Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Interview by Professor Carlos Romeo Casabona to Professor Maria Auxiliadora Minahim, Leader of the Research Group Rethinking Contemporary Criminal Law, at Federal University of Bahia (UFBA)

Maria Auxiliadora Minahim

Doutora em Direito pela UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro (1990) e pela UFPR – Universidade Federal do Paraná (2005). Professora Titular de Direito Penal na Graduação e no PPGD da UFBA. Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3711110042226464].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-9183-7011].
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].
minahim@ufba.br

Resumo: A Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, que se dedica a pesquisas sobre impactos da Bioética no Direito Penal, mais recentemente, sobre a compreensão da autonomia na racionalização do sistema jurídico-penal, entrevistou o Catedrático Carlos Romeo María Casabona, cuja obra é referenciada internacionalmente na área de Bioética e do Biodireito, com ênfase na interface com as Ciências Criminais. A entrevista versa sobre a relação médico-paciente a partir do ponto de vista jurídico-penal.

Palavras-chave: Carlos Romeo Casabona – Relação médico-paciente – Autonomia – Dever de cuidado.

Abstract: Professor Maria Auxiliadora Minahim, who is dedicated to research on the impacts of Bioethics on Criminal Law, more recently, on the understanding of autonomy in the rationalization of the criminal legal system, interviewed Professor Carlos Romeo María Casabona, whose work is internationally referenced in the area of Bioethics and Biolaw, with emphasis on the interface with Criminal Sciences. The interview deals with the doctor-patient relationship from the legal-criminal point of view.

Keywords: Carlos Romeo Casabona – Doctor-patient relationship – Autonomy – Duty of care.

Sumário: Apresentação. Entrevista.

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].

Apresentação



Carlos Romeo María Casabona é Licenciado em Direito, Doutor em Direito (1980) e Doutor em Medicina (1991) pela Universidad de Zaragoza; Diplomado Superior em Criminologia pela Universidad Complutense de Madrid. É Doutor *Honoris Causa* por universidades ibero-americanas e espanholas. É Catedrático de Direito Penal e Investigador Principal do Grupo de Pesquisa Cátedra de Derecho y Genoma Humano da Universidad del País Vasco/EHU. Foi Professor de Direito Penal na Universidad de Zaragoza, Catedrático de Direito Penal, Fundador e Diretor do Centro de Estudos Criminológicos e Decano da Facultad de Derecho na Universidad de La Laguna. Foi pesquisador na Alemanha, França, Estados Unidos, Stanford e Lüneburg, Instituto Max Planck para o Estudo do Crime, Segurança e Direito em Freiburg Im Breisgau e do Kennedy Institute of Ethics (Georgetown University, Washington, C. D.). É Membro do Comitê de Bioética da Espanha, do Comitê de Bioética do Conselho da Europa, do Grupo Europeu de Ética em Ciência e Tecnologias da Informação da Comissão Europeia, entre outros. Autor da Tese *El tratamiento médico-quirúrgico terapéutico y el derecho penal*. Autor e coautor de dezenas de livros, entre os quais *El Derecho y la Bioetica ante los límites de la vida humana* (Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo* (Comares, 2005), *Genética, biotecnologia e Ciências Penais* (Juspodivm, 2012), e de mais de duas centenas de artigos. Fundador e Diretor da Revista "Derecho y Genoma Humano", do Boletín "Perspectivas de Derecho y Genoma Humano", das Coleções do Centro de Estudios Criminológicos da Universidad de La Laguna (1995-97), Estudios de Derecho Penal y Criminología, "Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida" (Comares). Diretor da Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. romeo471@gmail.com

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].

No ano de 2021, em contexto de pandemia de Covid-19 e na finalização da sua pesquisa sobre aspectos éticos e jurídicos da relação médico-paciente, a Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, Professora Titular de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia, realizou a entrevista por meio eletrônico com o Catedrático Carlos Romeo María Casabona. O tema da simetria entre os dois personagens tem ganhado centralidade em discussões de penalistas e bioeticistas, repercutindo sobre a definição do bem jurídico – se autonomia ou integridade física – protegido pelo Direito Penal, quando criminaliza intervenções não consentidas. Mais intensamente, afeta a compreensão sobre a liberdade da pessoa e a função do médico quando se deseja autorizar, em qualquer situação, a dispensa da intervenção médica, por vontade do enfermo. A entrevistadora compartilhou suas inquietações quanto às possíveis consequências éticas e sociais de tais questões, que podem, em certos casos, desincumbir o profissional – reconhecido como garantidor pelo Direito Penal – de sua missão tradicional de zelar pelo bem-estar do paciente.

