

REGIMEN PENAL DE LA LEY DE TRASPLANTES

Jorge A. Coussirat

SUMARIO: **I)** Introducción. **II)** Objetivo. **III)** Análisis dogmático: 1º) Naturaleza de la ley; 2º) Bien jurídico tutelado; 3º) Tipos penales en particular: A) Art. 30: "Incumplimiento de formalidades y requisitos del Art. 15". B) Art. 29: "Extracción indebida de órganos y materiales anatómicos cadavéricos". C) Art. 28: "Comercialización de órganos y materiales anatómicos". D) Art. 32: " Incumplimiento médico a las obligaciones de informar impuestas por los Arts. 26 y 8". E) Art. 31: "Incumplimiento de las obligaciones impuestas por los Arts. 20, 7 y 15 tercer párrafo". F) Art. 33: " Recepción de dinero o bienes". G) Art. 34: "Sanción a funcionarios públicos".

I) INTRODUCCIÓN

Referirse a los trasplantes de órganos implica sumergirse en un tema apasionante pero a la vez complejo y difícil. Lo es porque exige analizar situaciones centrales en relación al hombre, a sus esencias. Tiene graves implicancias morales y éticas que no pueden ser soslayadas y que deben ser el punto de partida de todo análisis.-

Esto es así a pesar de que la racionalidad y la tecnología, como herencia natural de la modernidad, han influido en la forma de análisis y valoración de las distintas ciencias, dado que "la racionalidad tecnológica se guía fundamentalmente por criterios de eficacia, utilidad y disponibilidad", según sostiene Ramón Queraltó Moreno (Diario Los Andes, 30 de setiembre de 1996).-

El problema es que, como ha señalado el citado profesor de la Universidad de Sevilla, "la racionalidad tecnológica tiene tal fuerza en sí misma, que podría llegar a excluir, anular o minimizar los demás tipos de racionalidades propias del hombre (moral, ética, histórica, filosófica). Entonces se podría llegar a una sociedad tecnologizada en la cual se manifestara un reduccionismo tecnicista del hombre y de la sociedad".- El camino a seguir para evitar el riesgo arriba indicado es introducir la ética, con sus principios y valores, dentro del esquema de funcionamiento de la racionalidad tecnológica. De ese modo, se podrá avanzar en el ámbito de las

ciencias sin temor de perder de vista al hombre integralmente considerado, es decir, mirado como persona. En tanto la consideración del hombre como persona sea el punto de partida de las ciencias, las nuevas técnicas y los nuevos descubrimientos van a permanecer acotados dentro de ciertos límites morales y éticos que no van a poder ser traspasados.-

Con respecto al concreto tema de los trasplantes de órganos, la consideración del hombre en cuanto persona es imprescindible. Ello es así porque buena parte de lo referido al ámbito trasplantológico ronda en torno a la vida y la muerte, conceptos que marcan los extremos de la existencia del hombre. El ser del hombre, su esencia como persona se juega fundamentalmente alrededor de su vida y su muerte. Tanto es esto así que el tema de la vida y la muerte ha sido una obsesión recurrente para la humanidad.-Dicho lo anterior, tengo el convencimiento de que la cuestión de los trasplantes de órganos, considerada en general, excede en mucho mis posibilidades de abordaje y debo señalar entonces que mi propósito en este trabajo es sumamente modesto y tiene relación sólo con la forma en que ha sido regulado el aspecto penal de los trasplantes en la ley N° 24.193. Vale decir, mi punto de partida es una situación dada cual es la existencia de un cuerpo normativo que regula el tema de los trasplantes de órganos desde la óptica penal.-

Para ubicar el tema de la regulación penal de los trasplantes de órganos y material anatómico, es necesario recordar que el mismo aparece como consecuencia de los enormes avances de la técnica en el campo de la cirugía, de la inmunología e inclusive de la genética. Esos avances hicieron posible las primeras incursiones en la realización de trasplantes en épocas relativamente recientes. Y como consecuencia de ello los trasplantes de órganos aparecen como tema de preocupación jurídica.-Teniendo en cuenta que los trasplantes comenzaron a practicarse con cierta asiduidad recién en la década de los años 60, es a partir de allí que nace la necesidad de una regulación legal de toda la actividad que se genera alrededor de esta nueva técnica.-

La novedad del tema ha puesto en crisis ciertas verdades que hasta no hace mucho tiempo aparecían como incommovibles. Tanto es esto así que el propio concepto de la muerte ha pasado a ser objeto de discusión y de posturas encontradas. Son numerosos los encuentros, jornadas y congresos científicos en los que el concepto de muerte es arduamente discutido, sosteniéndose diversas posturas según se dé preeminencia a los aspectos éticos, a los meramente técnicos o a los de otra índole. Inclusive, algunos

autores como Avelino Do Pico han llegado a hablar, en tono crítico, de un "concepto social" de la muerte, que se propugna con fines utilitarios¹.

De igual modo y novedosamente, la posibilidad de que órganos y materiales anatómicos humanos sean transferidos de un cuerpo a otro ha originado la necesidad de considerar si esos órganos y materiales anatómicos pueden ser objeto de disposición por parte del dador y si esa disposición puede o no ser a voluntad, sin ningún tipo de limitaciones y, por último, si puede ser a título gratuito u oneroso. Cada uno de estos puntos ha dado lugar a posturas encontradas, argumentaciones en pro y en contra y a diversidad de soluciones legislativas en el derecho comparado.-

Coincidentemente con lo anterior surge la necesidad de regulación de toda la actividad trasplantológica, de los establecimientos que a ella se dedican y de igual modo, a las formas de fomentar la donación de órganos.- También en relación con esta nueva realidad, aparece como tema de discusión el de si es posible la práctica de ablaciones en sujetos incapaces, ideándose para estos casos por quienes aceptan tal posibilidad, todo un sistema de controles y de autorizaciones tendientes a resguardar los derechos del incapaz. Esto último pone de resalto otra de las cuestiones motivo de discordancias y es la referida a hasta dónde el Estado puede intervenir en este novísimo aspecto de la realidad.-

Como puede verse, desde el punto de vista jurídico hay todo un espacio poco hollado, del que no se avizoran límites precisos y respecto al cual deben darse rápidamente respuestas éticas y luego doctrinarias y legales. En punto a las segundas, basta recorrer la bibliografía existente para anoticiarse de que la preocupación ha sido grande y la producción de los autores consecuente con la importancia del nuevo campo. En cuanto a las respuestas legales, a partir de 1977, la Argentina ha tenido regulación normativa de la cuestión de los trasplantes de órganos.-

Desde esa fecha cuatro han sido las leyes que el Congreso ha dictado sobre el tema. La ley 21.541 (1977), la N° 23.464 (1986): la N° 23.885 (1990) y la actualmente vigente, N° 24.193 (1993). Esta secuencia permite apreciar que, no habiendo transcurrido aún veinte años de la primera, han sido necesarias tres modificaciones posteriores para permitir una adecuada regulación de una realidad en permanente avance. De las normas que acabo de mencionar, la actualmente vigente, ha intentado receptor las últimas tendencias en lo que se refiere al ámbito de su campo regulatorio. Sin embargo, es más que probable

¹ Do Pico, Avelino y Ots, "La certificación de la muerte en la Ley de Trasplantes", La Ley, 1982 -D-, pag.741.

que a poco andar, ese cuerpo normativo quede notoriamente desactualizado debido a los permanentes avances científicos y tecnológicos. Pero, es esa la norma hoy aplicable y es entonces la que debe merecer el análisis dogmático correspondiente.-

II) OBJETIVO.

El objetivo que me propongo es de muy modesto alcance, como ya he puntualizado, y estriba en llevar a cabo un análisis dogmático y crítico del capítulo VIII de la ley N° 24.193. Intentaré determinar entonces cuál es la naturaleza de la ley; cuál o cuáles son los bienes jurídicos que se pretende tutelar; de qué manera se lo ha hecho; cuáles son los tipos penales previstos y cuál es la estructura de los mismos.-

III) ANÁLISIS DOGMÁTICO.

Iº) Naturaleza de la ley N° 24.193.

Esta ley, publicada en el Boletín Oficial de la Nación de fecha 26 de abril de 1993, es como antes he referido, la cuarta que se dicta en nuestro país sobre trasplantes de órganos. Digo que es la cuarta aunque no desconozco por cierto, una serie de disposiciones normativas que comienza en el curso del año 1951 (cuando se crea el Banco Nacional de la Córnea, bajo dependencia de la Dirección de Oftalmología y Tracoma del Ministerio de Salud Pública) y que han ido regulando en forma embrionaria lo relacionado con aspectos parciales del tema que me ocupa. Sin embargo, ninguna de ellas pretendía una regulación integral de la cuestión al modo en que se intenta a partir de la ley N° 21.541. -

Por ello es que a aquella norma de 1951 y otras varias que la siguieron no las computo aquí y me limito a señalar que las recuerda Sagarna y a él me remito por razones de brevedad²

Pues bien, en su capítulo VIII, "de las penalidades", la ley N° 24.193 regula lo atinente a la estructuración de los delitos específicos y a sus sanciones.

² Sagarna Fernando, " Los trasplantes de órganos en el Derecho", Edit. Depalma, Bs. As., 1996, págs. 13 y ss.

Reemplaza al título X de la ley derogada y el nuevo texto implica un aporte significativo en el aspecto de las conductas sancionables penalmente, debido a que completa un sistema relacionado con las prohibiciones y resguardos de la ley, más allá de que se mantengan algunos de los tipos que ya eran previstos en la norma legal anterior.-

Desde otro punto de vista, la ley N° 24.193 tiene pretensiones de integralidad en el sentido de abarcativa de aspectos civiles, administrativos, procesales, penales e inclusive financieros, todos ellos en relación a los trasplantes de órganos y materiales anatómicos. Ello lleva a que Sagarna la denomine una ley "ómnibus"³ -

He dicho que tiene "pretensiones" de integralidad porque la ley, a pesar de abarcar los aspectos que he mencionado en el párrafo anterior, sólo se limita a establecer ciertas normas que deben ser necesariamente conjugadas con otras ya existentes en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, debe tenerse muy presente que esta ley, sobre todo en lo que se refiere a sus aspectos penales, es una mera ley complementaria del Código Penal, no pudiendo ser considerada como una regulación integral del tema.-Valga la aclaración porque actualmente hay una marcada tendencia a legislar en forma parcial aspectos puntuales de diversas ramas del derecho y ello conspira contra la claridad y sobre todo contra la posibilidad de tomar a las normas como formando parte de un sistema. En lo penal, esta tendencia fácilmente hace perder de vista que los tipos penales creados por leyes específicas, no configuran un derecho penal especial sino que son aspectos del derecho penal general y que por lo tanto, le son aplicables los mismos viejos principios que, sabiamente, ha ido elaborando la doctrina nacional a su respecto.-

En el mismo orden de ideas debo decir que la ley N° 24.193 viene a complementar al Código Penal con la creación de nuevos tipos penales y, como directa consecuencia de su carácter complementario, a las conductas que atrapa le son aplicables todas las disposiciones de la parte general del Código Penal y también las de la parte especial, en tanto y en cuanto no hayan sido modificadas por las disposiciones de la nueva ley. Me refiero con ello, entre otras, a las disposiciones sobre aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio; a la libertad condicional; a la condena de ejecución condicional; a la tentativa; a las acciones penales y a sus formas de extinción; a las penas en general; al concurso de delitos; etc. Y también me refiero a

³ Autor y obra citados, pág. 18

aquellos tipos delictivos de la parte especial que pueden concurrir ya sea formal o sustancialmente con los que prevé la ley de trasplantes.-No puedo dejar de señalar, a pesar de que no se trata de una cuestión sólo referida a lo penal, que la ley N° 24.193 ha venido a introducir una significativa modificación al régimen jurídico argentino desde que define a la muerte en su artículo 23. Esta importantísima cuestión tiene implicancias civiles desde el punto de vista de su relación con el comienzo y el fin de la existencia de las personas y también con las disposiciones sucesorias. Desde el punto de vista penal viene a ser complemento imprescindible en la interpretación de todas las figuras penales relacionadas con la vida como bien jurídico tutelado.-

Esa definición de muerte implica la comprobación de la existencia de una serie de signos acumulativos que deben persistir ininterrumpidamente durante un lapso de tiempo que la norma fija en seis horas. Esos signos son: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia, b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas, d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del INCUCAI.-

La norma aclara además, que los signos referidos en el inc. d) no será necesario verificarlos en los casos de paro cardiorespiratorio total e irreversible.-

Hechas estas rápidas puntualizaciones en orden a la naturaleza de la ley N° 24.193, paso ahora a realizar breves consideraciones en torno al bien jurídico tutelado.-

2º) Bien jurídico tutelado.

