

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. RE- FLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA, por Manuel Cancio Meliá	
1. EL PROBLEMA Y SU CONTEXTO.....	19
2. ELEMENTOS NUCLEARES DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍ- CITO 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 MANI- PULADORA EN LA ADJUDICACIÓN <i>POST MORTEM</i> DE ÓR- GANOS, por Christian Jäger	
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. ^{er} Problema: ¿acción u omisión?	41
ii. 2. ^o Problema: causalidad de la manipulación respecto al acaecimiento del resultado.....	41
iii. 3. ^{er} 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 Juan Pa- blo Montiel.....	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 «médicamente innecesaria»?	72
d. Base del injusto punible: ¿afectación de la autonomía reproductiva 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 Frank Zimmermann	81
1. INTRODUCCIÓN	81
2. PARTICULARIDADES EN RELACIÓN CON OTRAS INTERVENCIONES TERAPÉUTICAS	82
a. ¿Información y consentimiento también en caso de parto natural?	83
b. El parto como situación emocional excepcional	84
c. Incapacidad temporal de la mujer para prestar consentimiento.	84
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 libre 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 representación 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 <i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimenó</i>	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 <i>Gerhard Dannecker y Anne Franziska Streng-Baunemann</i>	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 <i>Mateo Bermejo y Omar Palermo</i>	145
1. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA Y DISTINCIONES CONCEPTUALES.....	145
2. VIDA Y PERSONALIDAD HUMANA DE LOS EMBRIONES EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA. 152	152
a. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 152	152
b. Legislación Comparada en Latinoamérica..... 155	155
c. Legislación y jurisprudencia en la República Argentina..... 156	156
i. Situación actual: marco legal, jurisprudencial y doctrinal..... 156	156
ii. Proyecto de Ley para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado..... 161	161
iii. Conclusiones respecto del régimen legal vigente..... 163	163
iv. Agenda para una política jurídica en materia de regulación del DGP en la República Argentina..... 164	164
 CAPÍTULO II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL, ASÍ COMO UNA POSIBLE ALTERNATIVA , por <i>Ulrich Schroth</i>	 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-MUÑIQUÉS.....	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 <i>Víctor Gómez Martín</i>	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 <i>Jan C. Schubr</i>	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

PRÓLOGO

El presente tomo contiene las contribuciones recogidas en el segundo gran simposio de CRIMINT que tuvo lugar en 2015 en la Universidad de Erlangen-Nürnberg y que se conecta en este sentido con la obra colectiva dirigida por Kublen, Montiel y Ortiz de Urbina Compliance y teoría del Derecho penal, aparecida también en esta editorial a finales de 2013. Siguiendo la idea esencial de CRIMINT, también en este volumen aparecen contribuciones de penalistas de habla hispana y alemana que se orientan a fomentar un diálogo de Derecho comparado sobre problemas comunes que involucran al Derecho penal. A este formato se debe que los temas de las contribuciones individuales no sean abordados de una manera excesivamente específica o «particionada», de tal modo que los detalles técnicos de los diferentes ordenamientos jurídicos no aparezcan obligatoriamente en el centro de los intereses del proyecto, sino que los problemas se remiten a sus estructuras fundamentales y desde esta perspectiva también se integran en los respectivos sistemas jurídicos para posibilitar en consecuencia una comparación fructífera.

Con este objetivo aparecen en este volumen —al igual que sucedió a lo largo del simposio— en total doce trabajos, en los que se plasman las diferentes perspectivas asumidas por especialistas de habla hispana y germana en relación con seis temas diferentes. Al respecto, constituye una excepción la contribución de Nuria Pastor sobre la estafa en la liquidación de prestaciones médicas, debido a que en ella la autora se concentra en la discusión que surge a partir de las regulaciones alemanas; de ahí que dicha temática haya sido repartida entre Pastor y Satzger a partir de analizar los respectivos aspectos fundamentales que aparecen vinculados con las conductas de los médicos particulares y de aseguradoras médicas.