Entrevista

Maria Auxiliadora Minahim – ¿Cree que existe una asimetría en la relación médico / paciente? De ser así, ¿sería ella responsable de la victimización del paciente mediante intervenciones arbitrarias?

Carlos María Romeo Casabona – Es obvia esta asimetría en la relación médico-paciente. El paciente, por el mero hecho de padecer una enfermedad necesitada de tratamiento se encuentra en una situación de relativa dependencia de terceras personas (em particular, de los profesionales de la salud) y de vulnerabilidad por su precario estado de salud. Para evitar esto hay que conseguir que el consentimiento del paciente (o de las personas que legalmente le sustituyan) sea respetado como manifestación de su autonomía; como también debe ser respetado su rechazo al tratamiento propuesto. Las cartas y leyes que recogen los derechos de los pacientes aluden a ciertos de estos derechos que están más directamente vinculados con diversas concreciones de la autonomía del paciente, como ocurre, em primer lugar, con el llamado consentimiento informado.

Por consiguiente, la asimetría en si misma no tiene porqué ser la fuente de un tratamiento arbitrario y con ello de la victimización del paciente, pero sí puede hacer más fácil que esta victimización llegue a producirse em ciertas situaciones extremas, por ejemplo, si el paciente ha perdido la conciencia –aunque sea de manera temporal, p. ej., si se encuentra bajos los efectos de la anestesia em una intervención quirúrgica-; salvo, por supuesto, si se trata de una situación de urgente peligro para el paciente (estado de necesidad). Em consecuencia, el origen ha de encontrarse en la falta de

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].

respeto de los derechos del paciente – en este caso del consentimiento informado- y la no reacción de las instituciones competentes para prevenir, corregir o sancionar esa infracción.

Maria Auxiliadora Minahim – ¿Puede el derecho penal contribuir a la construcción de simetría entre miembros, recurriendo a la amenaza del castigo para criminalizar la conducta de intervención arbitraria?

Carlos María Romeo Casabona – La asimetría mencionada más arriba es, hasta cierto punto, inevitable. La cuestión es que tal situación asimétrica no sea utilizada con abuso del paciente y en su perjuicio.

El Derecho Penal debe ser respetuoso con el principio de ultima ratio*, es decir, reservar su intervención para aquellas conductas que no pueden ser evitadas o compensadas adecuadamente por otros sectores del ordenamiento jurídico (p. ej., el Derecho Civil y, en algunos casos el Derecho Administrativo – en la sanidad pública –). En principio y en mi opinión personal, no soy partidario de introducir en el sistema penal el delito de tratamiento médico arbitrario, hay que explorar antes otras opciones jurídicas, incluso no penales.*

Maria Auxiliadora Minahim – Un caso real que integra las narrativas del derecho penal, se trata de una niña de siete años que presentaba una supuración tuberculosa en el pie, a riesgo de su vida. El médico operó a la paciente en contra de los deseos de su padre, que creía en la medicina natural, y eliminó el foco de la enfermedad, salvándole la vida. Fue condenado en segunda instancia por el delito de lesiones. ¿Existe realmente una víctima en este caso?

Carlos María Romeo Casabona – Desde el punto de vista del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que es la salud y la integridad personal, no puede sostenerse con facilidad que este bien jurídico haya sido lesionado por la intervención del médico si, al contrario, incluso le ha salvado la vida. Tal vez pudiera intentarse buscar alguna respuesta jurídica por la vía de la vulneración de los derechos del paciente (en este caso ejercidos a través de su padre, que es de entrada representante legal), al no haber respetado la autonomía de rechazar el tratamiento, em función de cómo estén reconocidos estos derechos en el ordenamiento jurídico brasileño y de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de su infracción.