Es bien sabido que en materia penal todo análisis de las figuras o tipos delictivos requiere para su correcta comprensión un preciso estudio del bien jurídico que cada una de esas figuras tutela.-

Sin excepciones, la delimitación del bien jurídico protegido permite establecer las razones de la descripción de ciertas conductas como penalmente típicas y la consiguiente extensión que debe darse a esos tipos. Ello es lo que ha permitido a Jiménez de Asúa señalar que "...la naturaleza de los derechos o intereses lesionados sirve de base para la significación y seriación de los diversos delitos en la Parte Especial de los códigos". "Por eso es de subida importancia práctica, a más de la filosófica y dogmática que puede y debe revestir". Y agrega el citado profesor español: "El problema del objeto del delito y en particular de su objetividad jurídica, es de suma trascendencia, no sólo para la determinación del concepto del delito, sino para toda la construcción de nuestra disciplina"⁴.-

Sobre ello y siguiendo los lineamientos marcados por Zaffaroni, quien a su vez sigue a Carnelutti, puede decirse que el bien jurídico es en definitiva una "relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que lo afectan"⁵.-

Así pues, toda conducta que ponga en peligro o lesione, de una manera particularmente grave, esa relación de disponibilidad entre un sujeto y algún especial objeto, ha de ser señalada por el Estado, definiendo esa conducta como delictiva y estableciendo la sanción para quien incurra en ella.- De ahí la importancia en materia penal de definir con precisión el bien jurídico que se pretende tutelar y de definir también cuál o cuáles son las conductas que ponen en peligro o lesionan a dicho bien jurídico o interés

⁴ Autor citado, " Tratado de Derecho Penal ", Edit. Losada S.A., Bs. As., 1951, Tº III, págs. 86/87.

⁵ Autor citado, " Manual de Derecho Penal", Parte General, Edit. Ediar S.A., Bs. As., 1991, pág. 389

jurídicamente tutelado por el Estado. Sobre todo porque sin lesión o peligro de lesión de ese bien jurídico no podrá haber conducta típica alguna.- Analizando ahora la ley N° 24.193 en lo que se refiere al bien jurídico, ella demuestra una inquietante indefinición. Digo esto porque aparecen al menos tres posibilidades en punto a cuál es el interés jurídicamente tutelado. Por una parte pareciera que el bien jurídico que se intenta tutelar es una especie de "fomento o promoción de la actividad trasplantológica". En este sentido, la propuesta de los diputados Arguello y Várela señalaba en sus fundamentos que el proyecto de ley que presentaban a la Cámara "..Está pensado para servir de motor al desarrollo de la técnica de trasplantes en la Argentina, no simplemente a reglamentarla". Ya se verá, al analizar los tipos en particular, como esa finalidad aparece.-

Vale decir, esta primera posibilidad pareciera indicar que si el bien jurídico protegido es el fomento de la actividad relacionada con los trasplantes, los tipos penales deberían entonces sancionar conductas que de algún modo particular entorpezcan tal finalidad. Sin embargo, las figuras delictivas de la ley han sido estructuradas de tal modo que vienen a constituirse en normas que más bien limitan a la actividad en lugar de fomentarla. Al menos así ocurre en varios casos y más allá de que tales limitaciones sean o no aceptables. Lo que aquí pretendo señalar es que la finalidad que a primera vista aparece como el bien jurídico a tutelar, en rigor de verdad no es tal o al menos no aparece como único o principal.-

Por otra parte, los mismos diputados señalaban en aquellos fundamentos, que el proyecto es integral, tendiente a fundar una serie de principios diferentes, "...con una mayor recepción de valores de la caridad y la solidaridad social". De lo que pareciera desprenderse que otro bien jurídico que pretende tutelarse es una mejora ética de la sociedad argentina, imponiendo sanciones a aquellas conductas que se contrapongan, en el ámbito de lo trasplantológico con esa finalidad de mejoramiento social. También en esto, algunos de los tipos penales creados por la ley, demuestran que es ese otro de los bienes jurídicos que se han considerado dignos de tutela penal. Dicho sea esto con absoluta independencia de que se esté o no de acuerdo con que el Derecho Penal pueda tener como finalidad una mejora ética de una sociedad determinada, cosa hoy discutida por numerosos penalistas desde la vertiente del finalismo.-

En tercer término, y dada la estructura normativa de la ley, pareciera que otro aspecto que pudiera considerarse como bien jurídico a proteger es "una actividad trasplantológica controlada y supervisada por el Estado".-

Finalmente, otra de las finalidades de la ley que podría elevarse al rango de bien jurídico es la "gratuidad de la actividad de donación", en tanto y en cuanto se establecen disposiciones claramente destinadas a impedir toda comercialización o propósito lucrativo relacionado con el ámbito de regulación de la norma.-

Como puede verse, no hay precisión en la determinación del o de los bienes jurídicos que se quieren tutelar. Inclusive puede apreciarse cierta contradicción entre las conductas descriptas como típicas por algunas de las figuras delictivas que se han previsto, lo que es índice elocuente de aquella falta de claridad en lo atinente al interés jurídicamente relevante en grado tal que merezca protección penal.-

En definitiva, tengo la sensación de que ha quedado al descubierto una falta de determinación clara de cuál es la filosofía que informa a la ley y cuál es en consecuencia la finalidad que se persigue desde el punto de vista de la represión penal. Vale decir, ha quedado una vez más a la luz, la falta de una verdadera política criminal en el país.-

3º) Tipos penales en particular.

Como podrá advertirse de aquí en adelante, la ley N° 24.193 no sigue en la regulación de las figuras delictivas un orden relacionado con la gravedad de cada una de ellas. Al menos esto es lo que puede extraerse de la penalidad de cada uno de los tipos que en el capítulo se contemplan. De igual modo, no se advierte un criterio preciso en virtud del cual se separen los tipos según cuál sea el bien jurídico protegido. Por razones metodológicas no seguiré el orden numérico del articulado sino que el análisis voy a efectuarlo según la gravedad de la penalidad prevista en cada caso.-

A) Art. 30: "Incumplimiento de formalidades y requisitos del artículo 15".-

1) Conducta típica.

El artículo 30 de la ley N° 24.193 sanciona conductas consistentes en ablacionar en infracción o incumplimiento de previsiones contenidas en el artículo 15 de la ley. Puede decirse que el hecho típico es "extraer órganos o materiales anatómicos de humanos vivos en los casos del artículo 15". La

mera ablación en esas circunstancias consume el delito, independientemente del destino del órgano o material ablacionado. La referencia al artículo 15 lleva a concluir además en que la conducta típica no es una sino que se sanciona una pluralidad de situaciones que no son otras que las que regula el ya mentado artículo 15.-

A la luz del texto del artículo 30 puede afirmarse que se ha tomado partido en punto a la discusión referida a si debía o no suprimirse todo límite a la donación de órganos entre vivos. El proyecto originario se inclinaba por la supresión de los límites, pero en la discusión en Comisión hubo fuerte presión para modificar tal solución, temiéndose que la supresión de toda limitación fomentase la comercialización de órganos. Inclusive, el referido temor llevó a algunos legisladores a sostener que debía sólo autorizarse la donación cadavérica, posición que finalmente no prosperó.-La ley ha adoptado entonces un criterio que contempla los avances en materia de histocompatibilidad y puede afirmarse, siguiendo a Rabinovich⁶ que la ley actual tiene en cuenta la relación afectiva, en situaciones que excluyen el temor de la existencia de una compraventa. Tal el caso de las donaciones entre parientes consanguíneos o adoptivos y entre concubinos.-

El ya referido artículo 15, que actúa como punto de referencia en cuanto a la configuración del tipo, contempla diversas situaciones en las que la extracción de órganos o materiales anatómicos de humanos vivos constituye la conducta prevista como pasible de sanción. La variedad de las mismas impide avizorar con precisión un solo bien jurídico como objeto de protección. Esas situaciones son:

a) "Extracción de órganos o materiales anatómicos de un incapaz". Más allá de las consideraciones hechas por Sagarna⁷ en torno a la defectuosa redacción del artículo 15 que habla de personas capaces mayores de dieciocho años cuando en rigor de verdad en la legislación argentina la capacidad se adquiere a los veintiún años, lo cierto es que la ley exige capacidad y dieciocho años cumplidos a quien va a ser donante. En punto a la capacidad y teniendo en cuenta la fundamental trascendencia del acto de

⁶ Autor citado, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Edit. Ediar S.A., Bs. As., 1991, pág. 389

⁷ Autor citado, "Los trasplantes...", págs. 142 y ss.

donación, parece razonable entender que la ley prohíbe la posibilidad de ser donante a quien es incapaz de hecho, cualquiera sea su edad.-En otros términos, quien es incapaz no puede donar sus órganos ni aun existiendo expresa anuencia de su representante legal. Es ésta la única forma de proteger a un sujeto indefenso e imposibilitado de comprender la naturaleza y los alcances del acto en el que se vería involucrado.-Como consecuencia de ello, la ablación de órganos efectuada sobre el cuerpo de un incapaz siempre va a configurar el tipo penal del artículo 30. Va de suyo, como se verá más adelante, que se supone para el encuadramiento de la conducta en el tipo, que quien ablaciona conoce esa situación de incapacidad del ablacionado.-

Por último, cabe señalar que en el caso de los incapaces también está prohibida la extracción de médula ósea, a pesar del especial tratamiento que la ley ha otorgado a este tipo de ablación. Por ende, toda ablación de médula ósea del cuerpo de un incapaz resulta penalmente típica a la letra del artículo 30 de la ley N° 24.193.-

b) "Extracción de órganos o materiales anatómicos de un menor de dieciocho años".-

Aquí, quien lleva a cabo la conducta típica es el ablacionador de órganos del cuerpo de un sujeto pasivo que no ha cumplido dieciocho años. Según las disposiciones del artículo 15 de la ley N° 24.193, en ningún caso de menores que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad es posible la autorización para ablación. No resulta válida la autorización concedida por el menor ni la que pueda prestar su representante legal.-

Lo dicho significa que la ley ha excluido del universo de los dadores de órganos a los menores de dieciocho años y ha considerado penalmente típica y lesionadora de bienes jurídicos a toda ablación en tales casos. La solución legal tiene importancia porque los últimos estudios han demostrado que frecuentemente es entre hermanos en donde se encuentra el mayor grado de similitud genética y ello implica que pueden suponerse numerosas situaciones en las que estarían en juego derechos fundamentales de menores. Por lo tanto, la ley ha tomado partido excluyéndolos derechamente como sujetos pasivos de trasplantes. Toda ablación en esos casos resulta penalmente típica, salvo el caso especial del trasplante de médula ósea que tiene un tratamiento particular, como se verá.-

c) "Extracción de órganos o materiales anatómicos de una persona sin ciertos lazos parentales con el receptor".-

La ley, en su zigzagueante postura ante el tema de los trasplantes, ha adoptado una actitud de permisividad en lo que se refiere a trasplantes entre

parientes consanguíneos o por adopción hasta el cuarto grado. También en el caso de que el trasplante sea entre cónyuges. Y por último, intentando ponerse a tono con las tendencias modernas, permite el trasplante entre concubinos, siempre que la relación tenga una permanencia de tres años cuando menos; o dos si ha habido descendencia.-

Indudablemente en estos casos contemplados como autorizados por el artículo 15 se ha valorizado el criterio de la relación afectiva que nace al calor de ciertas situaciones parentales.-

