificación a la antijuridicidad o a la culpabilidad. Y también ocurre por otro lado que el disentimiento puede aparecer oculto en algún elemento o en alguna

característica del tipo, o puede surgir conceptualmente de la acción descrita en la figura que requiere que se obre contra o sin la voluntad del sujeto titular del derecho. Esto ocurre en el rapto, no podemos concebir si la mujer consiente ser sustraída, no hay tipo.

Dentro de la actividad médica esto normalmente acontece en los delitos contra la libertad. Por algo el artículo 141 y muchas figuras penales hablan o utilizan el término ilegítimamente, ilegalmente, se supone que todas las normas del código penal son ilegítimas, pero por algo está ahí, ese ilegítimamente está aunque tenga referencia con la antijuridicidad y con la culpabilidad, en primer lugar como característica que el tipo está haciendo, de manera tal que si el titular del derecho consiente que se obre de la manera que se puede obrar médicamente, no habrá tipicidad sin necesidad de ir a la justificación o a la culpabilidad.

Zaffaroni, a quien nos referimos recién, utiliza una terminología distinta, probablemente más precisa, él habla de aquiescencia en términos genéricos, y toma el término acuerdo para aquellos casos en que esta manifestación de voluntad excluye el tipo, y utiliza el término consentimiento para aquellos casos en que esta manifestación de voluntad hace jugar el límite o puerta de entrada, para que se desarrolle una causal de justificación. También dentro de la actividad médica ocurre algo similar con los delitos de violación de secretos, art. 156. Si existe consentimiento, en este caso, desaparece un elemento del tipo que está ocultando una necesidad presunta no expresada en la ley: el disentimiento del titular. El artículo 156 dice, el que teniendo noticia por su estado, oficio, etc. etc. de un secreto cuya divulgación pueda causar daño lo revelare sin justa causa. "Justa causa" elemento del tipo, que oculta, disfraza el disentimiento exigido por la ley del titular del derecho, pero además el propio sentido conceptual de la acción revelar, está dando la pauta de que si este consentimiento existe, es decir si el titular de la reserva que le es debida, acepta, consiente, que el médico revele a otros esa reserva, bueno, ya no hay secreto, de manera tal que la conducta es atípica.

Pero en la gran mayoría de los casos, dentro de la actividad médica, el consentimiento opera como límite o como puerta de acceso para que se desarrolle una causal de justificación genérica de las contempladas en el artículo 34 o específica como por ejemplo la contemplada en cierta medida en el artículo 86. Habremos de referirnos lo más sintéticamente posible a aquellos casos más comunes o aquellos más llamativos, y entonces veremos qué función cumple el consentimiento como puerta de acceso a esta causal de justificación.

Previo a esto me parece necesario establecer la regulación legislativa que en nuestro país tiene la necesidad médica, para

después advertir si la causal de justificación del artículo 34 inc. III, es decir si el estado de necesidad es utilizable en todos los casos, o por el contrario sería importante legislar en tal sentido una causal que atienda a la necesidad médica específicamente. Salvo por lo que se dirá en la ley de trasplantes, en nuestro país hay una falencia de normas que regulen apropiadamente la cuestión del consentimiento en materia médica. En tal sentido la ley 17132 que regula el ejercicio de la medicina a nivel nacional, trae una serie de pautas en su artículo 19 inc. III, referidas precisamente al consentimiento.

Allí se dice que los profesionales que ejerzan la medicina, están obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. Este es el principio general aceptado unánimemente por todo el mundo. La regla es respetar la voluntad del paciente, aceptar la voluntad del paciente. Salvo los casos de inconciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidentes, tentativas de suicidio, o de delitos. Después hace referencia a las operaciones mutilantes, en las que enseguida nos vamos a detener.

Este precepto, el único en la legislación que hace referencia a la necesidad de aceptar o no el consentimiento en general para la actividad médica ha sido reiteradamente criticado, porque contiene un ensayo casuístico, no enunciativo, que remita a las normas de la ética y del respeto a la persona humana, por otra parte porque intenta una absurda tabulación de casos que prácticamente parece dejar la vida en manos del paciente, a tal punto que interpretada textualmente aparece como una especie de derecho al suicidio por parte de éste que puede hacerse jugar o podría hacerse jugar en contra del médico y vamos a ver en algunos ejemplos que desde el punto de vista jurídico hay que realizar verdaderos esfuerzos para que esta conducta en algunos casos se vea justificada.