Sin embargo, tal vez ésta no debiera ser la respuesta definitiva. En efecto, el padre, en virtud de los derechos y deberes derivados de la patria potestad, los progenitores deben actuar en el mejor interés del hijo que se encuentra bajo su patria potestad. En este caso no parece (habría que indagar con más detalle en los hechos) que el padre haya actuado em el mejor interés de su hija, teniendo entonces el médico la opción de acudir al juez que corresponda para pedir la autorización de la intervención

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].

quirúrgica de la niña o, en defecto de esta solución actuar como hizo, operando a la niña, pudiendo alegar la eximente de estado de necesidad. De todos modos, desconozco si estas respuestas serían aceptables conforme al Derecho brasileño.

Maria Auxiliadora Minahim – ¿Es exigible de un médico, como criterio para no hacer valer la responsabilidad penal, considerando que específicamente tiene un conocimiento y una capacidad de actuación especiales, una acción que va más allá del estándar inherente al rol de médico? Para el Señor, ¿hasta qué punto de referencia (ético / moral, social, jurídico) podemos referirnos al médico como guardián del paciente?

Carlos María Romeo Casabona – Esta pregunta entra em el núcleo del concepto de la imprudencia.

En primer lugar, hay que recordar que el médico no tiene obligaciones morales o sociales respecto de su paciente que le sean legalmente exigibles, a salvo de lo que se haya establecido en el contrato laboral. No es el guardián genérico de su paciente, pero sí tiene deberes derivados de la posición de garante que puede tener en relación con su propio paciente, no con uno cualquiera.

De todos modos, creo que la respuesta suficiente hay que enfocarla mejor hacia los deberes de diligencia que corresponde observar al médico para evitar una posible comisión de un delito imprudente. El cuidado debido, entendido en sentido estrictamente objetivo, conduce a la solución de que el médico que posee unas capacidades especiales pero que no las utiliza con su paciente, aplicando el nivel de diligencia estándar, no habrá infringido el cuidado debido y por consiguiente no habrá actuado imprudentemente. No tendría responsabilidad penal alguna. No obstante, algunos autores entienden que habría podido cometer un delito (por ejemplo, de lesiones) doloso por omisión impropia –o en comisión por omisión, según la doctrina española-.

Mi punto de vista es diferente. El cuidado debido es de carácter objetivo, de modo que, en primer lugar, quien no tiene la capacidad para actuar conforme al estándar objetivo debe abstenerse de actuar, de lo contrario incurrirá em imprudencia. Pero quien posee unas capacidades o habilidades especiales superiores al estándar debe aportar las mismas – es decir, lo que a él es posible em la situación concreta- para no infringir el cuidado que le corresponde a él conforme a las capacidades que él posee y no realizar así el tipo de lo injusto de un delito imprudente por acción.

Maria Auxiliadora Minahim – En algún nivel, ¿el ejercicio de la autonomía del paciente podría superar el conocimiento especial del médico como criterio normativo para la remoción de responsabilidad penal en la relación médico-paciente?

Carlos María Romeo Casabona – Si he entendido bien la pregunta, se trata de que si el paciente consiente en que el médico no aporte sus capacidades especiales éste

quede excluido del ámbito de la responsabilidad penal. El consentimiento aceptable es el consentimiento en el riesgo de la actividad realizada por una tercera persona observando el cuidado debido. Por ejemplo, asumir el riesgo de una intervención quirúrgica peligrosa, con resultados beneficiosos para la salud del paciente no muy seguros.

Eximir del cumplimiento de los deberes de diligencia es aceptar la realización de un comportamiento imprudente, que por lo general no es aceptado por la legislación penal comparada.

Maria Auxiliadora Minahim – ¿Sería la autorresponsabilidad del paciente un principio capaz de orientar la errónea caracterización de la responsabilidad penal derivada del nexo normativo que impone al médico el deber de garantía y la responsabilidad por omisión indebida?

Carlos María Romeo Casabona – No me parece que debiera ser así. En las relaciones sociales en general cada persona que participa en ellas han de actuar como señala o fundamenta el ordenamiento jurídico: cada ser humano es tenido como un ser libre que está orientado hacia lo que es valioso, es verdadero o tiene sentido, rechazando sus contrarios. En ello se basa la responsabilidad moral del ser humano, que es el soporte de su responsabilidad jurídica.