El Derecho penal médico es una vieja «sub-disciplina» del Derecho penal que sin embargo en los últimos años ha experimentado nuevamente un notable impulso allí donde aparecen en primera línea los avances tecnológicos y donde aparecen afectadas las enormes implicaciones económicas del sistema de salud. Ello se ha vuelto especialmente claro sobre todo en el mundo editorial jurídico alemán, por ejemplo, con la reciente creación de la Revista medstra e igualmente con la aparición de una serie de monografías y colecciones, entre las que cabe destacar aquella de la prestigiosa editorial Nomos, co-dirigida por Christian Jäger, Hans Kudlich y Brian Valerius, en la que justamente aparece la versión alemana de este libro, bajo el título Aktuelle Fragen des Medizinstrafrecht y en cuya edición participaron Hans Kudlich, Christian Jäger y Juan Pablo Mon-

tiel. En claro contraste, lamentablemente la discusión en nuestra lengua todavía sigue estancada en temáticas tradicionales y algo trilladas que han contribuido directamente a que el Derecho penal médico no sea un tópico al que se le asigne en la actualidad un lugar importante en las agendas de investigación o en la literatura especializada, a pesar de su indudable relevancia práctica e interés teórico.

La variedad temática y los puntos de conexión especialmente con las nuevas posibilidades médicas y con la dimensión económica aparecen reflejados también en los temas tratados en el simposio:

- Principales problemas jurídico-penales del trasplante de órganos.*
- Límites a las intervenciones médicas consentidas en contextos de violencia obstétrica.*
- Establecimiento de prioridades en la dotación de los servicios sanitarios y Derecho penal.*
- Cuestiones jurídico-penales del diagnóstico preimplantacional.*
- Estafa en la liquidación de prestaciones médicas.*
- Patrocinio farmacéutico y corrupción.*

En el simposio participaron junto a los expositores también los asistentes del Instituto de Derecho penal de la Universidad Erlangen-Nürnberg, que ofició de entidad organizadora. Las ponencias fueron expuestas mayoritariamente en alemán y también en inglés, habiendo estado presente el español en algunos tramos de la discusión. No obstante, esta variedad de lenguas no ha sido en modo alguno obstáculo para que se suscitara discusiones intensas y fructíferas que en parte se han visto reflejadas en las versiones reelaboradas de las ponencias que aparecen aquí publicadas.

Las publicaciones en alemán y español nos ofrecen una buena oportunidad para agradecer a aquellos que de manera decisiva han participado para que el proyecto pueda culminarse exitosamente. La realización del simposio, al igual que las publicaciones y las traducciones de las dos versiones del libro, ha sido posible gracias al apoyo que hemos recibido para la financiación por parte de la Fundación Schweiger y del Proyecto «Emerging-Fields» de la Universidad Erlangen-Nürnberg. Asimismo, los asistentes de la Cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho de dicha Universidad se ocuparon con gran empeño (y éxito) de que el simposio no solo resultara productivo en cuanto a lo científico, sino también perfectamente organizado y en una atmósfera personal absolutamente enriquecedora. A todas estas personas les corresponde nuestro agradecimiento, al igual que a los traductores, que, gracias a su comprometido trabajo, han hecho posible que los resultados del proyecto puedan estar a disposición de las academias tanto de Iberoamérica como del mundo germano-parlante.

Erlangen, Hans KUDLICH

Buenos Aires, Juan Pablo MONTIEL

Madrid, Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Enero de 2017

PARTE I

**PRINCIPALES PROBLEMAS
JURÍDICO-PENALES DEL TRASPLANTE
DE ÓRGANOS**

CAPÍTULO I

TRÁFICO DE ÓRGANOS Y DERECHO PENAL Reflexiones desde la perspectiva española

Manuel CANCIO MELIÁ

1. EL PROBLEMA Y SU CONTEXTO

1. Probablemente hay pocos ámbitos de la medicina moderna que muestren sus problemas básicos con mayor claridad —también para el lego— que el de la cirugía de trasplantes. Por un lado, su continuo progreso provoca una escasez cada vez más acusada de órganos: manteniéndose por lo general constante la oferta de órganos trasplantables, el desarrollo de nuevas técnicas crea una demanda en continua expansión, por lo que el progreso médico significa siempre, paradójicamente —mientras no sea posible crear órganos artificiales, claro— la creación continua de nuevas necesidades de tratamiento¹. La escasez de órganos plantea al moderno Estado social, que domina y organiza el sistema sanitario, retos máximos, y no solo en cuanto a la distribución efectiva y eficiente de recursos, sino también —en muchas ocasiones es cuestión de vida o muerte— en lo que se refiere a la organización de un mecanismo justo de distribución. Por otro lado, la medicina de trasplantes proyecta un potentísimo haz de luz sobre el abismo entre el Norte-Oeste del planeta, rico y organizado —más o menos— en términos de Estado social, y el Sur pobre del mundo, tal y como este hiato se manifiesta en materia de asistencia sanitaria. A pesar de que los conocimientos, los medios técnicos y las infraestructuras necesarias hace mucho tiempo que ya no son exclusivas de algunos países occidentales, por lo general solo en estos existe una regulación jurídica efectivamente implantada (y, en consecuencia, basada en criterios previamente determinados en el espacio público