Las mencionadas por la ley y no otras son las únicas circunstancias en las que es posible el trasplante entre humanos vivos. El legislador, al adoptar este criterio, morigeró el proyecto originario que proponía suprimir todo límite a la donación entre vivos, en lo que respecta al vínculo entre dador y receptor.- Así pues, resulta penalmente típica toda ablación practicada al margen de esas limitadas autorizaciones. Y parece ocioso señalar que las autorizaciones que pueda efectuar el ablacionado fuera de aquellos casos permitidos por la ley, ninguna responsabilidad penal ha de acarrearle, aún cuando sí la generarán por autoría o por participación al médico y al equipo médico en su caso.-

d) "Extracción de órganos o materiales anatómicos sin dictamen favorable del equipo médico".-

Todo médico que va a practicar una ablación debe tener certeza en cuanto a la existencia de tal dictamen favorable a la intervención. Esa disposición, cuya inobservancia puede generar una grave sanción penal, ha sido tachada de "asombrosa" por Rabinovich⁸. Y lleva razón en tanto y en cuanto esta norma olvida que cada vez en más casos es posible practicar la intervención trasplantológica con la intervención sólo del médico que la efectúa o de otro profesional ayudante. No puede entonces hablarse de equipo médico.-Pero más allá de ello resulta indudable que siempre que el equipo o el médico practican una intervención es porque la consideran conveniente y tienen de ella opinión favorable. Ergo, siempre van a dictaminar en tal sentido, con lo que la disposición legal se convierte en un mero formulismo sin valor. Y esto desde el punto de vista penal tiene importantes implicancias porque como ya he puntualizado, en estos casos la sanción es muy grave, tanto que llega la escala penal hasta la prisión perpetua.-

⁸ Autor citado, " Régimen de....", pág. 49

e) Extracción de órganos o materiales anatómicos por médicos o equipos médicos carentes de autorización para practicarla".-

Al igual que en el caso previsto en d), el artículo 3° de la ley N° 24.193 ha previsto, con el fin de controlar la actividad trasplantológica, un procedimiento de registro y habilitación, tendiente a garantizar capacidad y experiencia en un campo en el que ambos requisitos son de crucial importancia. Como directa consecuencia de ello y como cabal demostración de la trascendencia que se otorga a dicho contralor, se impone grave sanción penal a quien practique actos médicos de ablación sin tener la pertinente autorización.-

También en función de la importancia atribuida a la cuestión la ley no distingue ya sea que se trate de médico individual o de equipo médico. El tratamiento otorgado en ambos casos es idéntico.-

Por otra parte, y teniendo en cuenta que el acto médico llevado a cabo por facultativos o equipos médicos sin autorización puede haber sido sin embargo un éxito, debo señalar que la sanción prevista puede ser exagerada. La norma, en el afán de que los órganos de control tengan intervención garantizada, no distingue en absoluto según sea el resultado de la actividad médica practicada.-

f) "Extracción de médula ósea de menores de dieciocho años sin determinados lazos, de parentesco con el receptor o sin autorización de su representante legal".-

Las particulares características del trasplante de médula ósea, tanto en lo referido a los riesgos quirúrgicos cuanto a las secuelas que puedan quedar al dador, requieren una particular regulación. Por ello es que la ley ha previsto una permisividad especial en esos casos, aceptando la posibilidad de ablación de médula ósea de un mayor de dieciocho años capaz, para trasplantarla sin limitaciones parentales. Y en lo que aquí interesa, autorizando la extracción en menores de dieciocho años, mediando autorización de su representante legal pero únicamente para trasplantarla a receptores que estén unidos por parentesco al dador.-

Dichos receptores no pueden ser otros que parientes consanguíneos o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge; o su concubina cuando la convivencia sea "no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida", lapso que quedará reducido a dos años si de dicha relación hubiere descendencia.-

Vale decir, toda ablación fuera de esos casos permitidos configura el tipo penal en análisis.-

g)" Extracción de órganos o materiales anatómicos cuando el consentimiento del dador haya sido sustituido o revocado".-

Aparece aquí con toda claridad la filosofía de la ley en punto a que la autorización del dador es un acto personalísimo (salvo en ciertos casos de trasplante de médula ósea) y que por lo tanto su consentimiento es imprescindible. Toda situación en la que el mismo falte "ab initio" resulta atrapada por el tipo previsto; pero éste también alcanza a aquellos casos en los que habiendo existido inicialmente la autorización para la ablación, la misma haya sido sustituida o revocada.-

La ley ha sido en extremo detallista pues contempla todas las posibilidades que pueden darse en punto a la autorización, la que debe mantenerse subsistente en forma permanente, aceptándose que la misma sea revocada hasta el momento mismo de la intervención. Cualquier otra solución hubiese constituido indiscutiblemente un avasallamiento intolerable de la libertad y dignidad personal.-

2) Sujeto activo.

Como principio general, debe aceptarse que la estructura del tipo penal del artículo 30 admite como sujeto activo a cualquier persona. Indudablemente la naturaleza de los actos quirúrgicos necesarios en las ablaciones para trasplante de órganos o materiales anatómicos, requieren en principio una especialización y conocimientos que sólo médicos especialistas podrán ostentar.-

Sin embargo, no resulta impensable que personal paramédico o inclusive estudiantes avanzados de ciencias médicas puedan llevar a cabo este tipo de actos médicos. Y en tal caso evidentemente van a tener el carácter de sujetos activos desde el punto de vista penal. Y en punto a la participación criminal, ella se rige, como ya he señalado al inicio de este trabajo, por las reglas generales establecidas en el Código Penal.-

3) Carácter del delito.

La ley ha tipificado un delito doloso. Quien extrae órganos o materiales anatómicos en los casos señalados por el artículo 30 debe saber que lo hace en infracción a las previsiones del artículo 15. A mi modo de ver, no resulta posible imaginar situaciones en que la conducta se lleve a cabo a título de dolo eventual. Ello es así porque la ley ha estructurado un procedimiento sumamente complejo como paso previo a la práctica de la ablación y cualquier inobservancia de un procedimiento tan minucioso en un tema tan crucial, evidentemente lleva a la existencia de una actitud dolosa directa.- Basta recordar en abono de la afirmación previa, que el artículo 15, amén de prever los casos en que la ablación es posible, señala que se requiere dictamen favorable del equipo médico. Y sobre todo, exige que se labren actas en las que conste todo lo actuado. Ello sin contar que la existencia de autorización del dador o de las circunstancias que permiten la extracción constituyen el núcleo de toda la cuestión que rodea a la operación en sí.- Teniendo en cuenta la naturaleza, complejidad y especialidad de toda la actividad previa y concomitante a una operación de trasplante, resulta indudable que las hipótesis imaginables de comisión del delito del artículo 30 han de configurarse a título de dolo directo.-

A pesar de lo dicho estimo que el tipo no impide, desde el punto de vista dogmático-jurídico, la configuración de la conducta a título de dolo eventual. Sólo afirmo que es casi inimaginable un caso concreto en el que ello pueda darse.-

4) Tentativa.

Tratándose de un delito de comisión, desde que la acción típica consiste en extraer órganos o materiales anatómicos de humanos vivos, es evidente que el tipo del artículo 30 es pasible de configurarse en grado de tentativa.-Juegan también aquí los principios generales del Código Penal y en consecuencia habrá tentativa de extracción de órganos cuando el agente, con la intención directa de llevar a cabo tal actividad comience su ejecución, viéndose imposibilitado de consumarla por motivos ajenos a su voluntad. La doctrina argentina ha abundado en estudios y análisis en punto al instituto de la tentativa y a sus requisitos por lo que se hacen innecesarias aquí mayores precisiones.-

5) Bien jurídico tutelado.

Casi a modo de prólogo, señalé que uno de los principales defectos de la ley N° 24.193 era la falta de definición precisa del bien jurídico que se ha intentado proteger con los tipos penales estructurados en el capítulo VIII. Digo ahora que el legislador ha puesto de resalto sus dudas, temores y preocupaciones frente a este tema, especialmente al redactar esta norma, -Ante todo y siguiendo el texto del artículo 30, pareciera poder afirmarse que el bien jurídico resulta complejo o, dicho de otro modo, hay más de un bien o interés jurídicamente tutelado. Ello es así porque si se atiende a los tipos a los que antes he hecho referencia, puede verse que algunos de ellos buscan sancionar conductas ablacionarias que se produzcan sin el consentimiento debido. Otros en cambio, parecen tener como objeto de protección el control que sobre la actividad trasplantológica se quiere ejercer. Finalmente, y para complicar aún más la situación, otros casos se han excluido de la protección en base a la existencia de sentimientos derivados de ciertas relaciones parentales.-

Como prueba de lo señalado anteriormente, los casos contemplados como acápite a), b), f) y g) del punto 1 (Conducta típica) demuestran a las claras que la extracción de órganos sin el consentimiento del dador o sin consentimiento válido, son considerados, violatorios del derecho de toda persona a preservar su integridad corporal. Esa situación amerita entonces consagrar como figura delictiva aquellas conductas que obvian la exigencia de tal consentimiento como paso previo a la ablación.-En cambio, los incisos d) y e) hacen hincapié en conductas que devienen típicas porque por su naturaleza han imposibilitado el control que el Estado quiere mantener sobre toda la actividad trasplantológica. Ese control es considerado por la ley de una importancia notable. Se pretende así preservar la actividad en materia de trasplantes para que sea desarrollada por médicos y equipos médicos con alto grado de preparación, especialización y experiencia.-

Como contrapartida de ello, todo acto médico que sea llevado a cabo eludiendo ese control es considerado altamente peligroso y por lo tanto penalmente típico y duramente castigado. Adviértase que se llega hasta el punto de prever una sanción equiparable en su máximo a la pena por el delito de homicidio calificado, para conductas que pueden no haber causado daño efectivo alguno desde el punto de vista del resultado médico de la actividad. En efecto, la pena resulta aplicable cuando se ha practicado la intervención

por médicos no autorizados o sin la opinión favorable del equipo médico y aún cuando la operación haya sido un éxito.-

Esto es lo que surge del análisis dogmático. Claro está que deberá reflexionarse seriamente respecto a si es ésta una muestra de política criminal seria y coherente. En rigor de verdad pareciera darse aquí un exceso en la represión que puede incluso llegar hasta a poner en cuestión la validez de la norma por violatoria del principio constitucional de racionalidad y de humanidad de las penas.-

Lo dicho sin contar con que la estructura de los tipos, por ser abierta y poco precisa, agrava si cabe la situación, exigiendo en suma una pronta modificación.-

Volviendo ahora al tema del bien jurídico, la ley N° 24.193 permite la ablación para que los órganos sean implantados en personas unidas al dador por determinada relación parental. Ha sido así morigerado el principio de la prohibición absoluta de ablación en humanos vivos.-

Sin embargo, los casos permitidos no guardan coherencia frente a otros que resultan prohibidos. Me refiero a que si se autoriza el trasplante entre parientes por adopción hasta el cuarto grado o entre concubinos con una cierta estabilidad en la relación (3 ó 2 años según los casos), no parece razonable negar la posibilidad del trasplante cuando se trata de llevarlo a cabo entre personas que mantienen una relación de noviazgo o de amistad íntima. Estos últimos ejemplos parecen resultar tan válidos como el caso del concubinato, si es que se justifica la autorización debido a la existencia de una particular relación sentimental entre dador y receptor.-Es esta otra cuestión que deberá tenerse en cuenta a los efectos de meditar sobre la necesidad de una futura reforma que aporte una mayor dosis de coherencia al sistema de la ley.-

En punto a este aspecto, ya la jurisprudencia nacional ha producido resoluciones que implican una ampliación "contra legem" de los casos en que se consideran permitidos los trasplantes. En tal sentido, Fernando Sagarna ha publicado un interesante comentario a fallo en el diario "El Derecho" de fecha 2 de julio de 1997, que ha titulado "Trasplantes de órganos inter vivos entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos por éste". El citado autor recuerda allí decisiones judiciales que permiten trasplantes en casos no autorizados según una interpretación ajustada de la ley y sirviéndose para ello de fundamentaciones éticas, morales y aún de sustancia utilitaria.-

6) Pena.

