

HANS KUDLICH
JUAN PABLO MONTIEL
ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO
(EDS.)

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL MÉDICO

Con contribuciones de

Mateo Bermejo	Omar Palermo
Manuel Cancio Meliá	Nuria Pastor
Gerhard Dannecker	Helmut Satzger
Víctor Gómez Martín	Ulrich Schroth
Christian Jäger	Jan Schuhr
Juan Pablo Montiel	Anne Streng-Baunemann
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno	Frank Zimmermann

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	15
PARTE I	
PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS	
CAPÍTULO I. TRÁFICO DE ÓRGANOS Y DERECHO PENAL. REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA , por <i>Manuel Cancio Meliá</i>	19
1. EL PROBLEMA Y SU CONTEXTO.....	19
2. ELEMENTOS NUCLEARES DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ÓRGANOS	24
a. Conducta típica	24
b. Punibilidad del receptor	26
c. Competencia de los tribunales españoles	27
3. CONSECUENCIAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO: ¿INDIVIDUAL O COLECTIVO?	29
a. Salud	29
b. Salud pública	31
4. CONCLUSIÓN.....	33
CAPÍTULO II. LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN MANIPULADORA EN LA ADJUDICACIÓN POST MORTEM DE ÓRGANOS , por <i>Christian Jäger</i>	35
1. SITUACIÓN INICIAL	35
a. Lo fundamental de la TPG	36
b. Posibles modelos regulativos de la donación de órganos <i>post mortem</i>	37
i. Modelo de la contradicción.....	37

	Pág.
ii. Modelo ampliado de la contradicción	37
iii. Modelo del consentimiento.....	38
iv. Modelo ampliado del consentimiento	38
v. Modelo restringido de la información	38
vi. Modelo de la declaración	38
vii. Modelo de la fuerza normativa de los hechos o de St. Endei	39
2. EL DENOMINADO «ESCÁNDALO DE LOS TRASPLANTES».	39
a. La punibilidad en virtud de un homicidio doloso del § 212	41
i. 1.º Problema: ¿acción u omisión?	41
ii. 2.º Problema: causalidad de la manipulación respecto al acaecimiento del resultado.....	41
iii. 3.º Problema: imputación objetiva del resultado	42
b. La punibilidad a partir de una tentativa de homicidio según los §§ 212, 22, 23 StGB.....	46
c. La punibilidad por lesiones peligrosas según los §§ 223 y 224, apartado 1, núm. 5 StGB.....	49
d. Punición por una tentativa de lesiones peligrosas según los §§ 223, 224, apartado 1, núm. 5, apartado 2, 22, 23	51
3. CONSECUENCIAS DEL «ESCÁNDALO DE LOS TRASPLAN- TES» Y PERSPECTIVA	52

PARTE II

LÍMITES A LAS INTERVENCIONES MÉDICAS CONSENTIDAS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA

CAPÍTULO I. «VIOLENCIA OBSTÉTRICA» COMO DISPOSICIÓN ILEGÍTIMA DEL CUERPO DE LA PARTURIENTA, por <i>Juan Pa- blo Montiel</i>	57
1. LA HUMANIZACIÓN DEL PARTO COMO MARCO DE LA DISCUSIÓN.....	57
2. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA LEGISLACIÓN COM- PARADA.....	61
3. EL DELITO DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN EL DERE- CHO COMPARADO.....	65
4. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA COMO HECHO PUNIBLE....	67
a. ¿Basta con la legislación penal vigente en Alemania, Argentina y España?	67
b. ¿Qué supuestos de violencia obstétrica merecen pena?	69

	Pág.
c. ¿Debe ser relevante para el tipo penal que la intervención sea «medicamente innecesaria»?	72
d. Base del injusto punible: ¿afectación de la autonomía repro- ductiva o disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta? ...	75
5. REFLEXIONES FINALES	79
CAPÍTULO II. ¿PUNIBILIDAD POR ASISTENCIA TERAPÉUTICA EN EL PARTO? PROTECCIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LA EMBARAZADA DURANTE EL PARTO, por <i>Frank Zimmermann</i>	81
1. INTRODUCCIÓN.....	81
2. PARTICULARIDADES EN RELACIÓN CON OTRAS INTER- VENCIONES TERAPÉUTICAS	82
a. ¿Información y consentimiento también en caso de parto natu- ral?	83
b. El parto como situación emocional excepcional	84
c. Incapacidad temporal de la mujer para prestar consentimiento. d. Posibles colisiones de intereses entre el recién nacido y la mujer	84
e. Conclusión parcial y desarrollo de la investigación.....	85
3. EL RECHAZO DE UNA VOLUNTAD DE TRATAMIENTO EXPRESADA POR LA MADRE	86
4. EJECUCIÓN DE UNA INTERVENCIÓN PESE A LA FALTA DE CONSENTIMIENTO O ANTE UN RECHAZO	89
a. Punibilidad por lesiones corporales respecto de la mujer	90
i. Falta de justificación por legítima defensa de terceros.....	90
ii. Falta de justificación por estado de necesidad.....	93
iii. Conclusión provisional: necesidad de consentimiento li- bre de la embarazada.....	95
iv. Pérdida de valor del derecho de autodeterminación por la utilización de estándares de información demasiado bajos.	97
b. Punibilidad por un delito de omisión respecto al recién nacido.	100
5. SUGERENCIAS DE SOLUCIÓN.....	101
a. Disminución del estándar de la capacidad de consentir	101
b. Defensa de un aumento de los deberes de información	102
c. Limitación: renuncia a la entrega de información y representa- ción en el consentimiento.....	104
6. CONCLUSIONES	105