Em resumen, la autorresponsabilidad del paciente comporta unas exigencias u obligaciones para si mismo que en principio no deben interferir en las obligaciones de terceros, como sería el médico que tiene respecto a aquél (a sus bienes jurídicos más personales, como la vida, la integridad corporal y la salud, o su propia libertad decisional o deambulatória – o de movimientos) la posición de garante o una situación fáctica semejante que establezca su deber de tutela del bien jurídico. Al menos en Derecho Penal la responsabilidad, basada en el principio del hecho, es personal y subjetiva, a diferencia de lo que puede suceder en el Derecho Civil o en el Derecho Administrativo, que puede trasladarse a un tercero o ser de naturaliza objetiva.

En la comisión por omisión (u omisión impropia), en la que no puede establecerse por su propia naturaleza un nexo causal entre aquélla y el resultado típico, la posición de garante es un elemento esencial para la imputación –normativa – del resultado. No obstante, el paciente con suficiente conciencia y autonomía, puede renunciar a que el médico satisfaga sus deberes derivados de su posición de garantía y solo en este caso, según entiendo, quedará eximido de actuar, al desaparecer la fuente normativa de su obligación (p. ej., cuando el paciente renuncia o rechaza un tratamiento vital).

Maria Auxiliadora Minahim – En países donde aún se observa un déficit democrático en el espacio de inclusión educativa, lo que incide en la reducción de la capacidad de informar y estar informado, como en Brasil, construcciones

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].

que solo piden lex artis como límite al deber objetivo de cuidado, en el caso de la relación médico-paciente, ¿no ampliaría el espacio de libertad a expensas del paciente?

Carlos María Romeo Casabona – No creo que tenga que llegarse necesariamente a esa conclusión. La carencia de educación y de formación por parte del paciente exige al profesional de la salud que amplie y al mismo tempo simplifique (en términos de la utilización de un lenguaje sencillo y claro adaptado a la capacidad de comprensión del paciente) la información que aporte al paciente para que éste pueda, por ejemplo, dar un consentimiento válido. No hacerlo así puede implicar la infracción de los derechos del paciente si éstos están recogidos normativamente em el ordenamiento jurídico local. En todo caso, si se puede demostrar que el paciente a causa de falta de información sufrió un daño evaluable económicamente, podrá demandar por la jurisdicción civil al profesional responsable de aportar la información.

Em mi opinión la lex artis impone el cumplimiento correcto de obligaciones de carácter técnico o metodológico a la hora de prescribir y aplicar un tratamiento determinado. Incluir em la lex artis el deber de información al paciente como presupuesto para que pueda dar un consentimiento válido, podría conducir a una ampliación incorrecta de la imprudencia hacia un delito de lesiones o de homicidio a partir de la ampliación de las exigencias del contenido de la lex artis, incluso con la posible paradoja de que el paciente hubiera sido curado.

Solo em un caso podrá sostenerse que se ha infringido la lex artis por falta o insuficiencia de información y, em consecuencia, derivar hacia un delito imprudente en el caso de la llamada información terapéutica, es decir, cuando esta información no está vinculada al consentimiento, pero indica cómo, cuándo y en qué dosis ha de tomarse un medicamento, o sobre los alimentos prohibidos o restringidos.

Em resumen, aquellas infracciones que implican una afectación a la autonomía del paciente (p. ej., por falta de consentimiento o por falta o insuficiencia de la información necesaria para poder consentir) deben orientarse hacia los delitos relativos a la formación o manifestación de la voluntad, siempre que concurran sus elementos típicos (p. ej., delitos de coacciones, o de detenciones ilegales: internamiento involuntario de una persona que padece una enfermedad mental sin que este previsto por la ley), o en el caso de no concurrir esos elementos, demandar por la vía civil por el daño material o moral sufrido. La infracción de deberes técnicos o metodológicos (infracción de la lex artis en sentido estricto) deberá enfocarse hacia los delitos imprudentes.

Minahim, Maria Auxiliadora. Entrevista do Catedrático Carlos Romeo Casabona à Professora Titular Maria Auxiliadora Minahim, Líder do Grupo de Pesquisa Repensando o Direito Penal Contemporâneo, da Universidade Federal da Bahia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 189. ano 30. p. 257-263. São Paulo: Ed. RT, março 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.142].