El artículo 30 de la ley N° 24.193 prevé para las conductas delictivas que contempla, una escala penal que lo configura como un delito que tiene prevista sanción gravísima. Ello es así porque el mínimo es de cuatro años de prisión o reclusión y el máximo es la prisión o reclusión perpetua.-Resulta evidente que la amplitud del espectro de conductas que contempla el artículo 30 como sancionables y la notable disimilitud de ellas requieren una escala penal de considerable flexibilidad. Sin embargo, como demostración de técnica legislativa, la ley es en este caso un ejemplo de lo que no debe hacerse. Adviértase que la pena prevista es en su máximo notablemente más grave que la del delito de homicidio. Y no debe olvidarse que esa pena se posibilita o se amenaza para conductas que si bien son típicas y lesionan un bien jurídico, en muchas ocasiones la lesión consiste en la falta de adecuación al procedimiento de control previsto por el artículo 15, ya que la intervención quirúrgica en sí puede haber sido todo un éxito.-Indudablemente, la prudencia de los jueces ha de morigerar en gran medida este aspecto criticable de la ley. A pesar de ello una pronta reforma ha de ser necesaria para precisar los bienes jurídicos que se quiere proteger; para delinear claramente los tipos; para separarlos adecuadamente y finalmente, para establecer en cada caso escalas penales acordes.- En tanto lo anterior no se lleve a cabo va a persistir la situación actual, en la que una operación de trasplante llevada a cabo por un médico no autorizado, aún efectuada con éxito, va a encontrarse amenazada con la pena del artículo 30 que en su máximo es, como ya dije, sensiblemente mayor que la del homicidio. Y que, escala penal por escala penal, es notablemente más grave que la pena prevista para las lesiones gravísimas, sancionadas con pena de tres a diez años de reclusión o prisión.-

De igual modo, una operación de trasplante de riñón, con una relación sólo de noviazgo entre dador y receptora mayores de edad, llevada a cabo con todo éxito, con autorización de ambos y sin otras secuelas que las normales en estos casos, también va a ser conducta típica a la letra del artículo 30 y en consecuencia pasible de una pena concreta seleccionada entre un mínimo de cuatro años y un máximo de reclusión o prisión perpetua. El bien jurídico lesionado por el caso que he puesto como ejemplo, según el mensaje del proyecto de ley y las discusiones parlamentarias, parece ser el control tendiente a evitar la comercialización de órganos. Si ello es así, un delito de peligro abstracto como el que existiría en el último ejemplo dado, aparece con un exceso en la represión.-

Finalmente merece destacarse que a pesar de lo draconiano de la pena prevista por el artículo 30, curiosamente no prevé sanción de inhabilitación para el sujeto activo.-

B) Art. 29: "Extracción indebida de órganos y materiales anatómicos cadavéricos".

1) Conducta típica.

La ley N° 24.193 establece como merecedora de sanción a la "extracción indebida" de órganos y materiales anatómicos de "cadáveres". A pesar de su aparente sencillez, esa disposición del artículo 29 nos coloca ante dos temas cruciales que la norma legal ha tratado en forma previa en el capítulo VI: el concepto de muerte y la naturaleza del cadáver y su disponibilidad.- Indudablemente, con cada uno de estos temas pueden escribirse tratados, y de hecho así ha ocurrido. Aquí solamente he de delinear esos puntos a fin de poder efectuar un análisis del tipo penal.-

En cuanto a la cuestión de la muerte, por siglos ha sido ésta considerada el momento en que la vida se apaga y su producción ha estado relacionada con el corazón. En otras palabras, en el corazón se encontraba el núcleo de la vida y el cese de la actividad de éste signaba la muerte. Como bien recuerda Fernando Sagarna⁹, ha sido la aparición de la técnica de los trasplantes de órganos la que generó un cambio en los criterios imperantes. Señala el autor citado que a partir de entonces han aparecido diversos conceptos de muerte que él recuerda: "Absoluta o relativa"; "total o parcial"; "aparente o real"; "biológica"; "psíquica"; "social"; "metabólica"; "cerebral"; "encefálica"; etc., etc. En definitiva y bien mirados, muchos de estos conceptos intentan dejar establecido que la muerte se produce en un momento en el que los órganos del sujeto aún no se han convertido en inservibles para practicar los trasplantes.-

Por eso es que entran en juego aquí como quizás en ninguna otra cuestión, aspectos filosóficos, éticos, religiosos, morales, sociales y jurídicos de discutida resolución. Limitándome al aspecto jurídico diré que todas las leyes dictadas en el país reguladoras de los trasplantes de órganos han definido a la muerte, avanzando así en comparación a lo establecido por el artículo 103 del Código Civil.-

⁹ Obra citada, pág. 199.

Esta tendencia a definir la muerte nace con la ley N° 21.541 que en el artículo 21 establecía que ella "consiste en el cese total e irreversible de las funciones cerebrales". La ley N° 23.464 por su parte dispuso, según reza su artículo 21, que la muerte se manifiesta por "cesación total e irreversible de las funciones encefálicas cuando hubiese asistencia mecánica". Por último, la vigente N° 24.193, en su artículo 23 contiene la definición que ya en páginas anteriores he transcrita y que destaca por su complejidad y variedad de requisitos de comprobación.-

Cada una de estas definiciones ha tenido la pretensión de zanjar la cuestión referida a cuándo se produce el fin de la existencia de las personas. Y cada una de ellas ha debido ser modificada a poco andar, intentando precisar mejor la definición. Esto demuestra lo espinoso del asunto y deja como conclusión que es más que probable que muy pronto, a raíz de nuevos avances técnicos, una nueva reforma nos ponga en situación de tomar nota de que la muerte no se produce como hoy, según lo dispone el artículo 23, sino de algún otro modo.-

En suma, desde siempre el hombre "se ha muerto"; ahora y desde hacen unos pocos años "lo declaran muerto" que es cosa muy distinta y harto escabrosa se la mire por donde se la mire.-

Pero, desde el punto de vista dogmático ninguna duda cabe que la ley N° 24.193 en su artículo 23 establece el procedimiento para constatar la muerte de una persona. Y ese procedimiento tiene validez para todo el ordenamiento jurídico argentino y no sólo para el ámbito de lo trasplantológico. Es ese y no otro el camino a seguir según el derecho argentino y por lo tanto en todo procedimiento de trasplante ha de contemplarse el mismo so pena de incurrir en el delito previsto en el artículo 30 de la ley, toda vez que si no se sigue aquél procedimiento no se habrá probado la muerte y por consiguiente la extracción de órganos no habrá sido de un cadáver sino de una persona viva. Y en su caso, según sean las consecuencias de la ablación, podremos encontrarnos incluso frente a un homicidio en los términos del artículo 79 del Código Penal.-

En otras palabras, previo a efectuarse cualquier acto quirúrgico de trasplante, han de observarse todos los pasos previstos por la ley en su artículo 23 para determinar la existencia de un cadáver. Pero además de determinarse la existencia de un cadáver deben observarse todas las demás requisitos de fondo y de forma previstos por la ley, para que la extracción no sea "indebida".-

Ahora bien, el segundo tema crucial, es decir, el referido al cadáver, o "CARO DATA VERminibus" (carne entregada a los gusanos), según recuerda

Domingo Basso O.P.¹⁰, exige la determinación de su naturaleza jurídica y de su disponibilidad. Ello es así porque, como señala Cifuentes, "la muerte al destruir al hombre extingue la persona"¹¹. En consecuencia, producida la muerte es menester establecer el status jurídico del cuerpo inerte, vale decir, de qué modo se lo considera frente al ordenamiento jurídico.-Sobre el punto, en la doctrina se han explicitado numerosísimas disposiciones. A muchas de ellas las menciona Sagarna¹² y a él me remito en honor a la brevedad, omitiendo entonces toda referencia a la naturaleza jurídica del cadáver y a su comercialidad. Estos aspectos son detalladamente expuestos por el autor que acabo de mencionar. Sólo señalo que de una rápida lectura de esas páginas se desprende que hay autores que le niegan al cadáver el carácter de cosa; otros se la reconocen pero únicamente de modo parcial; otros afirman que es cosa pero extra commercium; otros que es cosa y que hay tendencia a considerarlo como pasible de ciertos actos jurídicos; etc., etc.-

Lo cierto es que la conclusión a la que puede llegarse es "sui géneris". Uso a conciencia esa expresión porque normalmente los juristas utilizan la locución "sui géneris" cuando resulta imposible precisar un concepto o su naturaleza. Sagarna¹³ lo patentiza afirmando que el cadáver "es una cosa sui géneris". Esto viene a demostrar la situación de indefinición en la que la doctrina se encuentra respecto a la naturaleza jurídica del cadáver.- A pesar de ello, no puede negarse que en relación a los cadáveres se practican y se han practicado desde antaño numerosos actos jurídicos. Ese y no otro es el carácter que tienen aquellos trasposos e intercambios de cadáveres entre un instituto de investigación y otro. O, yendo más allá, todas

¹⁰ Autor citado, " Nacer y morir con dignidad "; bioética, 3ra. edic, Edit. Depalma, Bs.As., 1993, pág. 425.

¹¹ Autor citado, " Derechos personalísimos", 2da. Edic., Edit. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 403.

¹² Autor citado, " Los trasplantes..... ", pág. 211 y ss.

¹³ Autor citado," Los trasplantes ", pág. 223.

aquellas transacciones sobre cadáveres o partes de ellos que se producen por las necesidades de los estudiantes de medicina.-

Tengo la sensación de que los avances científicos, el aumento de la actividad trasplantológica y la modificación de las concepciones sociales respecto a los cadáveres va trayendo como consecuencia la sustitución de conceptos en estos tópicos o, cuando menos, la modificación de sus alcances. Lo prudente entonces es llevar a cabo medulosos análisis, con equilibrio y sin dejarse ganar por el sentido crematístico que conlleva la racionalidad tecnológica de la posmodernidad a la que me he referido al comienzo de este trabajo. Va de suyo que resulta necesario igualmente evitar todo quietismo o actitud refractaria en punto a los avances que necesariamente deben ser aceptados.-Ahora bien, en cuanto a la conducta típica propiamente dicha, es decir, la "extracción indebida" de órganos o materiales anatómicos de cadáveres, la acción típica aparece en estrecha relación con las previsiones de los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 27 de la ley. Estos disponen la prohibición de ablación en ciertas circunstancias. La extracción de órganos en violación de dichas prohibiciones implica que la misma es una "extracción indebida" y por lo tanto encuadrable en el delito que contempla el artículo 29 de la ley.-Lo anterior implica que habrá "extracción indebida de órganos o material anatómico cadavérico" toda vez que: 1) se lleve a cabo la extracción sobre cadáveres sin contar con la autorización exigida por el artículo 19. 2) se lleve a cabo la extracción cadavérica sin tener la autorización contemplada en el artículo 21. 3) se lleve a cabo la extracción sobre cadáveres de pacientes que hayan estado internados en institutos neuropsiquiátricos. 4) o sobre cadáveres de mujeres en edad gestacional sin haberse verificado la inexistencia de estado de embarazo. 5) o se lleve a cabo la ablación por el profesional que atendió y trató la última enfermedad de la persona cuyo cadáver se va a ablacionar. 6) o se lleve a cabo por los profesionales que diagnosticaron la muerte de la persona sobre cuyo cadáver se va a practicar la extracción.-

2) Sujeto activo.

El texto del artículo 29 permite atrapar como sujeto activo a cualquier persona que practique ablaciones indebidas sobre cadáveres, aún sin título en alguna rama del arte de curar. Es indudable sin embargo que ha de resultar muy difícil, dada la complejidad técnica de los procedimientos quirúrgicos, que alguien sin título realice las conductas previstas por la norma. Sólo cabe imaginarse, como ya señalé anteriormente, a estudiantes avanzados de medicina que eventualmente se atrevan a llevar a cabo las conductas típicas.-

En rigor de verdad, a quien apunta el tipo penal del artículo 29 es a los profesionales del arte de curar o a quien ejerza actividades de colaboración del arte de curar. A ellos se los menciona expresamente en la norma y para ellos está prevista además una pena de inhabilitación especial aplicable en forma conjunta con la privativa de libertad que contiene el artículo. La referencia a quienes ejerzan actividades de colaboración evidentemente se refiere a labores de naturaleza técnica, como por ejemplo, instrumentistas, personal de anestesiología, personal de enfermería.-

3) Carácter del delito.