PARTE III

**ESTABLECIMIENTO DE PRIORIDADES
EN LA DOTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS
Y DERECHO PENAL**

CAPÍTULO I. PRIORIZACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS: LA PERSPECTIVA «QALY» Y SUS IMPLICACIONES PARA LA TEORÍA DEL ESTADO DE NECESIDAD, por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.....	109
1. INTRODUCCIÓN: SALUD Y ESCASEZ.....	109
2. LA INELUDIBILIDAD DE LA PRIORIZACIÓN EN EL ACCESO A LOS RECURSOS SANITARIOS.....	110
3. EL MÉTODO «QALY».....	113
4. QALYS Y ESTADO DE NECESIDAD.....	118
a. El estado de necesidad como institución consecuencialista pero no utilitarista.....	118
b. Enfoque QALY y teoría del estado de necesidad.....	120
 CAPÍTULO II. EL RACIONAMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE SALUD DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PENAL, por Gerhard Dannecker y Anne Franziska Streng-Baunemann.....	 125
1. RACIONALIZACIÓN DE PRESTACIONES DE SALUD COMO MEDIDA PRIORITARIA DE APLICACIÓN.....	127
2. RACIONAMIENTO IMPLÍCITO DE PRESTACIONES DE SALUD COMO CONSECUENCIA DE MEDIDAS DE AMORTIGUACIÓN DE COSTOS APLICADOS AL PRESTADOR DE SERVICIOS.....	128
3. RACIONAMIENTO EXPLÍCITO DE PRESTACIONES DE SALUD A TRAVÉS DEL LEGISLADOR Y LA COMISIÓN FEDERAL CONJUNTA.....	130
a. Medidas de racionamiento explícito aplicadas hasta el momento.....	130
b. El marco constitucional del racionamiento (explícito) de prestaciones de salud.....	131
4. RIESGOS PENALES DEL RACIONAMIENTO EXPLÍCITO DE LAS PRESTACIONES DE SALUD.....	136
a. Obligaciones de tratamiento médico: ¿punibilidad de la renuncia al tratamiento por motivos económicos?.....	136
b. Obligaciones de información del médico sobre la omisión de prestaciones.....	141
5. CONCLUSIÓN.....	142

PARTE IV

**CUESTIONES JURÍDICO-PENALES DEL DIAGNÓSTICO
PREIMPLANTACIONAL**

CAPÍTULO I. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN AMÉRICA LATINA, por Mateo Bermejo y Omar Palermo.....	145
1. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA Y DISTINCIONES CONCEPTUALES.....	145
2. VIDA Y PERSONALIDAD HUMANA DE LOS EMBRIONES EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA.....	152
a. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	152
b. Legislación Comparada en Latinoamérica.....	155
c. Legislación y jurisprudencia en la República Argentina.....	156
i. Situación actual: marco legal, jurisprudencial y doctrinal.....	156
ii. Proyecto de Ley para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado.....	161
iii. Conclusiones respecto del régimen legal vigente.....	163
iv. Agenda para una política jurídica en materia de regulación del DGP en la República Argentina.....	164
 CAPÍTULO II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL, ASÍ COMO UNA POSIBLE ALTERNATIVA, por Ulrich Schroth.....	 169
1. LA PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN <i>IN VIVO</i> MEDIANTE EL DERECHO PENAL Y EL DPN.....	169
2. LA PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN <i>IN VITRO</i> MEDIANTE EL § 3a ESCHG.....	171
a. Panorámica de los requisitos materiales penalmente reforzados.....	174
b. Panorámica de los requisitos formales administrativamente reforzados.....	174
3. CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE <i>LEGE LATA</i>	175
a. La relación con el § 218a II StGB.....	175
b. El uso de células madre totipotentes.....	176
c. El § 3a ESchG como <i>lex specialis</i>	177
d. Requisitos materiales del DGP poco claros.....	177
4. PRESENTACIÓN DEL PROYECTO AUSBURGUÉS-MUNIQUESES.....	180
a. La regulación del Proyecto (AME).....	180
b. Trasfondo del § 4 del Proyecto - AME y ESchG.....	181

