

**NOTAS SOBRE EL TITULO DE IMPUTACION EN LOS CASOS DE
CONTAGIO CON V. I. H. CON OCASION DE TRASPLANTES DE
ORGANOS**

Una aproximación al problema

Iván González Amado

El contagio con el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) está ascendiendo vertiginosamente en el mundo pero, en particular, en América Latina en donde se incrementa en proporciones geométricas, siendo actualmente la tercera región del mundo con más casos reportados en proporción a sus habitantes. Las causas de este incremento están ligadas preferentemente a las relaciones sexuales –hetero y homosexuales- sin protección adecuada, aun cuando también se presenta un aumento en la transmisión del virus de madres a hijos y en los casos de contaminación debida a las transfusiones de sangre que no ha sido sometida a las pruebas de detección correspondientes.

El virus de inmunodeficiencia humana (VIH), es ya conocido, causa la destrucción del sistema inmunitario de la persona que lo adquiere y genera la enfermedad que conocemos como síndrome de inmunodeficiencia humana adquirida (SIDA), enfermedad incurable y necesariamente mortal, hasta el momento.

Las tres formas principales de transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana son: a) la sexual, que requiere la práctica de relaciones sexuales homo o heterosexuales con penetración anal o vaginal sin protección adecuada, o bien contactos oro-genitales en los que sus intervinientes tienen lesiones en cualquiera de las dos zonas; b) la placentaria, que bien puede producirse durante el embarazo de la mujer contaminada, o durante el parto con ocasión del paso del feto por el canal vaginal; y c) la sanguínea, preferentemente ligada a las transfusiones de sangre y al uso compartido de jeringuillas, en la que podemos ubicar también la producida durante el trasplante de órganos.

Frente a cada una de estas formas de transmisión, las instituciones de salud en los ámbitos mundial, regional, y local, han desarrollado estrategias de prevención del contagio y de detección de la presencia del virus, medidas que no son suficientes para impedir la evolución del mal, particularmente porque las personas no han tomado conciencia de la posibilidad real de

contagiarse y casi nunca advierten la presencia del virus en el organismo, ya que el paciente no siempre presenta síntomas del contagio.

Las particularidades de la infección y de la enfermedad, hacen especialmente difícil el adecuado funcionamiento de todas las medidas sanitarias que puedan intentarse para evitarlas, pero además, presenta complejos problemas jurídicos relacionados con la responsabilidad de quienes, por contribuir con una causa a la infección, pueden ser procesados por las autoridades judiciales.

En particular para esta ocasión nos preocupan los controles sanitarios que, en general, se han dispuesto para la prevención del contagio y constituyen la base legal de deberes que deben observar los particulares y las personas dedicadas al cuidado de la salud para evitar el contagio con el VIH; aquellos relacionados con los órganos que tienen como destino final su implante en el cuerpo de un ser vivo; las condiciones en las que se pueden obtener estos órganos; la regulación legal de las competencias y responsabilidades sanitarias de las personas que pueden intervenir en estos casos, así como la regulación legal de los delitos contra la salud pública y los delitos contra la vida y la integridad personal, temas que deben ser analizados a propósito de la transmisión de la infección con el virus de la inmunodeficiencia humana mediante el transplante de órganos.

Inicialmente es posible afirmar que los penalistas no se han puesto de acuerdo acerca de la necesidad de intervención del derecho penal en relación con la contaminación por VIH, tanto por razones de orden dogmático como político criminal, particularmente cuando la infección se ha producido por vía sexual y algunas formas de transmisión sanguínea, bien sobre la base de que a esta especialidad del derecho no le corresponde constitucionalmente regular la intimidad de los individuos o de que éstos pueden ponerse en peligro a sí mismos sin reclamar la intervención penal respecto de las consecuencias que sufran, bien porque estiman que dadas las características de la enfermedad, la pena no es amenaza alguna para el que la padece, determinado a morir en un plazo más o menos corto, a consecuencia de ella.