¹ Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., 2011, pp. 139 y s.

y con vigencia general) respecto de los criterios de priorización del acceso a los órganos susceptibles de trasplante. En los demás países del planeta en los que está presente la medicina de trasplantes, al menos *de facto* el poder económico es el criterio decisivo, siendo una especie de estado de naturaleza económica el medio en el que se producen los trasplantes.

Estos dos factores —una demanda en continua expansión a consecuencia de los progresos de la medicina y el hiato entre los sistemas sanitarios y las condiciones de vida asociadas a ellos entre Norte y Sur globales— se funden en un comercio transnacional, global²: existe un mercado en el que la demanda de receptores ricos (sean enfermos de los países de Occidente —«turismo de trasplantes»—³ que no tienen opciones de trasplante en sus respectivos sistemas sanitarios públicos nacionales, o pacientes de otras partes del mundo con la fortuna necesaria) encuentra la oferta de donantes pobres⁴.

2. Como es sabido, España ocupa desde hace años una posición de liderazgo mundial en la medicina de trasplantes: en ningún otro país del planeta se trasplantan tantos órganos⁵. No hemos de abordar aquí la cuestión de cuáles son las razones que han conducido a esta situación, pero cabe apuntar que al menos tres factores han influido en ello: en primer lugar, la opción legislativa, en la normativa de trasplantes, por una regla de oposición (es decir, que en el caso de muerte cerebral, se parte de la base de que la donación estaba en la voluntad del fallecido, a menos que este se hubiera manifestado expresamente en contra, o que lo hagan sus familiares), en segundo lugar, la competencia en la materia de una organización eficiente, estrictamente jurídico-pública y organizada —en un país muy descentralizado territorialmente como España, donde el ámbito sanitario es competencia de las Comunidades Autónomas—⁶ en términos unitarios, la Organización Na-

² Cfr. ante todo el estudio conjunto de Consejo de Europa y Naciones Unidas de 2009 «Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs», JOINT COUNCIL OF EUROPE/UNITED NATIONS STUDY, https://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/trafficking-/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf.

³ Como parte del llamado «turismo de circunvalación» o de elusión (*Circumvention Tourism*), esto es, aquellos viajes de pacientes a otros países para llevar a cabo tratamientos médicos que son ilícitos en su país de origen, *vid.* COHEN, *Cornell Law Review*, 97 (2012), pp. 1309 y ss.

⁴ Sigue siendo particularmente impresionante el análisis de este comercio infame, *rotten trade*, en el trabajo de la antropóloga SCHEPER-HUGHES, *Journal of Human Rights*, vol. 2, núm. 2 (2003), pp. 197 y ss.

⁵ En febrero de 2016 se alcanzó la cifra de cien mil trasplantes, siendo de estos 62.967 de riñón, 23.881 de hígado, 7.616 de corazón, 3.824 de pulmón, 1.703 de páncreas y 125 de intestino; *vid.* <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/24%20febrero%202016.%20Espa%C3%B1a%20supera%20ya%20los%20100.000%20trasplantes%20de%20C3%B3rganos.pdf>, la tasa de donantes está por encima de 39 por millón de habitantes, *cfr.* <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/NP%20Ba-lance%20Datos%202015.pdf>; *vid.* también, por ejemplo, FELIP I SABORIT, en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Penal*, 3.ª ed., 2015, nm. 7475.

⁶ Las Comunidades Autónomas que constituyen los entes territoriales en los que se estructura el Estado pueden equipararse en materia de competencias, por ejemplo, a los *Länder* (Estados federados) alemanes. Que España no se defina abiertamente como Estado federal se debe a las

cional de Trasplantes (ONT)⁷, que coordina las correspondientes unidades de los distintos hospitales públicos, y, en tercer lugar, parece también que ciertas peculiaridades culturales respecto de la significación del cuerpo de una persona muerta que facilitan las donaciones en caso de muerte cerebral (un indicio: en la de antiguo tan católica España, la cremación —antiguamente considerada heterodoxa— está mucho más extendida que en otros países, lo que parece indicar que al español medio le es más bien indiferente lo que suceda con su cadáver, siendo entonces más sencilla la donación).