	Pág.
c. Divergencias del AME en relación al ESchG - Previsiones especiales del AME.....	182
d. Las previsiones del § 4 II y 3 AME en particular.....	183
e. Disposiciones sancionadoras del AME.....	185
 PARTE V LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES MÉDICAS	
CAPÍTULO I. CUESTIONES DOGMÁTICAS DE LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES MÉDICAS EN DERECHO ALEMÁN. A LA VEZ, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DEL PERJUICIO PATRIMONIAL, por Nuria Pastor Muñoz	
	189
1. INTRODUCCIÓN.....	189
2. CUESTIONES DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES.....	191
3. LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES MÉDICAS REALIZADAS PARA PACIENTES CON SEGURO PRIVADO. A LA VEZ, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DEL PERJUICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.....	194
a. Primer grupo de casos: liquidación de prestaciones no realizadas o realizadas de forma incompleta.....	195
b. Segundo grupo de casos: liquidación de prestaciones correctamente realizadas que no están cubiertas por el contrato de seguro.....	195
c. Tercer grupo de casos: liquidación de prestaciones realizadas correctamente que no estaban indicadas médicamente.....	196
d. Cuarto grupo de casos: liquidación de prestaciones realizadas correctamente infringiendo presupuestos formales de la liquidación (GOÄ).....	197
4. LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES MÉDICAS EN EL CASO DE PACIENTE DE LAS ASEGURADORAS PÚBLICAS	202
5. INCUMBENCIAS DE AUTOPROTECCIÓN DEL ENGAÑADO.....	206
6. CONSIDERACIONES FINALES.....	207
CAPÍTULO II. LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN EN EL SECTOR MÉDICO PRIVADO, por Helmut Satzger	
	209
1. INTRODUCCIÓN.....	209
2. LA LIQUIDACIÓN EN LA SANIDAD PÚBLICA Y EN LA PRIVADA.....	210

	Pág.
a. Relaciones jurídicas	210
b. Régimen de liquidación.....	212
3. LA ESTAFA EN LA LIQUIDACIÓN DEL MÉDICO PRIVADO...	213
a. Requisitos de la estafa en el Derecho alemán.....	213
b. Clases de estafa y potenciales intervinientes en la misma	213
4. PARTICULARIDADES QUE PARA LA ESTAFA SUPONE LA LIQUIDACIÓN, ESPECIALMENTE LA DEL MÉDICO PRIVADO	215
a. Ejemplos	215
b. Afirmaciones de hecho como objeto del engaño.....	215
c. El error (causado por el engaño) en el receptor de la factura....	217
d. El acto de disposición patrimonial (causado por el error) del receptor de la factura.....	218
e. El daño patrimonial a través del acto de disposición patrimonial	218
i. Problema: la visión formalista del daño patrimonial.....	218
ii. Alcance del perjuicio: valoración	220
f. Tipo subjetivo y problemas probatorios	220
5. PUNIBILIDAD DEL PACIENTE.....	221
6. CONCLUSIÓN.....	221

PARTE VI

PATROCINIO FARMACÉUTICO Y CORRUPCIÓN

CAPÍTULO I. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN, por Víctor Gómez Martín	
	225
1. SISTEMA SANITARIO Y CORRUPCIÓN: BREVE DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO	225
2. LA CORRUPCIÓN MÉDICA EN ESPAÑA: ELEMENTOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS.....	226
3. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN PÚBLICA.....	232
4. FARMASPONSORING Y CORRUPCIÓN PRIVADA	235
a. El delito español de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): algunas cuestiones generales.....	235
b. En particular, autoría y participación en la corrupción privada.	238
i. Planteamiento.....	238
ii. Delitos especiales y posición especial	239
iii. ¿Corrupción privada médica como delito de posición con infracción de deber?.....	244

	Pág.
CAPÍTULO II. RÉGIMEN Y ACTUAL EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR SANITARIO, por Jan C. Schubr	249
1. TRASFONDO FENOMENOLÓGICO Y JURÍDICO.....	249
a. Panorama	249
b. Dualismo entre seguro médico público y privado	250
c. ¿Alcance y daños?	251
2. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL.....	253
a. Tres grupos de delitos de corrupción y de círculos de perceptores.....	253
b. Alcance de los §§ 331 y ss. StGB en comparación con el § 299 StGB.....	255
i. Comportamiento de referencia	255
ii. Ventaja.....	257
iii. Alcance temporal.....	257
iv. Posibilidad de autorización.....	258
c. Foco de la discusión	258
i. ¿Relevancia penal repentina?	258
ii. ¿Autor en virtud del cargo?	260
d. Fin de protección y estructura de los delitos de corrupción	261
i. ¿Confianza como bien jurídico?.....	261
ii. Estructuras de los delitos de corrupción y de la confianza	264
3. SANIDAD Y DELITOS DE CORRUPCIÓN VIGENTES.....	265
a. Problemática de los fondos de terceros y la necesidad de una norma de comportamiento concreta.....	265
b. Comprensión restrictiva de las decisiones relativas al sector sanitario	267
c. Esfuerzos legislativos.....	267
i. Ley para la lucha contra la corrupción	267
ii. Ley para la lucha contra la corrupción en la sanidad.....	269
4. REFLEXIONES FINALES	273