Por ejemplo, no es clara la razón por la cual el facultativo puede obligar a un enfermo, a un herido a tratarse aún en contra de su voluntad cuando ha sido lesionado por un delincuente, dice salvo los casos de inconciencia o alienación, o casos de accidentes o de delitos. No es lógico, que el médico pueda obligar a tratarse cuando ha sido lesionado por un delincuente y no pueda obligarlo cuando se encuentra con un infartado por ejemplo, aún en contra de la voluntad de un infartado, y además la terminología de la ley parece no tener en cuenta el carácter de lesiones al que hace referencia nuestro código penal en sus artículos 90 y 91, es decir, no toda lesión grave es aquella que pone en peligro la vida, es lesión grave por ejemplo estar incapacitado más de treinta días para el trabajo, de manera que si un pianista es asaltado, y el delincuente le quiebra un brazo y no puede tocar el piano por más de un mes, el médico podría atenderlo aún en contra de su voluntad, lo cual nos parece absolutamente

inconstitucional. En consecuencia, esto no es ilícito ni civil ni penal, ni administrativamente. Y en el caso del infartado pensemos de acuerdo a la terminología de la ley: un enfermero, o un estudiante de medicina o un simple práctico que encontrara a un infartado en la calle y le inyectaran un reactivador cardíaco en contra de su voluntad, podrían ampararse en el estado de necesidad, pero por el texto de la ley, el médico por su condición de médico no podría hacerlo, por supuesto el médico es un ciudadano más y también puede ampararse en el estado de necesidad, pero esto es ejemplificador de que el casuismo que acarrea esta ley no es útil.

En consecuencia creemos que debería intentarse como ya se ha hecho, establecer por ley una causal de justificación específicamente referida a la actividad médica, que contemplara la necesidad médica en el tratamiento de enfermos. Porque a vuelo de pájaros uno piensa siempre que aparentemente el código penal, nuestro derecho penal, exige para la mayoría de los casos de la actividad médica la concurrencia del estado de necesidad. Es decir el art. 34 inc. III, el que causare un mal para evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño.

Esto puede ser viable para el médico o para cualquiera, en ciertos casos por ejemplo la amputación de una pierna para evitar una gangrena, la traqueotomía para evitar la asfixia de un paciente, pero no en todos los supuestos podemos hacer jugar el estado de necesidad y entonces la fórmula genéricamente para cualquiera, no solamente para la actividad médica, se puede tornar rigorista y poco aceptable a la dinámica científica. ¿Porqué digo todo esto?. La base de toda acción necesitada del art. 34 radica en la inminencia, en la actualidad del mal. Si se puede realizar con el mismo resultado, en vez de la acción dañosa una inofensiva. Si el mal no es inmediato, sino mediato o eventual, no podríamos hacer jugar el estado de necesidad. Por ejemplo, pensemos que una mujer con multiplicidad de partos cesáreos anteriores, que corriera el riesgo de quedar nuevamente embarazada, de romper el útero y consecuentemente ocasionar la muerte del feto, y un serio peligro para su vida, y que requiriera desde el punto de vista médico una esterilización tubárica. El médico que realizara esta intervención, incurría en el art. 91 del código penal, que castiga severamente las lesiones gravísimas porque habría provocado una incapacidad para procrear. No es ocioso advertir aquí, que el derecho penal no puede castigar conductas meramente inmorales, como ésta, sino además, que para reprimirlas, estas conductas deben ser lesivas de bienes jurídicos. Quiero hacer esta advertencia por lo que voy a decir a continuación.