3. Aunque, como es claro, con una disposición tan afortunada de la organización jurídica e institucional de la medicina de trasplantes es muy poco probable⁸ que se produzcan prácticas ilícitas como las que dieron lugar al escándalo de donación de órganos alemán⁹ o incluso se genere un completo mercado clandestino en el país, también resulta evidente que la mencionada globalización *oscura* de un mercado de órganos humanos en régimen de estado de naturaleza puede llegar a afectar a cualquier país y a cualquier sistema de trasplantes público: es posible que pacientes excluidos de la lista de espera por su falta de idoneidad para el trasplante por parte del sistema estatal intenten salvar su vida en otro lugar mediante compra, y también puede suceder que se recurra a potenciales donantes vivos pobres que residan en el territorio del país para un trasplante comercial a realizar en el extranjero¹⁰. Como es palmario, en los países del Norte/Oeste de los que

repercusiones políticas del enfrentamiento entre nacionalismo español-centralista y nacionalismos vasco y catalán (independentistas), que marca la historia del país desde hace dos siglos.

⁷ Cfr. respecto de su organización y estructura, <http://www.ont.es/home/Paginas/LaONT.aspx>.

⁸ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 7.ª ed., 2015, p. 157.

⁹ Cfr., por ejemplo, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-TAG*, 2.ª ed., 2013, t. 6, TPG, comentario previo a los §§ 17 y ss., nm. 7; KUDLICH, *NJW*, 2013, pp. 917 y ss.

¹⁰ Aunque también se conocen casos de pacientes españoles que han acudido al extranjero para trasplantes comerciales (por la necesidad de un tratamiento posterior al trasplante, tratamiento de seguimiento hecho en el país de residencia del receptor), no ha habido, en lo que se alcanza a ver, persecución judicial de estos supuestos, a pesar de que la ONT al menos en un caso (un ciudadano español que había sido excluido de la posibilidad de trasplante por razones médicas y viajó a la República Popular de China para recibir un trasplante de hígado en el año 2008; <http://www.ont.es/prensa-/NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>) denunció a un receptor [aduciendo que aunque el hecho fue anterior a la introducción del delito del art. 156 bis CP (2010), el sujeto se habría vanagloriado de lo que hizo en los medios de comunicación, justificando su conducta e incurriendo en opinión de la ONT en publicidad del turismo de trasplantes]. Los dos únicos procesos penales de los que se tiene noticia se refieren a la segunda de las constelaciones mencionadas en el texto: desde 2014 se han conocido dos casos en los que se trataba del establecimiento de un contacto para llevar a cabo una donación comercial por parte de migrantes pobres residentes en territorio español, en un caso (hígado), para un rico hombre de negocios libanés con el plan de llevar a cabo el trasplante en el extranjero, mientras que el otro supuesto (riñón) se refería a la hija de un dirigente de una organización criminal asentada en España [*vid.* respectivamente <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/12%20MAR-%202014%20detenidos%20tras-plante.pdf> (en este caso, se aproxima

surgen los receptores es fácil averiguar *ex post facto* cuántos de estos turistas de trasplantes hay, ya que siempre es necesario un tratamiento de seguimiento posterior a la intervención¹¹.

4. Especialmente la realidad del mercado negro globalizado ha conducido a que —y de modo particular en el caso del líder mundial en la materia— se acuda al Derecho penal en esta materia¹². Todo el modelo de un sistema de trasplantes racional, justo y gratuito de los países de Occidente se ve radicalmente cuestionado por esta irrupción de un estado de naturaleza comercial —y, en consecuencia, es objeto de condena por diversas y muy influyentes organizaciones inter- y supranacionales—¹³. En esta línea¹⁴, el legislador español incorporó un nuevo precepto al Código Penal, en el marco de la penúltima reforma penal general, producida en el año 2010, ubicando la nueva infracción entre los delitos de lesiones¹⁵:

Artículo 156 bis

1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán

la apertura de juicio oral: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/16/va-lencia/143704-5171_538824.html y <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/18%20May%2015%20-N%20de%20Prensa%20DG%20POLICIA%20%20ONT.pdf>].

