

## **Responsabilidad penal por manipulaciones en la distribución de hígados donados post mortem en Alemania**

**Paula Jiménez García**

**Monitora del CIFD**

En Alemania existe un procedimiento de trasplante especializado cuando se diagnostica una enfermedad hepática grave. En estos casos, el paciente se presenta en un hospital autorizado y se verifica si cumple con los requisitos para un trasplante, si es así, se le inscribe en Eurotransplant donde se gestionan los órganos donantes en un intercambio internacional. (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 4).

Una vez se encuentra un hígado donante, se crea una lista de compatibilidad de acuerdo con los pacientes registrados en Eurotransplant, en la que se encuentran los posibles receptores en un orden específico. El orden de la lista depende de si existe riesgo vital agudo ("Alta urgencia - HU") o de si se requiere un trasplante de órgano combinado (trasplante de varios órganos). Respecto de los demás, el orden viene determinado por la "puntuación MELD" (Model for Endstage Liver Disease). (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 6). Esta puntuación se calcula a partir de tres valores sanguíneos. Cuanto mayor es la puntuación MELD, mayor es la probabilidad estadística de que el paciente muera en un plazo de tres meses. (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017).

La oferta del órgano se realiza a un paciente específico y se efectúa según el orden descendente de los pacientes de la lista de compatibilidad, empezando por la puntuación MELD más alta (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 6). Esto genera un problema en la medida en la que se debería ofrecer un hígado al paciente de mayor rango y, si se acepta, asignarlo, incluso cuando un paciente con un puntaje MELD más bajo necesite el trasplante con mayor urgencia.

Es importante recalcar que luego de que el centro acepte el órgano, la decisión de aceptar el trasplante la toma en primer lugar el médico, y puede denegar la oferta si considera que el paciente tiene las condiciones para esperar por un órgano de mejor calidad o cuando la condición del paciente no permita realizar un trasplante. Si se rechaza la solicitud, el hígado se ofrecerá al siguiente paciente según el orden de la lista de coincidencias.

En la jurisprudencia alemana, hay un caso donde se plantea la responsabilidad penal por tentativa de homicidio contra 11 pacientes y de haber cometido lesiones con resultado de muerte a un paciente debido a una indicación médica inexistente. Se acusa a los procesados de incluir a dos pacientes en la lista de espera infringiendo las "Normas para la inclusión en la lista de espera y para la obtención de órganos". (Ley Alemana de trasplante de órganos, 2009, Sección 5b, Art 16). También se acusa de haber infringido la política de exclusión donde se dice que los pacientes sólo podían ser incluidos en la lista de espera tras un mínimo de seis meses de abstinencia completa de alcohol (Ley Alemana de trasplante de órganos, 2009, Sección 2), lo que no se configuró en ninguno de los dos casos.

Por otro lado, se estableció que el acusado también presentó declaraciones falsas a Eurotransplant sobre terapias de sustitución renal que en realidad no se llevaron a cabo con el "fin de aumentar la puntuación MELD y, en su caso, ayudar al paciente respectivo a ocupar un

lugar más alto en la lista”.(Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 11).

El Tribunal desestimó la responsabilidad penal por tentativa de homicidio y lesiones, alegando que la ley de trasplantes sobre la distribución de órganos está dirigida a proteger de manera general la vida y la distribución equitativa de órganos, y no es una “protección individual”. (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 24). En ese sentido, faltaría una atribución objetiva de una muerte o lesión física a un paciente.

Como lo menciona la corte el dolo (eventual) de matar presupone que “el autor reconoce el éxito como una consecuencia posible de su acción (elemento cognoscitivo) y lo aprueba o, al menos, acepta que se produzca la muerte en aras del objetivo deseado, aunque le sea indiferente que se produzca (elemento volitivo)” (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017).

En este caso, para el tribunal, “Se reconoce que los procesos causales hipotéticos pueden y deben, por tanto, tenerse en cuenta a la hora de intervenir para salvar procesos causales” (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017). Es decir, para la corte, debe pensarse qué pudo haber ocurrido si el sujeto hubiera actuado cómo y cuándo debía.