Sin entrar en el debate del caso en que la mujer no diera su consentimiento, en cuyo supuesto habría un nuevo bien jurídico lesionado, es decir su derecho a ser madre afrontando el riesgo. No

me parece lógico que ese derecho o ese deber que tiene el médico a evitar el mal, esté limitado por los rigurosos límites de la fórmula del art. 34, porque lo contrario sería exigirle a la mujer una abstinencia sexual futura, o por otro lado exigirle al médico la certeza matemática de que ese mal futuro puede acontecer. Si se tiene en cuenta que el tratamiento médico quirúrgico, está destinado fundamentalmente a la prevención de peligros futuros, que no dejan por eso de ser menos graves, seguros y ciertos que los peligros actuales, pero con la diferencia que son futuros. Pretender utilizar esta fórmula del art. 34 para todos los casos de la actividad médica puede volcarse en contra del tratamiento mismo, es decir la necesidad de carácter médico, no atiende solamente a la vida, sino que apunta a la salud, y consecuentemente a la tutela de la vida y de la salud.

Por otra parte, muchas veces no resulta adecuada la última exigencia del art. 34 inc. III referente a que no sea el mal causado por el propio agente. En la actividad médica, pensemos por ejemplo si un médico olvida una pinza dentro del cuerpo de la víctima en una operación, y al haber cerrado la herida advierte su descuido y realiza una nueva intervención quirúrgica a fin de reparar su error, de acuerdo a la fórmula del artículo 34 debería responder por la primera intervención y en algunos de los casos también hasta por la segunda. Esto nos indica en grandes rasgos que sería importante establecer una causal de justificación que contuviera las necesidades de carácter médico estrictamente, porque además las causales de justificación están expresadas taxativamente, numeradas en la ley, y aquí no cabe hacer uso de la analogía, salvo los medios supraleales de justificación.

Entonces creemos que se impone intentar legislativamente una fórmula que atienda a la actividad médica, coordinando bien los principios de la parte general con los de la parte especial, de modo que no se altere el sentido de limitar la responsabilidad en base a la imprudencia y la negligencia por un lado, ni que se intente extender la impunidad del profesional por daños a terceros amparado en el importante escudo del riesgo médico. Por el otro esto no es novedoso, ya en el proyecto de Soler del 60, había una fórmula semejante, y Vidal Albarracín propone una que nos parece adecuada; dice no son punibles las lesiones derivadas de un tratamiento médico practicadas con el consentimiento del lesionado, cuando la acción tiene por fin evitar un serio peligro para la vida o graves y permanentes consecuencias para la salud del paciente, y ello no puede ser evitado eficazmente por otros medios. Parte un poco Vidal Albarracín de la fórmula del art. 86. En tal sentido la ley 17132 de la actividad médica, prohíbe a los profesionales practicar intervenciones que provoquen la esterilización, sin que exista

indicación terapéutica perfectamente determinada, y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores, pero esto aparece en la ley que regula la actividad médica, no en el código penal. Salvo que utilizáramos la atipicidad conglovante de la que habla Zaffaroni por el principio de la unidad de lo antijurídico. Creo que es más importante establecer una causal genérica en el código penal a fin de evitar esfuerzos desmedidos.

Vamos a ver en qué casos el consentimiento opera como límite o como puerta de acceso, para que actué una causal de justificación genérica de las del art. 34, o específica, como la del artículo 86. En el artículo 86 inc. I y II del código penal, se contemplan dos supuestos de abortos justificados. El aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible, en el primer caso si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios, y en el segundo caso, si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor, cometido sobre una mujer idiota o demente, en el caso de que esta no pueda dar su consentimiento, lo tendrá que dar su representante legal. Se requiere entonces el consentimiento de la mujer encinta; empecemos por el terapéutico. Evidentemente esta parte del artículo no describe una figura delictiva, sino una causal de justificación fundada en una necesidad especial. La ley aquí ha dado preponderancia a la vida, a la salud de la madre sobre la del feto, en cuanto esta última signifique un peligro para aquellos dos bienes, y ese peligro no pueda ser evitado de otra manera. El interrogante es saber, si el consentimiento actúa como una causa autónoma de justificación, o si por el contrario es una condición para que esta causa de justificación genérica o específica se desenvuelva. No hay duda en nuestro entender, que lo que se tiende a justificar en este art., es la conducta del médico. ¿Porqué digo esto?, porque el consentimiento de la mujer por sí solo no puede desincriminar el hecho, a tal punto que en el art. 85 del código penal, se reprime el aborto aunque sea con el consentimiento de la mujer. La justificación es de la conducta del médico, y esto se ve con mayor exactitud todavía en el inc. II. Y cuál es la causa de justificación que hace operar este consentimiento?. Vemos que es para el médico la del art. 34 inc. IV, el legítimo ejercicio de un derecho profesional. Podría operarse el estado de necesidad con respecto a la madre, en el supuesto que esta no pudiese dar su consentimiento, ya sea por su inconciencia, por su gravedad, o porque no quiera darlo, aquí podría darse la fórmula acuñada por el art. 34 inc. III, limitada por supuesto en algunos casos por el consentimiento?. PORQUE SI EL CONSENTIMIENTO de la mujer no existe, es otro bien jurídico el que está puesto en peligro o lesionado. Lo mismo cabe para el aborto