Se trata de un delito doloso. A mi modo de ver y dadas las características de la actividad reprimida, admite incluso el dolo eventual como elemento subjetivo configurante del tipo. Consiste entonces, en primer lugar, en llevar a cabo la actividad a sabiendas de que se despliega la misma fuera de los casos autorizados y ello configurará el dolo directo. O se la cumple de modo tal que, representándose la posibilidad de tratarse de una situación no autorizada, se acciona de todos modos con una actitud anímica egoísta y de asentimiento o consentimiento ante la posibilidad del resultado típico. Y ello constituirá el dolo eventual.-

Cierto es que, dada la estricta regulación de la actividad trasplantológica es difícil pensar en ejemplos en los que pueda darse una situación de dolo eventual. Sin embargo, desde el punto de vista de la dogmática penal ello me parece perfectamente posible.-

Por otra parte, a diferencia de lo que sucedía con la ley anterior, no se exige ahora propósito de lucro como elemento constitutivo de la intención que guía al autor. Es entonces la nueva disposición de mayor amplitud que la de la ley que rigiera precedentemente.-

4) Tentativa.

Teniendo en cuenta la naturaleza y características de las conductas típicas es evidente que este delito puede quedar en grado de tentativa. Toda vez que se haya dado comienzo de ejecución a alguna de las conductas típicas y se haya producido la situación de imposibilidad de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, se habrá dado una situación de tentativa. Las reglas de la parte general del Derecho Penal imperan aquí sin limitación alguna.-

5) Bien jurídico tutelado.

Analizando las conductas reprimidas, rápidamente puede advertirse que no hay un bien jurídico definido y preciso. Se trata de evitar la ablación de órganos de cadáveres en ciertos casos o circunstancias, pero las situaciones no autorizadas son tan disímiles que se dificulta sobremanera la determinación del bien jurídico tutelado.-

Los casos que he individualizado como 1) y 2) en el acápite referido a la conducta típica parecieran delinear como bien jurídico protegido a la necesidad de que exista la debida autorización. A su vez esa exigencia de autorización en todo caso de ablación viene a demostrar que se pretende proteger la voluntad expresada en vida por el sujeto cuyo cadáver va a ser ablacionado o la existencia de una voluntad sustitutiva de aquella. En otras palabras, la ley tiende al parecer a proteger la libre disposición sobre el propio cadáver o del de personas ligadas por vínculos parentales. La norma le da así un particular valor al cadáver.-

Tanto es ello así que prevé para el caso de inexistencia de la autorización de la persona o de sus parientes, un procedimiento reglado tendiente a que sea una autoridad judicial la que expida la autorización y de ello queden las pertinentes constancias.-

Esto último pareciera agregar como otro aspecto a tutelar en carácter de bien jurídico, la existencia de un preciso control estatal sobre todo lo referido a autorizaciones para la extracción de órganos cadavéricos.-Ahora bien, la situación de cierta falta de precisión respecto al interés jurídico tutelado se patentiza aún más si se tiene en cuenta que los casos de cadáveres de pacientes de institutos neuropsiquiátricos y de mujeres en edad gestacional (casos 3 y 4) que dan lugar a ablaciones indebidas, han sido incluidos a raíz de situaciones de corte casi anecdótico que fueron puestas en conocimiento de la comisión redactora de la ley, como recuerda Rabinovich¹⁴.-

En el primero de ellos se trata de evitar en lo absoluto la posibilidad de trasplantes de órganos cuando se trata de pacientes que hayan estado internados en institutos de especialidad neuropsiquiátrica. Evidentemente se trata de una norma de excesiva amplitud porque de su redacción puede extraerse como conclusión que el cadáver de cualquier persona que haya padecido en cualquier tiempo una internación de ese tipo va a estar excluida

¹⁴ Autor citado, " Régimen de..... ", págs. 72/73

de la posibilidad de ser ablacionada, aún cuando posteriormente se encuentre en plena posesión de sus facultades mentales.-

A primera vista, del texto expreso de la ley se desprende que cualquiera haya sido el motivo y la duración de la internación, la posibilidad de que se practiquen trasplantes desaparece. Una interpretación de tal calibre carece de logicidad pues en muchas ocasiones las internaciones serán debidas a procesos patológicos que no inhiben a posteriori el pleno uso y goce de las facultades mentales, como por ejemplo en los casos de existencia de cuadros depresivos.-

Vale decir, si alguien ha estado internado aún por un corto período de tiempo a raíz de un proceso depresivo luego superado y fallece muchos años después, su cadáver se va a encontrar dentro de los casos en que se prohíbe la ablación.-

Esta interpretación, que es la que parece corresponder a la letra de la ley, amerita una pronta reforma que precise soluciones a esos casos y que establezca criterios de razonabilidad. En el ínterin habrán de ser los jueces quienes deberán intentar interpretaciones "intra legem" que posibiliten una aplicación de la ley acorde a los principios que la informan y a los intereses en juego.-

Pero lo cierto es que, en lo que respecta a la cuestión del bien jurídico tutelado en esos casos, el mismo no aparece fácilmente delineable.-

Y otro tanto ocurre con el ya mencionado caso de las ablaciones sobre cadáveres de mujeres en edad gestacional sin la verificación de inexistencia de embarazo en curso. Pareciera que aquí el interés jurídico tutelado es la vida de un eventual feto que pudiera estar gestándose en el cadáver. Se trata de evitar el peligro de que se practiquen maniobras de ablación de órganos sobre el cadáver de una gestante. Siendo un lego en la materia, me atrevo sin embargo a afirmar que si se tiene presente el procedimiento y las horas que requiere el mismo para que la muerte sea certificada, esta preocupación por un eventual estado gestacional aparece inocua pues ese eventual feto ya habrá muerto cuando sobre el cadáver se lleve a cabo la verificación de ausencia de embarazo.-

Pero no acaban aquí los inconvenientes que plantea el artículo 29 en orden al bien jurídico. Ello es así porque otras conductas que quedan por él atrapadas son la ablación sobre cadáveres practicada por los profesionales que diagnosticaron la muerte y la ablación sobre cadáveres practicada por los profesionales que atendieron y trataron la última enfermedad.-

En estas dos situaciones y extremando la labor interpretativa, pareciera que el bien jurídico tutelado es la vida de pacientes que puedan ser declarados

muerdos por los galenos que los han atendido durante la última enfermedad o que hayan diagnosticado su muerte. Se intenta al parecer evitar que por una actitud de ligereza y con el afán de proceder raudamente a la ablación, se actúe irregularmente en cuanto a la correcta observancia de los procedimientos para diagnosticar la muerte.-

Una última reflexión creo que debe aquí efectuarse y es que el legislador ha demostrado una notable desconfianza respecto a los profesionales médicos. Indudablemente esa es la única justificación de tamaña norma reguladora.- En definitiva es la misma desconfianza que surge respecto a todos los casos que prevé este artículo 29 y que ha llevado a la estructuración de tipos abiertos o de peligro abstracto, en relación a los cuales una importante mayoría de la doctrina penal advierte sobre sus peligros e inconvenientes.-Los peligros e inconvenientes de aquellos tipos abiertos se patentizan cuando se toma nota de que según las disposiciones de este artículo 29, si se produce la ablación de órganos de un cadáver de una mujer en edad gestacional sin la verificación previa de la ausencia de embarazo, el médico que practique aquella va a ser pasible de una pena que puede llegar a los seis años de prisión y hasta diez de inhabilitación. Y esto a pesar de que la mujer no haya estado embarazada y a pesar también de que el implante posterior a la ablación haya sido todo un éxito y se salven así varias personas. Hay aquí demostración de falta de claridad de ideas y de rigor científico en punto a la cuestión del bien jurídico.-

6) Pena.

Atendiendo a la pena prevista por la ley, que es de dos a seis años de prisión e inhabilitación de dos a diez años, este delito ha sido configurado como de gravedad intermedia, según los parámetros de la legislación argentina. Pero, teniendo en cuenta las conductas que reprime y el hecho de ser un delito de peligro, la escala sancionatoria resulta excesiva. A fin de graficar la circunstancia que vengo apuntando basta comparar la escala penal antedicha con la que prevé el artículo 84 del Código Penal para el delito de homicidio culposo, la que va de seis meses a tres años de prisión. Resulta notoria la desproporción entre la pena prevista para una ablación practicada en el cadáver de un paciente de institución neuropsiquiátrica y la que amenaza a quien causa una muerte por imprudencia o negligencia. Es este un punto para reflexionar en una futura reforma.-

Debo señalar además que a tenor de la pena amenazada, quien sea encausado por las conductas previstas en el artículo 29 va a encontrarse en posibilidad

de obtener la excarcelación según la mayoría de las legislaciones procesales del país. Y también va a existir la posibilidad de la aplicación de una condena de ejecución condicional, teniendo en cuenta que el mínimo de la escala es de dos años de prisión.-

C) Art. 28 "Comercialización de órganos y materiales anatómicos".

1) Conducta típica.

Una atenta lectura de la norma permite apreciar que, en principio, tres son los tipos penales que ella contiene, toda vez que las conductas que la misma atrapa son: a) "dar u ofrecer beneficios de contenido patrimonial o no patrimonial, en forma directa o indirecta, a un dador o a un tercero, para la obtención de órganos o materiales anatómicos", b) "recibir o exigir beneficios patrimoniales o no, o aceptar promesas, directa o indirectamente, por sí o por terceros y para sí o para terceros, para lograr la obtención de materiales anatómicos", c) "intermediar con propósito de lucro en la obtención de órganos o materiales anatómicos".

La primera de las figuras mencionadas deviene de la que preveía el artículo 28 de la ley anterior (N° 21.541), con el aditamento de pena de inhabilitación. Se sanciona tanto el "dar" como el mero "ofrecimiento" de cualquier tipo de beneficios, lo que significa que el delito se consuma aún cuando el ofrecimiento no sea aceptado, por lo que el tipo es sumamente amplio. Además, el dar o el ofrecer se refiere a todo tipo de ventajas o intereses. Respecto a éstos, la amplitud de la norma permite atrapar inclusive al ofrecimiento de favores sexuales, como a título ejemplificativo sostiene Rabinovich¹⁵. Evidentemente, no hay cortapisa alguna en lo que se refiere a la naturaleza de lo dado u ofrecido siempre que no se excedan los criterios de lógica. Se trata de una previsión de una gran amplitud.- Por otra parte, la norma nada dice en lo atinente al destino de los órganos, de lo que se deduce que cualquiera sea el mismo, de todas maneras la conducta resulta típica. La razonabilidad de tal extensión está en estrecha relación con la intención protectora de la ley, vale decir, con el bien jurídico protegido, cosa a la que luego he de referirme.-

¹⁵ Autor citado, " Régimen de trasplantes.... ", pág. 77

El segundo de los tipos penales del artículo 28 (el del inciso b) de la ley incrimina varias conductas. Ante todo, se sanciona al que "recibiera" cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, directamente o por intermedio de terceros y ya sea para sí o para terceros. Esta conducta viene a ser la contracara de la que se tipifica en el inciso anterior (el que diere) y evidentemente se consume con la percepción del beneficio. Ese beneficio percibido debe ser con la finalidad de hacer que alguien obtenga órganos o materiales anatómicos. No se requiere que esos órganos sean efectivamente obtenidos por el interesado, resultando conducta suficiente la percepción del beneficio con la finalidad señalada.-