Obviamente estas posiciones –que traen aparejados no pocos problemas a la dogmática penal- están referidas a aquellas situaciones en las que quien realiza el contagio es a su turno paciente de la enfermedad y se comporta dentro de los patrones ordinarios de la sociedad. Estos argumentos, por consiguiente, poco aportan a las situaciones en las que la contaminación con el virus se produce por una persona que no padece el virus y se halla en ejercicio de una actividad legalmente permitida, como es la de trasplantes de órganos.

En estos eventos, el principio de confianza y la autopuesta en peligro –que respaldan la impunidad de los comportamientos a los que hacemos referencia- no rinden frutos adecuados a la determinación de la responsabilidad del autor del hecho, pues la víctima del contagio en estos casos no asume que el médico no ha realizado prácticas que puedan contaminarlo, ni quiere voluntariamente someterse a la posibilidad de contraer el virus mediante el trasplante, sino que tiene la confianza legalmente fundada de que a los órganos o tejidos que recibirá el paciente se le han practicado las pruebas que aseguran su ausencia de contaminación y, por lo demás, el trasplante es una medida que requiere para salvar su propia existencia.

La responsabilidad penal por contagio con el virus de la inmunodeficiencia humana debe fundarse, entonces, en los mismos criterios en los que se fundamenta la culpa en la actividad médica, pues descartamos aquellos casos improbables en los que un médico, con ideas criminales, decide contagiar a una persona determinada mediante un trasplante de órganos.

Los títulos de imputación.

Las manifestaciones y evolución de la enfermedad del SIDA permiten, en principio, y de acuerdo con el texto del Código Penal, cinco posibilidades de adecuación típica de la conducta de contaminación con virus de inmunodeficiencia humana, o sus resultados: a) propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B; b) propagación de epidemia; c) violación de medidas sanitarias; d) lesiones personales (dolosas o culposas), y e) homicidio (doloso o culposo).

a) Propagación del virus de la inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B. El tipo que sugiere ser el camino más expedito para la incriminación de la conducta mediante la cual se produce la transmisión del virus parece ser el previsto en el artículo 370 del Código Penal, según el cual comete delito quien *“después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B, realice prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona, o done sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos”*.

En los casos de trasplantes de órganos, sin embargo, este título de imputación no puede ser usado como referente directo de una conducta de la que se pueda derivar responsabilidad penal para el médico que los realiza o su equipo, en tanto que si bien el tipo penal protege la salud pública y en particular busca evitar el incremento de la enfermedad, la conducta que allí se describe tiene como supuesto básico el conocimiento de quien realiza las

prácticas riesgosas o la donación de sus componentes anatómicos, acerca de que su propio cuerpo está infectado con el mortal virus, condición que no se cumple en los casos de trasplantes, en los que el órgano no proviene del médico que lo realiza, sino de una tercera persona que es, por lo tanto, quien puede ejecutar el tipo si está enterada de su condición de infectado.

Puédese afirmar, entonces, de acuerdo con la descripción típica, que el delito de propagación del virus de la inmunodeficiencia humana es un tipo de sujeto activo calificado, pues en la norma no se regula la conducta de cualquier persona que realice prácticas que pongan en peligro la salud pública mediante la contaminación por el virus, sino solamente la de aquellas previamente infectadas, pero también previamente informadas de su situación, lo que exige que se hayan practicado determinados exámenes clínicos específicos para la detección del virus y se hayan observado ciertas formalidades que regula la legislación sanitaria colombiana.

La pregunta que surge inmediatamente es, en consecuencia: ¿Si un equipo médico realiza el trasplante de un órgano humano contaminado con el virus de inmunodeficiencia humana comete un atentado contra la salud pública? Y, en caso de que la respuesta a la anterior pregunta fuese positiva, esta otra: ¿Si el bien jurídico se protege a través de la incriminación del riesgo de extender el contagio, por qué no se puede imputar al equipo médico que realiza el trasplante este tipo de comportamiento delictivo?

Las respuestas las podemos encontrar en otras normas del Código Penal. Inicialmente destacamos que según el artículo 10 de esta codificación, *“La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”*, lo que significa que el texto de las descripciones legales de los delitos no solamente ha de limitar las posibilidades de imputación dentro de los parámetros previstos en el respectivo tipo penal, sino también que no es posible extender la incriminación más allá de las condiciones descritas.