eugenésico, porque si la mujer o el representante legal no dieran su consentimiento habiendo sido embarazada cuando es idiota, no serviría ese consentimiento por si solo para desincriminar la primera parte de artículo 86, que si establece una figura delictiva; sufrirán además inhabilitación y las penas del otro artículo por doble tiempo, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperar en la causal, por eso el consentimiento en estos dos supuestos opera como límite o puerta de entrada, para una justificación de la conducta del médico.

En este tema es importante advertir, como ya lo ha hecho toda la doctrina, y seguimos sin solución, que no se encuentra tipificado en nuestro código penal, el aborto culposo. Están tipificados abortos intencionales, o sea con dolo directo o preterintencional como el del art. 87, pero no está prevista la punición para el aborto culposo, es decir que la mujer mediante actos imprudentes causare su propio aborto, no es punible, y tampoco lo es el tercero que lo causa sin dolo, por ejemplo el médico que le da un tratamiento equivocado. Entonces se impone la necesidad de legislar sobre esta figura, aquí no podríamos hablar sobre homicidio culposo; para que esta figura se dé tiene que haber previamente un nacimiento.

Otro supuesto importante es el de las transfusiones de sangre, con respecto al consentimiento. En el caso que se trate de una extracción simplemente de sangre, para luego darla a otra persona, como carecemos de una justificante genérica, no nos queda otro remedio que volver al art. 34, siempre que se opere con el consentimiento, y el artículo 34, siempre que se opere para hacer actuar la causal del inciso 4º nuevamente, el legítimo ejercicio de un derecho profesional. Porque el inciso 4º y no el estado de necesidad, porque aquí el bien legítimamente protegido es la integridad corporal, que en modo alguno podría prevalecer sobre la integridad de un tercero. Si el derecho penal no admite que la salud de un tercero sea preeminente, a la integridad corporal de otro, de manera tal que aquí en este caso habiendo consentimiento, lo que juega es el libre ejercicio del derecho. Y un problema interesante dentro del ámbito de las transfusiones de sangre, es el que plantean los testigos de Jehová, que se niegan a recibir invocando razones religiosas, transfusiones de sangre, aún cuando estas sean necesarias. Esta negativa parte de una especial interpretación de algunos preceptos bíblicos, que asignan una especie de corriente vital al flujo sanguíneo, y entonces uno no podría cederle al otro parte de su ser. Lo cierto es que el problema ha suscitado inconvenientes jurisprudenciales y discusiones importantes.

La regla dijimos, siempre, es respetar el consentimiento del paciente. Volvemos aquí a aquello de los bienes disponibles y los