Esta norma tiene aún mayor amplitud pues según su texto, atrapa también a quien se limita a "aceptar una promesa" de beneficio directa o indirecta, para sí o para tercero. Vale decir, la ley en búsqueda de proteger el bien jurídico pretende sancionar hasta el solo hecho de aceptar una promesa, pues ese es el momento en que se consume el delito. La enorme extensión del campo sancionatorio resulta llamativa. Se configura así un delito de peligro abstracto con un alcance de enormes e imprecisas dimensiones.-Por último, el inciso b) del artículo 28 tipifica como delictiva la "exigencia" para sí o para terceros de cualquier beneficio de contenido patrimonial o no, para que el "exigido" logre la obtención de órganos o materiales anatómicos. Esta disposición pareciera tender a frenar la posibilidad de la venta de órganos por parte de personas en angustiosa situación económica. La conducta típica queda consumada en el momento en que se presenta la exigencia, no siendo necesaria la obtención de lo exigido.-En suma, el inciso b) penaliza la recepción y la exigencia de beneficios; y también la aceptación de una promesa de beneficios. Siendo ello así, pareciera un error de técnica legislativa el equiparar conductas disímiles y de muy diversa gravedad como la de "recibir" beneficios y la mera "aceptación de una promesa". -

Finalmente, el inciso c) del ya citado artículo 28 sanciona al que "intermediara" en la obtención de órganos o materiales anatómicos, ya sea de personas o de cadáveres, siempre que la conducta se despliegue con propósito de lucro.-

La intermediación con propósito de lucro casi no puede concebirse si no se piensa en el traficante de órganos. Indudablemente, es altamente criticable que se equipare (al menos en lo referido al monto de la sanción) a tan siniestro personaje con aquellos sujetos que, por determinadas situaciones personales críticas recibieren o incluso exigieren beneficios. Esto queda claramente expuesto si pensamos en quien, por necesidad económica, está

dispuesto a vender un órgano propio. Aún cuando esta conducta merezca reproche, no parece tener punto de comparación con la que despliega el traficante de órganos.-

Del mismo modo resulta criticable que no se haya incluido a quien resulta ser intermediario a título gratuito. Teniendo en cuenta lo abarcativo de los tipos contemplados en este artículo no parece tener explicación esa omisión.-El delito del inciso c) del artículo 28 queda consumado al momento de producirse la intermediación con el especial elemento subjetivo que la figura requiere (propósito de lucro), sin que sea necesario que se produzca el resultado que la intermediación persigue, esto es, que alguien ponga a disposición de otro sujeto determinados órganos o materiales anatómicos como consecuencia de aquella intermediación.-

2) Sujeto activo:

Al igual que en los tipos de los artículos 29 y 30, que luego se analizarán, en este artículo 28 cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. Todo individuo con capacidad de reprochabilidad penal puede ser autor del mismo. Y especialmente pueden ser sujetos activos médicos o personas que realizan actividad de colaboración del arte de curar. Teniendo en cuenta el ámbito regulado legislativamente estas precisiones contenidas en el articulado resultan naturales.-

3) Carácter del delito. Tentativa.

Es un delito doloso que exige una finalidad precisa como es la de obtención de órganos o materiales anatómicos. En ciertos casos exige además un elemento subjetivo especial como lo es el propósito de lucro. Tal es el caso del inc. c) del artículo 28. Por ello es que la intermediación que no tenga propósito de lucro queda fuera del campo de la tipicidad de esta norma.-Dada la estructura de los tipos no resulta posible la tentativa, salvo quizás en el caso del inciso c) del artículo 28. Ello es así porque quien no llega a "dar" porque sólo alcanzó a "ofrecer" ya consumó el ofrecimiento de beneficios del inciso a). Y quien no alcanzó a "recibir" porque el iter criminis se interrumpió luego de "exigir", ya consumó de igual modo el tipo del inciso b).-

Dije que en el caso del inc. c) podría configurarse tentativa porque es posible imaginar a un sujeto que contacte a un potencial interesado en la obtención de órganos y a cambio de una suma de dinero le ofrezca sus servicios, viendo

luego frustrada esa intermediación por la falta de quien esté interesado en la entrega de los órganos. Respecto a esto, Sagarna en su obra ya varias veces citada, sostiene que ni siquiera en este supuesto del inc. c) es posible la tentativa, por cuanto el delito se consuma con la sola intermediación.-Es éste un tipo penal abierto, poco preciso y que, como ya señalé, no distingue debidamente entre conductas que tienen notorias diferencias entre sí desde el punto de la reprochabilidad penal que corresponde efectuarles. La sanción de leyes penales que estructuran tipos penales de aquellos llamados de "peligro" o de "peligro abstracto" encierra serios inconvenientes sobre todo porque se hace difuso tanto el verdadero alcance de los tipos como el propio bien jurídico protegido. Y esa falta de precisión invariablemente termina atentando contra el principio de reserva penal. Hay en la legislación argentina sobrados ejemplos de ello, los que son por todos conocidos, por lo que omito aquí mayores precisiones sobre el punto.-

4) Bien jurídico tutelado.

Atendiendo al texto de las figuras delictivas que contiene el artículo 28 de la ley, el bien jurídico tutelado en primer lugar resulta ser el mantener a la práctica trasplantológica fuera de todo sistema de comercialización en lo que respecta a los órganos y materiales anatómicos. La persecución de toda actividad que conlleve el ofrecimiento, otorgamiento, recepción o exigencia de beneficios o aún promesas de beneficios para la obtención de órganos así lo certifica.-

La ley argentina ha adoptado así decidida y definida postura respecto a la cuestión de la posibilidad de la comercialización de órganos. Se ha enrolado junto a numerosas legislaciones como las de Bélgica, Canadá, Colombia, Gran Bretaña y otras muchas¹⁶ que prohíben y sancionan penalmente toda conducta de ofrecimiento o recepción de beneficios pecuniarios o de otra naturaleza para la obtención de órganos o materiales anatómicos.-Sin embargo, el artículo 28, debido a la estructura del tipo que contiene, vale decir, debido a que sólo sanciona determinadas conductas cuando persiguen "lograr la obtención" de órganos o materiales anatómicos, deja fuera del campo de lo sancionatorio a las "gratificaciones" posteriores que puedan

¹⁶Sagarna Fernando, " Los trasplantes", págs. 361 y ss.

darse a raíz de haberse producido la obtención de materiales u órganos. Por ejemplo, si a raíz de la autorización regularmente concedida por parientes de una persona fallecida para la ablación de órganos que son implantados en un tercero, éste luego de su recuperación decide gratificar a los parientes autorizantes y éstos aceptan tal beneficio, no resultarían atrapados por la disposición del artículo 28 puesto que no han recibido el beneficio "para la obtención". Y lo mismo cabe decir de quien entregó la gratificación.- Esto puede significar que el pretendido alcance de la norma pierda buena parte de su eficacia en lo atinente a evitar la comercialización de órganos en la Argentina. Valga lo dicho sin hacer referencia a otro grave problema que resulta previsible en estos casos y es el referido a la cuestión probatoria. Indudablemente va a resultar sumamente difícil desde el punto de vista procesal la determinación de las circunstancias que exige el tipo.-

5) Pena.

Se sancionan las conductas descriptas por el artículo 28 con pena de prisión de seis meses a cinco años de prisión. Y con pena conjunta de inhabilitación especial de dos a diez años en el caso de que el autor sea profesional médico o que realice actividad de colaboración en el arte de curar.-Se trata de una escala penal con un máximo que excede en poco el margen de las denominadas penas de corta duración. Directa consecuencia de ello es que durante el trámite del proceso la excarcelación del encausado va a ser la regla y existen altas probabilidades de que la condena resulte de ejecución condicional en una buena proporción de casos. Este señalamiento lo hago sin tono crítico. Sólo pretendo dejar establecido un dato objetivo que emana del texto de la ley.-

Este artículo 28, que conjuntamente con el 29 y el 30 son los únicos que tienen prevista pena privativa de libertad, es el que prevé la escala penal de menor entidad. Hubiera sido entonces esperable, al menos en este caso, que el legislador, a fin de ponerse a tono con la moderna política criminal, hubiese previsto penas alternativas con la finalidad de dar mayor eficacia al sistema. Sin embargo, se ha limitado a ceñirse al viejo esquema de las penas del artículo 5 del Código Penal sin permitirse innovar en esta materia.-Por otra parte, las penas de inhabilitación, al menos las previstas en los artículos 28 y 29, generan dudas en cuanto a su eficacia como sanción que tenga fines resocializadores o que pueda cumplir con tales finalidades. En efecto, si a los galenos condenados se les impide laborar en lo único para lo que son expertos o están capacitados, la resocialización perseguida por la

pena seguramente va a verse seriamente dificultada. Y no debe olvidarse que aquí esa inhabilitación no tendrá que ver, muchas de las veces, con un actuar con culpa profesional, negligente o imprudente, sino con conductas de alta complejidad y exitosas que han sido efectuadas al margen de las autorizaciones legales.-

No parece ser la pena de inhabilitación la que mejor consulte a los fines de la pena, según las concepciones de la penología moderna.-

D) Art. 32: "Incumplimiento médico a la obligación de informar impuesta por los artículos 26 y 8".

1) Conducta típica.

Se sancionan aquí dos tipos de omisiones. La primera es la referida a aquella en que incurre el médico que no comunica a la autoridad del establecimiento correspondiente y a la autoridad de contralor, la existencia de pacientes con los signos del artículo 23 de la ley, vale decir, con signos de muerte cerebral, según lo impone el artículo 26. La segunda conducta omisiva prevista es en la que incurre todo médico que diagnosticare a un paciente una enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante y omitiere comunicar el hecho a la autoridad de contralor, según lo prevé el artículo 8.-En cuanto a la primera de esas omisiones, se genera así una obligación en cabeza de todo profesional médico que a consecuencia de su labor profesional toma conocimiento de la existencia de una persona con aquellos signos. Conocida tal situación, el galeno debe proceder a cursar una doble información. Ante todo al director o persona a cargo del establecimiento en donde el paciente se encuentre. Y luego, conjuntamente con éste, en forma inmediata, a la autoridad de contralor. Ese conocimiento al que debe llegar el médico y que es el exigido por la ley, no es cualquier noticia sino un saber derivado de "comprobaciones idóneas", expresión que remite a los procedimientos técnicos previstos por el artículo 23 para la comprobación de la muerte.-

La omisión de cualquiera de aquellas dos obligaciones impuestas por el artículo 26, configura la conducta típica prevista por la norma. Y la segunda de las obligaciones lleva un aditamento pues la información a la autoridad de contralor debe ser inmediata. En otras palabras, la extemporaneidad de esa comunicación puede llegar a configurar la omisión sancionada por la figura en examen.-

Por otra parte, y atendiendo a que la información a la autoridad está prevista en forma conjunta (del médico y del director o encargado del establecimiento), estimo que el médico para salvar su propia responsabilidad, deberá informar por sí solo a esa autoridad en caso de que el director se niegue, no pueda o se demore en informar. Y en tal caso, deberá exponer las razones por las que la información no se produce en conjunto.- Curiosamente, el director o encargado del establecimiento a quien el artículo 26 le impone esta obligación, se encuentra fuera del campo sancionatorio. Vale decir, su omisión no es penalmente típica dentro de la ley de trasplantes. Adviértase que el artículo 32 hace referencia sólo al médico, quien en consecuencia es el único que puede llevar a cabo la conducta penalmente típica. A ello me referiré al tratar el tema del sujeto activo.-En punto a la segunda de las omisiones (la del artículo 8), se configura el delito toda vez que un médico diagnostique en un paciente la existencia de una enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante y omita la comunicación o información del hecho a la autoridad de contralor. Aquí también se establece un plazo, el cual deberá ser determinado por la reglamentación. Esta diferencia en cuanto al plazo, - "inmediatamente" en el caso del artículo 26; "en un plazo que la reglamentación determinará", según reza el artículo 8 -, se explica debido a las particulares circunstancias de urgencia que se deducen de la primera de las situaciones, las cuales no se dan en la segunda.-

El plazo que refiere el artículo 8 es de 30 días a partir del diagnóstico de la enfermedad, según lo ha dispuesto el decreto reglamentario N° 512/95.-Desde otro punto de vista, la norma no exige que la enfermedad del paciente necesariamente deba ser tratada con la técnica de trasplante sino que basta para la configuración del delito que aquella sea "susceptible" de ser tratada de ese modo. En otras palabras, la obligación de informar se incumple tanto cuando el trasplante resulta ser la única alternativa como cuando el padecimiento es susceptible de ser tratado mediante dicha técnica.-

2) Sujeto activo.