¹¹ CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. I, 2.ª ed., 2011, p. 260. Sobre esta base, el Grupo de Custodios de la Declaración de Estambul, la Sociedad Internacional de Nefrología y la ONT han constatado que entre el 40 y el 70 por 100 de los turistas de trasplantes sufren una infección, que en el 20 por 100 de los casos cursa con la muerte; *vid.* <http://www.consahud.es/profesionales/entre-el-40-y-el-70-de-los-turistas-detrasplantes-desarrollan-una-infeccion-25757>.

¹² En este sentido, la ONT reivindica expresamente haber «impulsado» la introducción del nuevo delito, *vid.*, por ejemplo, <http://www.ont.es/prensa/NotasDePrensa/8%20de%20mayo%20de%202013%20%20-Comunicad%20ONT%20contra%20promoción%20turismo%20de%20trasplantes.pdf>.

¹³ *Vid.*, en este contexto, solo la Resolución 59/156 (2004) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Directiva de la Unión Europea 2010/53/JAI sobre estándares de calidad y seguridad en órganos destinados al trasplante y la Declaración de Estambul (2008: *vid.* versión española en http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/DOI_Spanish.pdf); *vid.* ulteriores informaciones, por ejemplo, en MOYA GUILLEM, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (= AFDUAM)* 18 (2014), pp. 45, 46 y s.; EADEM, *Revista General de Derecho Penal (= RGDP)* 22 (2014), pp. 2 y s.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, en *idem* (ed.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, 2011, pp. 275 y s.

¹⁴ El legislador justifica expresamente (Ley Orgánica 5/2010, preámbulo, X) la introducción de la nueva figura delictiva aduciendo que diversos «foros internacionales» habrían instado a la criminalización de las conductas relacionadas con el tráfico de órganos.

¹⁵ Aunque no hay ninguna directriz de índole constitucional al respecto, en España desde hace mucho tiempo, en principio, todas las normas penales se integran en el Código Penal, de modo que desde una perspectiva formal no hay prácticamente *Nebenstrafrecht* (teniendo el Código Penal, en consecuencia, una gran extensión). Como es claro, aquí no puede entrarse en la valoración de ventajas e inconvenientes (seguridad jurídica por la unificación de normas, por un lado, y desconexión inadecuada de las normas extrapenales, por otro) de esta decisión por el principio de codificación (casi) total del legislador.

castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno [= pena de prisión de tres a seis años] o dos grados [= pena de prisión de un año y seis meses a tres años] atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 331 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 366 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33.

Se dice que con la introducción de esta figura, España ha sido de nuevo «pionera»¹⁶ en este campo, en esta ocasión, no en el frente de los quirófanos, sino en la lucha legislativo-penal. Como se mostrará en lo que sigue, tal elogio es, al menos, precipitado. Un breve examen de la infracción indica que la formulación concreta del tipo penal genera enormes dificultades, especialmente, en lo que se refiere a la determinación del bien jurídico protegido y, en consecuencia (o a la inversa), del alcance del comportamiento típico descrito¹⁷. Teniendo en cuenta estas dificultades, y sumando la ausencia de una previsión de una competencia ultraterritorial mínimamente eficaz para los tribunales españoles, se constata que en el art. 156 bis CP hay notables incoherencias y otros defectos de regulación que dificultan severamente la aplicación del tipo a los supuestos de mayor relevancia potencial práctica en España, los del llamado turismo de trasplantes. Este hecho a su vez arroja una luz sombría sobre la verdadera función del tipo (como se indicará más adelante: un mero Derecho penal simbólico de coartada), más allá de las declaraciones expresas.

El breve análisis de la formulación del tipo delictivo a efectuar aquí se ocupará primero de los elementos nucleares de la infracción del art. 156 bis CP, esto es, la determinación de la conducta típica, la regulación de la punibilidad del receptor-comprador y la cuestión de la jurisdicción (*infra* II). Sobre la base de estas reflexiones podrá pasarse (*infra* III) a extraer algunas conclusiones respecto de la definición del injusto típico. Finalmente, se ofrecerá alguna breve conclusión y se identificará sintéticamente la agenda legislativa de reforma de la figura (*infra* IV).

¹⁶ Por ejemplo en <http://www.infosalus.com/actualidad/noticia-piden-sistema-alertas-turismo-trasplan-tes-evitar-trafico-organos-20160406131517.html>.

¹⁷ Como se destacó en la doctrina desde el principio: *vid.* solo ALASTUEY DOBÓN, *Revista Penal*, 32 (2013), pp. 3 y s.