En otras palabras, si el tipo de propagación del virus de inmunodeficiencia humana exige que su autor esté infectado con él y conozca esa situación a través de un diagnóstico clínico regulado en la legislación sanitaria, en principio no se puede derivar responsabilidad penal a ese título de imputación a quien no tiene esa condición ni ese conocimiento.

No obstante, pensamos que es posible imputar la realización de este tipo penal al equipo médico que interviene en un trasplante de órganos, a condición de que medie su conocimiento de que el donante está infectado con el virus de la inmunodeficiencia humana y un acuerdo previo para lograr, por esta vía, generar un peligro para la salud pública.

Piénsese en el caso de un enfermo de SIDA, debidamente diagnosticado y con el conocimiento de esa patología, quien decide donar sus órganos ante la inminencia de su muerte, para tratar de prolongar la vida de su pareja sexual, no infectada que requiere urgentemente, por ejemplo, un hígado para su supervivencia. Acude, entonces, al médico especialista en los trasplantes y le expone tanto su condición como su decisión y acuerda con éste que en el momento de la muerte del enfermo, el médico retirará su hígado y lo implantará en el cuerpo de la mujer que espera la donación, sin que la enfermedad conocida por el médico constituya para él un obstáculo al procedimiento quirúrgico, ni se consulte la voluntad de la mujer que resultará afectada.

En eventos como éste, que en la realidad son muy improbables, el médico puede ser cobijado por el contenido del inciso final del artículo 30 del Código Penal, según el cual *“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”*.

Más allá de la discusión que aún existe en el derecho colombiano acerca de la naturaleza jurídica del concepto de interviniente (si califica al autor, al partícipe o a ambos), consideramos que su regulación permite la imputación de la conducta punible en casos como el anunciado, pues si el médico conoce las condiciones descritas en el tipo para el autor de la conducta y realiza prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona –el trasplante–, su intervención conciente en el comportamiento que genera el peligro para la salud pública constituye una evidente acción dirigida a la obtención del fin antijurídico.

Requiere, la hipótesis analizada, la intervención del médico a título doloso, pues parece que resulta imposible adquirir el conocimiento de la enfermedad y su diagnóstico clínico según los procedimientos regulados y, a pesar de ello, proceder a la realización de la conducta descrita en el tipo con simple violación del deber objetivo de cuidado, pues, entre otras cosas, con el implante de un órgano contaminado se asegura la propagación de la infección.

b) Propagación de epidemia. La segunda posibilidad está del lado del delito de propagación de epidemia, descrito en el artículo 369 del Código Penal, según el cual *“Quien propague epidemia incurrirá en prisión de uno a cinco años”*.

Parecería ser que frente a este tipo no existe dificultad alguna para la adecuación de la conducta en los casos de trasplantes de órganos

provenientes de una persona infectada con el virus de la inmunodeficiencia humana, pues el médico que lo realiza, si tiene conocimiento de la contaminación y procede con la finalidad de desencadenar o incrementar la propagación del VIH, puede ser procesado por la conducta dolosa correspondiente.

Sin embargo, esta posibilidad la consideramos simplemente como un ejercicio académico, pues las reglas de ética médica impiden a estos profesionales la utilización de sus conocimientos para fines contrarios a la curación de las enfermedades y el alivio de los sufrimientos provenientes de las afecciones corporales, lo que, en principio, descarta racionalmente una posibilidad como la enunciada.

c) Violación de medidas sanitarias. La tercera posibilidad de incriminar la conducta la hallamos en la violación de las medidas sanitarias, establecida como delito en el artículo 368 del Código Penal, con el siguiente texto: *“El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de uno a tres años”*.