Como dije en el acápite anterior, el claro texto del artículo 32 sindicó como sujeto activo al médico omitente de las obligaciones que le imponen los artículos 26 y 8 de la ley. En otras palabras, sólo "el médico que mediante las comprobaciones idóneas" tome conocimiento de la existencia de un paciente con signos cadavéricos, o "el médico que diagnosticare" a un enfermo un padecimiento susceptible de ser tratado mediante implante, pueden ser

sujetos activos del delito por omitir el cumplimiento de su deber de informar. No cabe aquí la posibilidad que un sujeto que ejerza actividades de colaboración del arte de curar pueda ser sujeto activo del delito.- Como ya señalé anteriormente, tampoco puede serlo el director o persona a cargo del establecimiento a la que se refiere el artículo 26, porque él no reúne el requisito de ser el médico que toma conocimiento de la existencia de un paciente en estado de muerte cerebral, que es la exigencia del tipo en cuanto al autor. Para el caso de que quien toma conocimiento de esta última situación sea a la vez médico y director del establecimiento, su responsabilidad derivará en todo caso de su primer carácter y nunca del segundo.-

Esta situación es una anomalía grave de la ley. Deja fuera de la sanción a quien ostenta un cargo jerárquico y que muchas veces será también un profesional médico. No se entiende la razón de la exclusión de responsabilidad penal a la par de la del médico.-

Por otra parte, esta disímil previsión de la ley respecto a los dos sujetos obligados a dar la información a la autoridad de aplicación, puede poner al médico en incómoda situación puesto que la obligación que pesa sobre él con amenaza penal no rige para aquél a quien se le impone la obligación en forma conjunta con él. La urgencia para uno y otro ha de ser muy distinta y esto puede traer inconvenientes en la práctica, sobre todo teniendo en cuenta la situación jerárquica en que han de encontrarse los médicos con respecto a ese director del establecimiento.-

3) Carácter del delito. Tentativa.

El artículo 32 de la ley de trasplantes ha delineado un delito de omisión. La disposición hace referencia a una norma preceptiva (la de los artículos 8 y 26) cuya inobservancia o incumplimiento produce la configuración del tipo. Se trata además de un delito de carácter doloso. Aún cuando en la generalidad de los casos que pueden imaginarse el actuar es con dolo directo, a título de dolo eventual puede incurrirse en la conducta omisiva prevista en la norma.-

No resulta posible imaginar que el delito quede en grado de tentativa. La sola falta de la comunicación en tiempo oportuno constituye ya la consumación misma del delito.-

Por otra parte, debe señalarse aquí que, como todos los delitos de omisión, el problema del análisis de la tipicidad resulta más sencillo toda vez que no

involucra la cuestión de la relación de causalidad, al modo que ésta incide en los casos de delitos de comisión o de comisión por omisión.-

4) Bien jurídico tutelado.

Teniendo en cuenta que el artículo 32 establece el informe o denuncia en los casos de los artículos 26 y 8 como una obligación, sólo parecieran ser dos los aspectos que la norma tiende a proteger. En primer lugar, el estricto control de los órganos pertinentes sobre todo caso que dé lugar a un potencial trasplante. Por ello el deber de informar sobre pacientes en estado de muerte cerebral y de igual modo respecto a pacientes que sean posibles receptores.- La ley considera de primordial importancia que en esas situaciones la autoridad de contralor tenga exacto conocimiento de todas las situaciones en las que potencialmente pueda ser aplicable la técnica trasplantológica.- Lo afirmado lleva derechamente al segundo aspecto que la ley considera digno de protección. Este no es otro que la facilitación de la actividad trasplantológica mediante el conocimiento de todas aquellas personas que estén en situación de ser ablacionadas para que con sus órganos se lleven a cabo implantes o actividades de investigación. Y asimismo el conocimiento de todas aquellas personas que eventualmente puedan ser receptoras de órganos, atendiendo a la naturaleza de su padecimiento.- Esos son en resumidas cuentas, los intereses jurídicamente tutelados por el delito que prevé y sanciona el artículo 32 de la ley.-

5) Pena. Reincidencia.

La norma bajo análisis ya no prevé pena privativa de libertad. Teniendo en cuenta tal circunstancia puede afirmarse entonces que el bien jurídico que la norma tutela tiene para la ley menor valor que los de los delitos que antes han sido motivo de comentario y que sí la contemplan.-

Además, la disposición establece pena de multa y de inhabilitación en forma conjunta. Ello tiene razonabilidad atendiendo a que el único sujeto activo, como ya se dijo, puede ser un profesional médico. Vaya dicho esto sin perjuicio de que la pena de inhabilitación puede configurar un obstáculo en lo atinente a la finalidad de prevención especial que toda sanción penal lleva ínsita, sobre todo teniendo en cuenta que las conductas omisivas típicas no configuran situaciones de mala praxis en sentido técnico.- La multa prevista, de cinco mil a cien mil pesos, pareciera algo excesiva si se tiene en cuenta la naturaleza de este delito y se compara con la sanción

impuesta para las lesiones culposas, que aún siendo gravísimas tienen prevista una pena alternativa de multa de un mil a quince mil pesos. Ciertamente es que el delito del artículo 94 del Código Penal tiene como pena alternativa a la de multa la de prisión de un mes a dos años. Sin embargo tal circunstancia no disminuye el valor de la crítica, habida cuenta de que para el caso de que el juzgador se incline por imponer pena de multa en caso de lesiones culposas, ésta no podrá exceder de aquellos consabidos quince mil pesos, suma notablemente inferior a los cien mil del artículo 32 de la norma.- Este artículo 32 tiene además la particularidad de hacer expresa referencia a la reincidencia. Es el único que tiene mención de la misma. Y lo curioso es que crea un sistema especial que se aparta al menos parcialmente del régimen general de la reincidencia previsto por el artículo 50 del Código Penal. Esto es así porque al disponer la disposición final del artículo 32 un aumento de la escala penal de una de las penas que prevé, vuelve al régimen originario del Código Penal que sancionaba a la reincidencia implementando aumentos de las escalas penales amenazadas para cada uno de los delitos. En otras palabras, la ley de trasplantes ha establecido un particular régimen de reincidencia para los delitos que contempla este artículo, volviendo al viejo sistema del Código de 1921. Hay aquí una discordancia notable, sin justificación y altamente criticable.-

E) Art. 31: "Incumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 20, 7 y 15 tercer párrafo".

1) Conducta típica.

En rigor de verdad, este artículo no contempla una sino varias figuras delictivas. Ello es así porque sanciona las omisiones a las obligaciones previstas por tres artículos de la ley. Los artículos 20 y 7 de la ley establecen una obligación cada uno de ellos. Y el artículo 15, tercer párrafo, por su parte, trae otras cinco imposiciones. Todas ellas, de ser omitidas, prefiguran la tipicidad de las conductas omisivas en que se incurra.- A primera vista entonces, hay una pluralidad de conductas omisivas y como se advierte de una rápida lectura de esos artículos, esas omisiones son de muy diversa naturaleza y gravedad. Puede entonces resultar criticable el agrupamiento en un solo artículo y bajo la misma sanción penal.-En primer lugar, el artículo 20 impone a todo funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la obligación de recabar

manifestación de voluntad positiva o negativa respecto al otorgamiento de autorización para ablaciones "post mortem". Dicha manifestación de voluntad debe solicitarse a toda persona capaz mayor de dieciocho años que concurra a dicho organismo a efectuar trámites de cualquier naturaleza.- Como puede verse, la norma al establecer tal obligación impone una tarea gigantesca, de engorroso cumplimiento dado el volumen de las tareas en dependencias de aquél organismo. Y sobre todo, la norma abarca a tantos sujetos y tal cantidad de situaciones en las que la obligación debe cumplirse que seguramente va a caer en la "desuetudo" a poco andar, por imposibilidad de todo control. En esto coinciden Rabinovich y Sagarna¹⁷. De hecho, a la fecha pueden constatarse numerosísimas omisiones y no hay ni denuncias numerosas ni cuantiosos procesos en trámite.-

Pero, yendo al análisis dogmático, es ésta otra figura omisiva que se consume con el incumplimiento por parte del funcionario de su obligación de requerir la manifestación de voluntad y, por supuesto, de dejar las debidas constancias en los registros respectivos, cuando un mayor de dieciocho años capaz concurre por cualquier trámite a alguna oficina del Registro Civil. Son dos entonces las exigencias que deben ser cumplidas para no incurrir en el tipo: recabar la manifestación de voluntad y dejar debida constancia de ella en los registros que corresponda.-

Por su parte, el artículo 7 impone a los médicos de instituciones públicas o privadas que realicen tratamientos de diálisis el informar semestralmente al INCUCAI la nómina de pacientes hemodializados, sus condiciones y características. En consecuencia, la omisión de cumplimiento de dicha obligación, por sí sola, configura ya la conducta penalmente sancionada.- Recuerda Rabinovich¹⁸ que dicha norma, "completamente nueva y original en el derecho comparado, no figuraba en el proyecto inicial, y fue introducida a sugerencia de varios destacados especialistas en nefrología y trasplantología renal, a partir de su conocimiento de la realidad argentina en este aspecto".-

Según el autor citado, la norma tiende a evitar que pacientes renales, perfectamente trasplantables, fuesen intencionalmente excluidos de esa

¹⁷ Autores citados, " Régimen ", pág. 81 y " Los trasplantes ", pág. 308.

¹⁸ Autor citado, " Régimen de ", pág. 33.

posibilidad al no incluirlos en las listas de espera, a fin de mantenerlos en forma prácticamente indefinida sometidos a procedimientos de diálisis.- Así pues, el origen del texto viene a ser la respuesta estatal a una situación de graves implicancias éticas y morales que compromete a esos miembros de la ciencia médica. La imposición de la obligación informativa tiende a impedir la existencia o permanencia de enfermos en esa intolerable situación.- La obligación que impone el artículo 7 y cuya omisión configura el delito tiene dos aspectos: la obligación de informar a la autoridad de aplicación y la de que ello ocurra semestralmente. A diferencia de lo que sucede con el artículo 8, aquí la ley no defiere la determinación del plazo a la reglamentación sino que es ella misma la que lo establece.- En punto a las obligaciones que nacen del artículo 15, tercer párrafo, la sanción penal que se impone a quien omite observarlas, es en rigor de verdad una directa consecuencia del carácter transaccional de dicho artículo. En efecto, durante la discusión parlamentaria hubieron posiciones encontradas respecto a cuál iba a ser la orientación de la ley en lo referido a la amplitud de los trasplantes autorizados. Es decir, hubo quienes sostuvieron que era necesario autorizar sólo trasplantes cadavéricos y en el otro extremo quienes propugnaban suprimir todo límite a las donaciones de órganos.- La ley adoptó una solución transaccional, admitiendo la ablación para trasplantes en los casos que señala el artículo 15, pero a la vez dispuso una serie de controles y regulaciones cuando se practicasen esas ablaciones con fines de trasplante, tendientes sobre todo a evitar la comercialización de órganos. De ahí entonces que el incumplimiento de las obligaciones que contempla el artículo 15 en su párrafo tercero, adquieran la singularidad de que su omisión sea típica desde el punto de vista penal.- Por ello es que constituye conducta omisiva penalmente reprochable: a) No labrar actas de todo lo actuado en relación a la actividad de ablación en vida con fines de trasplante; b) No labrar esas actas por duplicado; c) No archivar uno de los ejemplares en el establecimiento; d) No enviar el otro ejemplar a la autoridad de contralor dentro del término de 72 horas de practicada la ablación; e) No archivar por un lapso mínimo de 10 años ambos ejemplares.- Quien teniendo capacidad de ser sujeto activo del delito incurra en cualquiera de esas omisiones, consuma el mismo y se hace pasible de la sanción que el artículo 31 prevé.-

2) Sujeto activo.