En este caso no se podría establecer la peligrosidad de la omisión porque 1) no se puede demostrar una prolongación de la vida de manera certera, y, por tanto, un homicidio consumado. Esto es así si tenemos en cuenta el riesgo considerable de que cada paciente muera durante o inmediatamente después del trasplante, del 5 al 10% (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 56); 2) no es posible tener certeza de que el órgano específico era adecuado para el paciente que fue superado en la lista y; 3) tampoco es posible determinar si hubiera sido trasplantable en el momento pertinente. Esto significa que en el caso faltaría el elemento cognoscitivo

Respecto al examen de intención, la sala tomó como relevante el hecho de que el acusado intentaba ayudar a sus pacientes, resaltando que en todos los casos asumió que el trasplante era urgente para ellos. Además, era consciente de que había un “exceso de oferta” de hígados en el momento del delito, particularmente en las puntuaciones MELD altas. Como lo indica el tribunal, “según los once procedimientos de lista de coincidencias inicialmente objeto del procedimiento, sólo un paciente falleció sin que se le ofreciera un órgano. Para el resto hubo hasta 54 ofertas”. (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017).

El punto de la intención fue uno de los más controvertidos por el Fiscal, quién aportó jurisprudencia con el fin de probar que los riesgos estadísticamente bajos también podían utilizarse para la presunción de dolo eventual. Sin embargo, el tribunal desestimó la moción argumentando que al sopesar no había un predominio de factores negativos y por ende no había razones para creer que el acusado basaba sus acciones en una “vaga esperanza” (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 63).

En contraste, cuando había puntuaciones MELD no tan altas, el acusado reconocía que en la época del delito murieron entre 400 y 500 pacientes sin que se les ofreciera un órgano a tiempo (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 50). Sin embargo, el tribunal estima que la respectiva "manipulación" podía no tener ningún efecto porque afectaba regularmente a unos pocos pacientes y que el riesgo de morir era por tanto bajo. (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 50)

Por otro lado, el tribunal estima que la violación a la Ley de Trasplantes no es, en ningún caso, susceptible de persecución penal puesto que se trata de directrices de la Asociación Médica Alemana (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 28). Existe una laguna sobre si dicha ley es una forma de legislación ejecutiva a pesar de que está organizada bajo el derecho privado (una asociación sin personalidad jurídica) y, en ese sentido, si la disposición pudiese reforzarse en principio con sanciones represivas. El tribunal (2017) decidió que no lo es, porque la Ley de Trasplantes no contiene requisitos específicos para la concepción de las normas. En cambio, se basan en una presunción y no aclaran qué obligaciones específicas de actuar o de abstenerse podrían estar vinculadas a esta. El resultado sería el mismo si dentro de la Ley se hubiera contemplado un derecho legalmente garantizado o derecho expectante por parte del paciente que fue superado en la lista, derecho que no se encuentra previsto (Tribunal Regional de Göttingen, HRRS 2017 Nr. 968, 2017, párr. 28).

En conclusión, se requiere armonizar las normas en el ámbito de conductas antijurídicas relacionadas con listas de trasplantes. Por un lado, existen penas previstas para la infracción de la ley de Trasplantes como la multa, pero no cobijan casos de manipulación de la lista. Sin embargo, complementar esta laguna con el derecho penal no parece ser la solución. En el presente caso, por ejemplo, no se pudo establecer con certeza si la manipulación de la lista estaba inequívocamente dirigida a provocar la muerte y, en ese sentido, no fue posible determinar la presencia de tentativa. Por tanto, no parece pertinente imputar por homicidio o lesiones personales.

## Referencias

Tribunal Regional de Göttingen, (28 de junio de 2017). Número HRRS: HRRS 2017 Nr. 968. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/16/5-20-16.php>

Bundestag Alemán. (18 de diciembre de 2009). Ley Alemana de trasplante de órganos. [Boletín Oficial Federal] <https://dejure.org/gesetze/TPG>