Obsérvese, sin embargo, que en esta hipótesis la incriminación no resulta de la conducta misma de realizar el transplante de un órgano infectado, sino de no observar los reglamentos sanitarios con los que se pretende controlar la epidemia. Bajo esta perspectiva, se desconocería la materialidad misma de la conducta realizada, de manera que la sanción resultaría inadecuada al comportamiento.

d) Lesiones personales. La contaminación con el virus de la inmunodeficiencia humana, como ya lo describiéramos, genera necesariamente el mal funcionamiento del sistema inmunitario del individuo, de manera que, en todo caso, constituye un atentado contra la integridad personal del individuo, lo que no ofrecería dificultades para la adecuación típica de la conducta, bajo los siguientes argumentos.

La descripción genérica del tipo básico de lesiones personales alude a la producción de un daño en el cuerpo o en la salud y, por consiguiente, aquellas conductas que alteran el normal funcionamiento de los órganos o sistemas corporales y como consecuencia causan enfermedad, pueden ser incriminadas como delito de lesiones.

La evolución de la enfermedad genera la perturbación permanente e irreversible del sistema inmunitario del infectado, razón por la que se presentaría una perturbación funcional de un órgano, de manera

permanente, incriminada como conducta punible en el artículo 114 inciso segundo del Código Penal.

Ahora bien, las dificultades de imputar la conducta a título de lesiones personales pueden originarse en dos aspectos fundamentales. El primero, relacionado con la expresión legal “órgano o miembro” que, en la primera comprensión vulgar del término, remitiría a una parte anatómica precisa que cumple una función vital, tales como el corazón, los riñones, el hígado, los pulmones.

Empero, al vocablo debe dársele el sentido amplio que alude a cualquiera de las partes del cuerpo humano que ejerce una función vital. De acuerdo con ello, si consideramos que el sistema inmunitario está compuesto fundamentalmente por células que circulan en la sangre (anticuerpos segregados por los linfocitos B y T –en particular el T4 en el caso del SIDA- para defenderse de los antígenos) y alimentan todos los órganos y tejidos del cuerpo, el daño que en él se pueda causar afecta la función de defensa contra las infecciones y podemos decir, sin dificultad, que afectó el órgano de defensa del cuerpo.

La segunda dificultad deviene del lento proceso de la enfermedad. Muy seguramente cuando la persona infectada advierta los primeros síntomas de la contaminación, habrá pasado un tiempo considerable desde el momento del trasplante y por consiguiente del contagio, de forma que en algunos casos podríamos enfrentarnos a una acción penal prescrita que impediría la iniciación del proceso penal tendiente a la determinación de la responsabilidad del médico que realizó el trasplante.

e) Homicidio. En estos casos la lenta evolución de la enfermedad y la producción del resultado a largo plazo ofrecen mayores dificultades para la adecuación de la conducta al tipo penal.

En efecto, si bien no se han establecido términos fijos durante los cuales se desarrolla silenciosamente la infección para llegar a su fase final, ni la duración promedio de esta última fase, lo cierto del caso es que entre el momento de la contaminación –que para nuestro caso sería la fecha de realización del trasplante- y la producción de la muerte pueden transcurrir varios años, muchos más de los que por regla general demora un proceso penal ante las autoridades judiciales colombianas.

Iniciado el proceso durante la vida de la persona afectada con la infección, hipotéticamente se adecuaría la conducta al tipo de homicidio, en grado de tentativa, en razón de que no se ha producido la muerte. Si culmina el proceso con tal calificación y la víctima muere a los pocos días, ¿qué

sucedará con el responsable? No resulta ajustado a las normas constitucionales iniciar un nuevo proceso con fundamento en la producción del resultado, porque se estaría desconociendo el principio non bis in idem, en tanto que la conducta –contaminación con el VIH durante el trasplante de un órgano- ya fue objeto de juzgamiento. El resultado, en consecuencia, sería impune.

Pero, ¿qué sucede si en el curso del proceso –días antes de su sentencia- sobreviene la muerte de la víctima? ¿Podría en esos casos corregirse la calificación dada al comportamiento para imputar, entonces, no la tentativa de homicidio, sino el homicidio consumado? Este es un problema procesal que debe resolverse a la luz de las normas aplicables al momento de su ocurrencia. Con las que rigen en la actualidad y respetando la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, no procedería en esa oportunidad la corrección de la calificación jurídica dada a la conducta, de manera que también el resultado sería impune.