bienes indisponibles, o mayor o menormente indisponibles, y que pasa si está en juego la vida del paciente?, hasta qué punto el médico debe respetar ese consentimiento contrario que se niega a realizar una transfusión de sangre?, no nos cabe ninguna duda de que aquí juega, aún en contra de la voluntad del paciente, un estado de necesidad. Y digo que ha planteado inconvenientes importantes, porque por el otro lado está en juego la dignidad humana, principios que tienen raigambre constitucional, como por ejemplo la libertad de cultos o de creencias, entonces se dice, yo tengo derecho a morir con dignidad, no me quiero hacer la transfusión de sangre, aunque me muera, hasta incluso podría jugar la justificante del cumplimiento de un deber, para el caso del médico. De manera tal que creemos que la cuestión se resuelve por el lado del estado de necesidad, cuando la vida y la salud corren un serio peligro, sino por supuesto, si se puede evitar con otro tratamiento, creemos que debe respetarse el consentimiento del paciente en tal sentido. Pero también creemos que si el paciente es consciente, el testigo de Jehová, que se niega a hacer la transfusión de sangre, es concierne de que esto puede acarrear su muerte, creemos que esto puede significar una tentativa indirecta de suicidio, en cuyo caso sería de aplicación la ley 17132 que le permite al médico obviar el consentimiento cuando se trata de tentativa de suicidio, pero además este principio constitucional de libertad de creencia, no puede hacerse valer abusivamente, porque también constitucionalmente por vía del art. 14, este bien jurídico de la integridad corporal y hasta el de la libertad, se han reglamentado dentro de la actividad médica, en numerosas oportunidades. Encontramos así leyes que obligan al reconocimiento médico, en los juicios de insania, en los certificados prenupciales, los reconocimientos para el servicio militar, las leyes de prevención de ciertas enfermedades, las de vacunación obligatoria; incluso se ha limitado el bien jurídico de libertad, en leyes que imponen una internación forzosa, por ejemplo la del enfermo contagioso venéreo, la del enfermo contagioso de sida.

En nuestra provincia hay un proyecto próximo a sancionarse, que todavía no es ley, que indica que se proceda al aislamiento de los portadores del virus, para control clínico e inmunológico obligatorio cada tres meses, a cuyo efecto podrá requerirse el auxilio de la fuerza pública, porque las leyes pueden reglamentar los derechos, por eso hacíamos referencia al principio, de que este valor de la seguridad jurídica colectiva, tiende a crear condiciones de convivencia que eviten el abuso de los derechos, de otra manera, invocando razones de creencias o religiosas, podríamos desincriminar la eutanasia, o la poligamia. Si el fin no se logra, es decir, si la transfusión de sangre aún con el disenso del titular tiene resultado negativo, creemos que tampoco hay tipicidad, y ya

vamos a verlo enseguida, porque en realidad no se da el tipo de lesiones. El tipo de lesiones exige obrar para causar un daño en el cuerpo y en la salud, podría eventualmente haber una tipicidad culposa, en tanto y en cuanto se hayan violado las reglas del arte médico, pero tampoco habría tipicidad si el médico ha tenido la finalidad de actuar en favor de la salud o de la vida del enfermo.

Este tema del consentimiento se ve claramente en la nueva ley de trasplantes, que también acarreó muchos inconvenientes, de planteos científicos y jurídicos, que por supuesto exceden los límites de esta exposición, pero es importante advertir la relevancia que la ley le otorga al consentimiento en varios de sus artículos, pero como veo que se me está acabando el tiempo, lo dejo para el debate en todo caso, y también advertir que el consentimiento en materia de trasplantes, en modo alguno puede servir para justificar o desincriminar un homicidio consentido, ya sea eutanásico o eugenésico, o tampoco puede servir para desincriminar el trasplante en vivo de órganos únicos, por ejemplo el corazón.

Más allá del problema que esta ley acarrea con respecto a la necesidad de determinar el momento exacto de la muerte del donante, que también ha traído innumerables disquisiciones jurídicas y excede del límite de esta charla, es importante repetir, tomar como ejemplo la ley, que sin embargo tiene ciertas falencias, la ley de trasplantes por ejemplo, que prohíbe la extracción aún con consentimiento de órganos únicos, no contempla por ejemplo casos de homicidios eutanásicos; la discusión genéricamente es entre quienes sostienen que la muerte es un proceso instantáneo, y quienes sostienen que la muerte es un proceso más o menos prolongado de acuerdo a los casos, que una vez iniciado este proceso ya es indeclinable, es decir no se puede parar. Y en consecuencia, como en el tema de los trasplantes reviste gran importancia la celeridad con que un órgano se extrae para colocarlo en el donante, por supuesto que la ley ha reglamentado muy detalladamente el supuesto de la muerte, pero no contempla que ocurre si se extrae un órgano único cuando el donante aún no había fallecido porque le faltaba algunos de los síntomas, por ejemplo muerte cerebral o algunos de los síntomas que exige la reglamentación. Algunos autores sostienen que podría haberse contemplado este supuesto, porque de lo contrario en el tema de la eutanasia el consentimiento no sirve para apartarse del art. 79, sería un homicidio doloso, es decir que si el paciente muere porque se le sacó el corazón, aunque todavía no estaba definitivamente muerto, nos encontraremos con ese problema.