Atendiendo a la pluralidad de las conductas que contempla este artículo 31, también es plural la cantidad de los posibles sujetos activos del delito. En primer lugar, el funcionario público del Registro Civil que omita cumplir con su obligación de requerir la manifestación de voluntad respecto a la donación de órganos a toda persona mayor de 18 años que concurra a realizar cualquier trámite.-

La amplitud del texto legal engloba a todo aquél que prestando servicios en una oficina de Registro Civil está encargado de atender público que concurre a efectuar trámites que en esa dependencia se llevan a cabo. La referencia que la ley hace a "funcionario" del Registro Civil no significa por supuesto limitación alguna pues resulta aquí de aplicación lo normado por el artículo 77 del Código Penal. Ergo, todo empleado público del Registro Civil que omita las conductas requeridas en la ley será sujeto activo, más allá de su rango o jerarquía, siempre y cuando la actividad omitida sea de su competencia.-

En segundo lugar, sujeto activo del delito del artículo 31 puede ser el "médico tratante" que, ya sea en instituciones públicas o privadas, realice tratamiento de diálisis y omita la remisión semestral al INCUCAI de la nómina con los pacientes hemodializados, sus condiciones y características. Sólo el médico puede ser aquí sujeto activo. No el personal auxiliar médico ni el personal administrativo que en esos establecimientos pueda desempeñarse.-

En tercer término, sujetos activos del delito por omisión del cumplimiento de las obligaciones del artículo 15, tercer párrafo, pueden ser varios. Ante todo, el jefe del equipo médico que es quien debe firmar las actas y por lo tanto debe confeccionarlas o hacerlas confeccionar por alguien de su equipo o del establecimiento. Pero de un modo u otro el responsable es el jefe del equipo médico.-

Amén de ello, pueden revestir el carácter de sujetos activos todos aquellos que incumplan con las disposiciones emanadas del jefe del equipo en orden a la remisión del duplicado de las actas o en relación al archivo de la que debe quedar en el establecimiento. Del mismo modo, quien en el órgano de contralor sea responsable del manejo de la documentación o de su archivo, incurrirá en el delito si no procede al archivo de alguno de esos instrumentos, o si no lo mantiene en tal situación durante un lapso mínimo de 10 años.-Resulta aquí patente la intención de la ley de obtener control y sobre todo material probatorio en relación a la actividad trasplantológica, sobre todo por

las consecuencias de contenido jurídico en materia de responsabilidad que de ella pueda derivar.-

3) Carácter del delito. Tentativa.

Como ya he señalado al pasar, las conductas típicas previstas por el artículo 31 son todas ellas omisivas. Se trata entonces de un delito de omisión simple que se consuma con la sola inactividad de los sujetos activos obligados. Como consecuencia de ello, son tipos delictivos que no admiten tentativa habida cuenta de que al momento mismo de omitirse la conducta que la norma preceptiva impone se produce la consumación del delito.-

4) Bien jurídico tutelado.

Dada la estructura del tipo y las conductas que resultan punibles, dos son los aspectos que han sido elevados al rango de bien jurídico protegido. En primer lugar, la promoción de la actividad trasplantológica. Esto se advierte con toda claridad cuando se impone al oficial de Registro Civil la obligación de inducir a los ciudadanos a exponer su concreta voluntad respecto a la donación de sus órganos. Y en alguna medida también se desprende esta intención de la obligación impuesta al médico que lleva a cabo su labor en institutos de diálisis.-

Por otra parte, el control de la actividad trasplantológica y la no comercialización de órganos es también objeto de protección pues toda la actividad de documentación dispuesta no tiene otro fin que no sea ese.-

5) Pena.

El artículo 31 tiene sanciones de multa e inhabilitación que pueden ser aplicadas en forma conjunta o alternativa. Teniendo en cuenta el menor contenido de injusto de las conductas reprimidas, el monto de las penas previstas es sensiblemente menor que en los artículos anteriores.-

F) Art. 33: "Recepción de dinero o bienes".-

1) Conducta típica.

En rigor de verdad, el artículo 33 no crea un nuevo delito sino que la conducta que describe es la de "percibir dinero o bienes en retribución" por la comisión de cualquiera de las conductas previstas como delito por la ley de trasplantes. La norma no establece limitación alguna en cuanto a la naturaleza de los bienes que sean objeto de la entrega en retribución.- Para que se produzca la conducta punible debe existir directa relación entre la percepción y la realización de las conductas delictivas de los artículos del capítulo VIII de la ley. Sin esa relación el tipo no se configura. Pero es necesario que la percepción se haya tenido en mira al momento de realizarse la actividad prohibida por la ley pues de otro modo no puede hablarse de que la percepción sea en retribución. Ello es así porque toda percepción a posteriori y sin que la misma haya sido convenida antes de la conducta reprimida no es técnicamente una retribución.-

Es ésta la única manera lógica de entender la norma puesto que si se considera el término retribución en el sentido amplio de "toda entrega de cosas o de dinero" aún cuando ella nazca sólo de un agradecimiento posterior del beneficiario o sus familiares, se llega al absurdo de penalizar a quien habiendo donado un órgano para su padre adoptivo, recibe luego algún obsequio en agradecimiento por parte de un hermano adoptivo. Esto tiene relación con el bien jurídico tutelado, como se verá más adelante.-

2) Sujeto activo.

Para poder ser sujeto activo de la conducta del artículo 33 es menester previamente tener capacidad de ser autor de alguno de los tipos delictivos contemplados por la ley. Sin ese requisito esencial no es factible incurrir en el tipo de receptor de dinero o bienes.-

Dado lo anterior, todos y cada uno de los sujetos activos que he ido puntualizando a través del análisis del articulado, en caso de recibir dinero o bienes en retribución de las conductas desplegadas, han de ser autores de este delito. La amplitud de la norma en este aspecto resulta notoria pues atrapa a médicos, encargados de instituciones hospitalarias, encargados de institutos públicos o privados de diálisis, personas que ejerzan actividades de colaboración del arte de curar, funcionarios de Registro Civil, jefes de

equipos médicos, personas que se encuentren encargadas de ciertas actividades de registro o de archivo de documentación relacionada con trasplantes y en fin, cualquier persona que realice alguna de las conductas típicas que las tengan a ellas por sujeto activo.-

3) Carácter del delito. Tentativa.

Con la puntualización ya hecha de que no se trata de un delito absolutamente independiente de los restantes del capítulo VIII, debe señalarse que se trata de una conducta dolosa y de signo positivo, vale decir, no de una mera omisión. La acción típica consistente en percibir como retribución dinero o bienes no requiere de mayores precisiones para su comprensión ni para advertir cuál es el momento de su consumación.-

El contenido del dolo está configurado por el conocimiento que el autor debe tener de que está recibiendo una retribución por el despliegue de una conducta de las penadas por la ley, sin que interese que la percepción se produzca con anterioridad o posteriormente a que dicha conducta se lleve a cabo. Lo que interesa es que el autor lleve a cabo, alguna de las conductas penalmente sancionadas con el conocimiento de que por ello ha de recibir una retribución.-

Es factible que el delito pueda quedar en grado de tentativa, a los términos del artículo 42 del Código Penal.-

4) Bien jurídico tutelado.

Indiscutiblemente el interés jurídico que protege el dispositivo legal del artículo 33 es la gratuidad de toda actividad relacionada con lo trasplantológico. Se proscribiera abiertamente toda posibilidad de comercialización de órganos y materiales anatómicos. Es quizás esta la disposición más clara y definida en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido.-

Lo curioso sin embargo, es que si se persigue mantener la gratuidad de la actividad trasplantológica, no se sancione a quien retribuye con la misma pena del que recibe la retribución.-

5) Pena.

La sanción prevista por la norma es de multa y tiene carácter accesorio pues se impondrá conjuntamente con la que se aplique por haber cometido alguno

de los delitos del capítulo VIII. Ella consiste en que se deberá abonar una suma de dinero (multa) que ha de ser equivalente al doble del valor de lo percibido por el autor como retribución por su conducta.-

Indudablemente, la finalidad perseguida con esta sanción pecuniaria accesoria es disuadir a todo aquel que persiga fin de lucro con su actividad en el campo de los trasplantes. Se ha entendido que amenazar con una sanción consistente en el duplo de lo que se pueda obtener como beneficio ha de ser disuasivo suficiente.-

Lo dificultoso seguramente ha de ser, en primer lugar la prueba de la existencia de la retribución, pues nunca en estos casos hay documentación de por medio. Y en segundo término, es actividad que no se desarrolla a la luz pública y que no se lleva a cabo ante potenciales testigos.-

De todos modos no puede negarse que la sanción es coherente con el fin perseguido.-

G) Art. 34: "Sanción a funcionarios públicos".

Al igual que en el caso del artículo anterior, este artículo 34 no crea un nuevo delito sino que establece una agravación de la sanción penal cuando el autor de cualquiera de los delitos previstos en el capítulo VIII de la ley sea funcionario público.-

Es indiscutible que la ley persigue con esta disposición poner de resalto la mayor dosis de reprochabilidad que cabe en la comisión de esas conductas delictivas cuando su autor es un funcionario público. Evidentemente, la sociedad percibe (sobre todo hoy en día) como de mucha mayor gravedad el desarrollo de conductas delictivas por parte de aquellos que justamente han sido designados para cumplir funciones de acuerdo a la ley y en beneficio de los intereses de la sociedad. Ello es así ya sea que dichos sujetos sean funcionarios electivos o designados por autoridad competente.-Por otra parte, entiendo que cuando el artículo hace referencia a funcionarios públicos abarca tanto a empleados como a funcionarios. Creo que también aquí funciona el principio general del Código Penal que equipara a unos y a otros. En materia penal la distinción no existe según lo prescripto por el artículo 77 de aquel cuerpo legal.-

La equiparación preceptuada por dicho artículo 77 funciona como un "fondo común legislativo". A esto se refiere Ricardo Núñez cuando afirma: "Ese fondo común legislativo está constituido en lo que al orden de la legislación represiva emanada del Congreso respecta, por las Disposiciones generales del

Código penal, que se aplican a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario". Y agrega: "El artículo 4º obedece a la idea de unificar la legislación penal emanada del Congreso, y responde al principio de legislación en cuya virtud las reglas generales o comunes, en un orden cualquiera de relaciones jurídicas, se aplican a las materias regidas por preceptos especiales, en todo lo que éstos no han previsto y no se opongan". Y finaliza: " Tiene el carácter de un principio general ordenador necesario en un país como el nuestro, donde la Nación dicta con frecuencia leyes represivas sueltas carentes de dispositivos generales"¹⁹.-

Siguiendo las enseñanzas del profesor cordobés discrepo con Rabinovich²⁰ y Sagarna²¹, quienes sin mayores precisiones se inclinan por la tesis de que el artículo 34 se refiere sólo a funcionarios y no a empleados públicos.- Además, el funcionario o empleado público debe estar vinculado al área regulada por la ley de trasplantes para que su conducta típica sea sancionable con pena de la escala agravada que prevé la disposición. Tal limitación puede ser pasible de críticas porque cualquiera sea el área de desempeño del sujeto, es evidente que la mayor reprochabilidad para su conducta existe de todas maneras.-

En punto a la agravación de la sanción penal, la ley adopta el discutible criterio de aumentar la escala básica de un tercio a la mitad. Ante tal dispositivo van a reeditarse las aún hoy inconclusas discusiones doctrinarias y las disparidades jurisprudenciales que se han originado en idénticos términos utilizados en el Código Penal para la disminución de la escala penal para la tentativa (artículos 42 y 44).-

Finalmente, la norma establece que cuando dichas conductas se lleven a cabo de manera habitual, las penas se incrementarán en un tercio. Antecedente de esta disposición puede encontrarse en el artículo 278 del Código Penal aún cuando el aumento de la pena allí previsto sea de mayor gravedad.-

He concluido así con el análisis del articulado de la ley, relacionado con los aspectos penales que la misma regula. Como he señalado reiteradamente, hay imperfecciones y cuestiones que modificar para obtener así una mejor

¹⁹ Autor citado, " Derecho Penal Argentino ", Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1964, Tº I, págs. 192/193

²⁰ Autor citado, " Régimen ", pág. 83.

²¹ Autor citado, " Los trasplantes....", pág. 311.

regulación de una realidad que a medida que transcurre el tiempo va a ir cobrando mayor complejidad. Es de esperar que el legislador argentino se encuentre a la altura de las circunstancias.-