El tema más cotidiano, más preocupante, es el de las intervenciones quirúrgicas, porque aquí si se actúa desde el punto de vista típicamente, es decir si causa una lesión o un daño. Aquí hay que distinguir entre las intervenciones.

En la primera recordando a Zaffaroni, él habla de un acuerdo, es decir de atipicidad, porque la tipicidad del art. 89, el que causare daño en el cuerpo o la salud, y la finalidad en las intervenciones terapéuticas normalmente, es solucionar un problema en la salud y no causarlo, de manera que se carece de dolo y en consecuencia aquí sí se podría hablar de atipicidad, y en las operaciones que no tienen un fin terapéutico, por ejemplo las de cirugía estética, las intervenciones cosméticas, aquí si el consentimiento operaría como límite para que se desarrolle una causal de justificación, que sería también la del art. 34 inc. IV. Dado que en nuestro sistema punitivo falta una figura de tratamiento arbitrario, de tratamiento innecesario, o de operaciones abusivas, en cuyo caso además de lesiones habría estafas.

El médico podría cuando actúa sin consentimiento eventualmente cometer un delito en contra de la libertad individual del paciente, si realmente priva al paciente de su libertad de desplazamiento, o emplea medios típicos de coacción, por ejemplo el cloroformo o la anestesia general son medios violentos, en ese caso podríamos encontrarnos frente a un delito contra la libertad, pero no es típico el delito de lesiones, por la carencia de dolo, no se actúa para causar un daño en el cuerpo o en la salud, porque también aquí se produce una cuestión interesante, porque si el médico induce en error a paciente, y consecuentemente logra un consentimiento viciado, nosotros creemos que tampoco habrá tipicidad, porque aunque el error sea vencible, nuestro código no legisla tipos culposos contra el delito de la libertad, entonces también sería atípica la figura, por supuesto si se ha actuado en una necesidad urgente por salvar la vida o la salud del paciente, no cualquier daño o cualquier perjuicio en la salud, puede justificar esta intervención arbitraria induciendo error al paciente, y esto también sirve para los testigos de Jehová, pensemos si un testigo de Jehová ha tenido un accidente grave de tránsito, y requiere de una operación de trasplante de cadera, que es de las operaciones más sangrantes que hay, y no quiere hacerse la transfusión de sangre, y tiene una fuertísima anemia, y corre peligro su vida, y si el médico lo induce a error para conseguir su consentimiento, y le dice, mire quédense tranquilo, le vamos a cambiar la cadera, pero no hace falta la transfusión de sangre, ahí estaríamos en un supuesto así también, se induce a error, pero si el error es vencible, no encontramos tipicidad culposa contra el delito de la libertad. Y dentro de las intervenciones jurídicas han provocado también verdaderas discusiones, aquellas destinadas al cambio de sexo; aquí también hay que hacer una distinción entre las intervenciones sin finalidad terapéutica.

A partir de la sanción de la ley 17132, estas intervenciones requieren además del consentimiento, una autorización judicial. Dice

la ley, no podrán llevar a cabo operaciones que modifiquen el sexo del paciente, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. La ley no dice en qué casos debe concederse esta autorización judicial, y pensamos que esto no puede hacerse mediante reglamentación, porque supondría una delegación de facultades legislativas. En tanto y en cuanto la ley no establece un criterio para determinar esa autorización.

Pensamos que esta autorización debe concederse en casos de pseudo-hermafroditismo, o también que puede estar colocada esta autorización para rodear de mayores garantías al consentimiento del paciente. De todas formas esta intervención de cambio de sexo, nos coloca frente a la puerta del art. 91 nuevamente, de lesiones gravísimas, la pérdida de un órgano, de un miembro o de la capacidad de engendrar, o concebir, y no podría esgrimirse el estado de necesidad, que en estos casos no advertimos con claridad que medie urgencia, ni peligro inminente para la salud, y además es muy discutible y excede los límites de esta exposición la posible finalidad terapéutica de estas intervenciones, aunque sea psíquica. Hay una gran discusión desde el punto de vista médico sobre la finalidad psíquica que puede tener sobre algunos homosexuales, este transformarse en mujer. Ya hicimos alguna referencia a la eutanasia, que también tiene especialmente importancia en cuanto a la disponibilidad o no de los bienes jurídicos por parte del paciente, porque precisamente estamos en presencia del bien jurídico más importante como es la vida. En este tema hay una tendencia mundial a hacer objeto de un tratamiento penal privilegiado los casos de homicidios piadosos o a ruego que son especie de homicidios consentidos. Esto, volviendo nuevamente al principio cuando hacíamos referencia al paralelismo que hay entre moral y derecho, tanto para la diferenciación como para la fundamentación de la figura incriminante, puede ser esta mayor benevolencia es decir, sigue siendo un homicidio simple.

De tal forma el médico puede matar o dejar morir, puede matar con el propósito de hacer cesar dolores Insoportables a la víctima, a ruego de esta, para el mejoramiento de la raza, por razones económicas, eugenésicas, o puede simplemente dejar morir al no utilizar los medios conservadores de la vida, que médicamente se llaman distanásicos, pero de modo alguno el consentimiento puede desincriminar la figura del art. 79. Y tampoco queremos hacer referencia a una importante discusión porque se nos va la hora, que existe sobre la posibilidad del consentimiento tácito o la imposibilidad por parte del moribundo de otorgar o no su consentimiento porque se encuentra en un estado de incapacidad.

Se han producido discusiones importantes, por ejemplo, el caso de Karen Quinlan, y por último hay un tema muy importante por lo

novedoso que es la biotecnología, el de la ingeniería genética, el de la inseminación y fecundación artificial. En este supuesto son numerosísimos los problemas que se encuentran sin respaldo legal, es decir no hay incriminación de muchas conductas, que pueden cometerse y que pueden tener significado grave, y esto nos impone una reflexión.

Por ejemplo hay casos de inseminación artificial que pueden realizarse sin consentimiento de la mujer o del marido, habría que distinguir la inseminación homóloga de la heteróloga, es decir la que se realiza con espermatozoides del marido y óvulos de la mujer, o con espermatozoides de un tercero y óvulos de la mujer, o con espermatozoides del marido y óvulos de una tercera; cualquier supuesto, por ejemplo no está previsto penalmente qué ocurre si la inseminación artificial se produce sin el consentimiento de la mujer, y sin el consentimiento del marido también. Esto ha sido contemplado en legislaciones modernas como el código penal de Colombia de 1980 que en su art. 345 equipara esta conducta en cuanto a la pena al delito de violación.

En nuestro país al carecer de normas concretas se ha intentado meterlas a la fuerza en algunas de las figuras existentes en el código penal, y la mayoría de los intentos fracasan. Por ejemplo se ha sostenido que en el caso de inseminación heteróloga sin consentimiento del marido podríamos encontrarnos frente al delito de adulterio, porque se viola el principio de fidelidad conyugal y se pueden introducir hijos espurios al matrimonio. Esto por supuesto no es así, porque el artículo 118 del código penal exige la relación carnal de la mujer con el tercero. Se ha intentado compararla con el delito de violación; por supuesto no es así porque no hay acceso carnal. Se ha hablado de rapto, más allá del perjuicio o lesión que pueda sufrir el bien jurídico libertad, y las lesiones que podría provocar el embarazo a la madre, y también se ha intentado equipararlo con el delito de abuso deshonesto del art. 127 que no requiere acceso carnal, porque podría afectar su pudor y su libre disposición sexual, lo cierto es que la figura no está incriminada, y nos encontramos otra vez con el problema de la analogía y sin solución legislativa.

En otro orden de cosas aún mediando consentimiento, se ha extendido el concepto y la posibilidad que un ser humano sea concebido fuera del seno materno, digo se ha extendido el concepto, porque si recordamos los artículos 69 y 70 del código civil, que hablan de la persona por nacer, de la concepción en el seno materno, estamos un poco más allá, esto es la fecundación in vitro. Aquí que se produce la fecundación del óvulo con espermatozoides del marido o de otro, no importa, fuera del seno materno, en laboratorio, y se escoge el embrión que tiene mayor vitalidad para implantarlo en la madre, y se desechan los otros embriones que aún teniendo más o

menos vitalidad, no hay ninguna duda que hay vida humana, se desechan, se destruyen o se congelan. Hay un peligro concreto que debe ser contemplado por la ley, porque congelando un embrión humano se está atentando contra su normal evolución. Se ha intentado comparar estas situaciones con el aborto. Por supuesto no podríamos hablar de aborto, porque todavía el embrión no ha sido introducido en el cuerpo de la madre, porque en el aborto es necesario un embarazo, pero se ha intentado compararlo, porque en el aborto el objeto de protección penal es el ser concebido y no nacido, y no hay duda de que en este embrión fecundado fuera del seno materno, hay una vida humana sin lugar a dudas que es ontológicamente autónoma, irrepetible, es decir están todos los atributos del ser, y esto no lo pone en duda nadie. Esto, sin tocar la inadmisibles manipulación genética, modificando los cromosomas, que se realiza en ingeniería genética, y que abre posibilidades de creación de tantas variantes que superan los límites de una mente alucinada, y todo esto se viene haciendo sin el marco ético y jurídico imprescindible.

Yo he encontrado en el código de ética de la confederación médica argentina, una referencia que puede ser valiosa, dice en el art. 1º, esto es de 1955, antes de que se hablara de estos problemas, "en toda actuación el médico cuidará de sus enfermos ateniéndose a su condición humana, no utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad", y el mundo, al decir del Prof. Roberto Lavado, en una exposición brillante, que realizó en la Universidad de Belgrano en el año 1982, aún cuando estuviera un poco complicado por el tema de Las Malvinas, como dice en su trabajo, sufre un eclipse de sus valores espirituales, hay una subversión de valores, y esta reflexión, que es la que quería realizar, parece ser que sin darnos cuenta cambiamos ciertos valores por otros, porque hay una manipulación en los medios de información, en ciertos intereses económicos, hoy la gente cambia la libertad por el confort con mucha facilidad, no se puede ser feliz si no se tiene un televisor color de tal o cual marca, etc..

En esto tiene que cooperar el jurista, le ha llegado la hora al jurista de aportar su contribución para que este aporte de los científicos, para que esta obra de los científicos sea prudente, es decir para lograr el equilibrio justo entre el éxito alcanzado y el entusiasmo por proseguir por un lado, y la pausa necesaria por el otro lado, para meditar sobre estos valores esenciales del ser humano. Esto sin entrar en los innumerables problemas que plantean otros temas de actualidad de la biotecnología, la hibernación de personas aún no definitivamente fallecidas, la hibernación de espermas para inocularlos después de muerto el titular, en el cuerpo de la mujer, recordemos el plazo de 300 días del código civil, la

hibernación de embriones, en Australia existen bancos de embriones humanos congelados, el alquiler de vientres, la inseminación en úteros animales, o en úteros artificiales, etc. que también exceden los límites de esta exposición.

A esos valores, a los que nos referíamos, hay que tenerlos muy en cuenta, porque son parte integrante de la sociedad civil, y de su ordenamiento jurídico. Entonces, el llamamiento a la conciencia individual, y a la autodisciplina de los científicos, no basta por sí solo para asegurar el respeto de los derechos personales y del orden público. Si el legislador, que es responsable del bien común, omitiese sus deberes de vigilancia, podría verse despojado de sus prerrogativas por parte de los investigadores que pretendiesen gobernar la humanidad en nombre de éstos descubrimientos biológicos, o de los supuestos progresos de mejoras que estos descubrimientos acarrearán, en consecuencia, el eugenismo y la discriminación entre los seres humanos podrían verse legitimados, y esto constituiría un grave atentado contra la igualdad, contra la dignidad, y contra el respeto de la persona humana. Muchas gracias

---

(\*) Conferencia pronunciada en el marco del curso "Reflexiones sobre problemas penales", dictado durante los días 15, 16 y 17 de junio de 1.988, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.