

Fernández, Dolores E.

"Avances de la medicina y derecho penal" de Santiago Mir Puig (ed.)

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXVI, núm. 76, enero - abril, 1993, pp. 294-298

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42707628>



Boletín Mexicano de Derecho Comparado,

ISSN (Versión impresa): 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

BIBLIOGRAFÍA

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la medicina y derecho penal...* 294

uno de los elementos integrantes del patrimonio, sin que la disminución en el total del valor de este último pueda conducir por sí solo a la afirmación de la estafa, o consiste en la merma del patrimonio como totalidad o potencial económico de la persona. Al dar cuenta Martos Núñez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, la califica con razón de moderna, por inclinarse acentuadamente a criterios propios de la concepción personal del patrimonio. Interesante sería ver en qué grado podría tal concepción orientar la intelección del patrimonio en el derecho mexicano, con proyecciones hacia el concepto de perjuicio en el fraude, a partir del epígrafe del título XXII del libro II del Código Penal de este país, alusivo a los "delitos *contra las personas* en su patrimonio".

Por lo que hace a la determinación del perjuicio, Martos Núñez, siguiendo a Muñoz Conde, se atiene al "valor de mercado de la cosa o prestación defraudada, no al perjuicio global o pérdida patrimonial resultante, que sólo debe tenerse en cuenta para determinar la responsabilidad civil", y concuerda con Valle en que "tanto la afirmación como el cálculo deben afrontarse desde una perspectiva objetiva". Esto abre, a su juicio, la puerta a una correcta delimitación del delito de estafa con el fraude civil y del perjuicio económico meramente civil frente al perjuicio patrimonial constitutivo del delito de estafa. La determinación del perjuicio se despliega en referencia al fraude contractual, a la compensación patrimonial y a los negocios con causa ilícita, temas todos que han de tenerse en cuenta al dilucidar el problema del perjuicio y su determinación a la luz del derecho penal mexicano en vigor.

Zamora-Pierce, según recordábamos, ha dado comienzo a esa tarea. Los que quieran seguirle harían bien en tener en cuenta, entre otras, esta valiosa contribución de Martos Núñez.

Álvaro BUNSTER

MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, Instituto de Criminología de Barcelona, 1988, 166 pp.

El libro colectivo que atrae nuestra atención contiene las ponencias presentadas en el Seminario Hispano-Alemán celebrado en Barcelona en septiembre del año 1986, sobre el tema que dio nombre al libro.

Las ponencias españolas corresponden a los profesores Diego Luzón Peña, Carlos María Romeo C. y Jesús Silva Sánchez, sobre los temas: "El estado de necesidad e intervención médica en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesiones", "El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales", y "La responsabilidad penal del médico por omisión", respectivamente.

La primera de ellas gira en torno a la intervención médica forzosa en el ámbito penitenciario, para evitar que los reos se autolesionen o se provoquen la muerte.

El artículo de Romeo Casabona está dedicado al tema de las malformaciones genéticas, problema que ha sido poco tratado jurídicamente. El autor refiere las relaciones entre el diagnóstico prenatal (así llamado el conjunto de exploraciones y pruebas que permiten predecir los riesgos de transmisión de enfermedades o anomalías antes de que se produzca el nacimiento de un ser humano) y el derecho penal, abordando para ello la problemática del derecho a la reproducción, la obligatoriedad del análisis preconcepcivo, la responsabilidad del médico ante un diagnóstico erróneo y la esterilización voluntaria.

Para quienes no leen el idioma alemán se encuentran los artículos en castellano de los profesores Albin Eser, Arthur Kaufmann y Heinz Zipf, los tres muy sugerentes y debatidos.

El artículo escrito por el profesor Albin Eser (catedrático de derecho penal en la Universidad de Freiburg y director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal en la misma ciudad) se refiere a los límites de legitimación que debe tener la actividad médica y al papel que juega el consentimiento del ofendido como justificativo de la afectación de su integridad corporal, porque aquél ha dejado de ser la causa central de justificación de la actividad médica. A continuación refiere detalladamente los problemas que se presentan cuando se trata de un tratamiento curativo, de experimentación con y en seres humanos, del auxilio para morir y las intervenciones pre y perinatales. Al mismo tiempo advierte que hay que considerar, por un lado, los bienes jurídicos afectados por la actividad médica, y por otro, las posibles causas de exención de la pena que pueden legitimarla, y muestra cómo algunas de las causas de justificación clásicas ya no concuerdan (o lo hacen en forma parcial) con las nuevas formas de intervención de la medicina moderna.

La actividad médica queda excluida del tipo general de lesiones (artículo 223 del Código Penal alemán) porque dicha disposición es insuficiente para proteger el derecho a la autodeterminación del afec-

tado y es muy amplia "cuando permite considerar que las intervenciones que han fracasado y/o las consecuencias secundarias perjudiciales para la salud son típicas, aunque el médico haya observado todo el cuidado debido y haya actuado por completo conforme a la *lex artis*" (p. 12).

El Código Penal alemán prevé que la integridad corporal no es un bien absolutamente disponible y que sólo podrá disponerse de ella en la medida en que la renuncia a su protección no se oponga manifiestamente a las valoraciones ético-sociales. Con esta limitación del derecho a la autodisposición de la vida o salud, ¿cómo justificar la experimentación con seres humanos, que no persigue el tratamiento médico del afectado, sino que sirve —única o principalmente— a los intereses del conocimiento científico? En este campo el ordenamiento jurídico se encuentra rezagado con respecto a la medicina y la biología modernas.

En cuanto a la disposición del paciente de su propia vida, el profesor Eser comienza distinguiendo el auxilio en el morir (en el sentido de sólo acompañar en el momento de la muerte) y la ayuda a morir (en la que se persigue o se acepta el acortamiento de la vida). En este ámbito hay mucho por discutir, ya que hasta ahora ha venido afirmándose que "bajo la apariencia de vida hay un bien jurídico sustraído a la disposición del particular y que tiene prioridad frente a otros intereses, dado que constituye el valor mas elevado". En el derecho alemán la cooperación en el suicidio no esta penada expresamente; por el contrario, si la decisión de la muerte está en manos de un tercero se convierte en una muerte a petición, que es punible porque no es un acto de disposición propia sino de disposición ajena. La muerte a petición aparece en el Código Penal en un tipo aparte del tipo general de homicidio, y tiene asociada una pena atenuada, y con ello la ley mantiene la inviolabilidad de la prohibición de matar. Es por eso que carece de fuerza justificante el consentimiento o la solicitud de la víctima.

Un nuevo problema debido a los adelantos de la medicina es que el paciente se encuentre en determinadas circunstancias frente a una prolongación "obligada" de vida. ¿De qué forma debemos interpretar el postulado "derecho a una muerte digna"? ¿Cuándo puede el médico negarse a seguir tratando a un enfermo? ¿Es aceptable que el paciente rechace el tratamiento? ¿Se puede dejar en las manos del médico la decisión sobre la muerte del paciente? Son muchos los problemas que el autor plantea respecto a este peligroso tema del límite entre la vida y la muerte.

En su ponencia sobre la protección jurídica de la vida, el profesor Kaufmann inquiriere por qué ha de ser jurídicamente irrenunciable la vida, siendo que ella es considerada por la ley fundamental como un derecho altamente personal; el hombre puede tener obligaciones frente a la comunidad en tanto que vive, pero no tiene frente a ella la obligación de vivir. Sobre el suicidio y el consentimiento al homicidio debe decidir el propio sujeto.

Inclúyese al final del artículo una de las llamadas cartas o disposiciones del paciente, documento en el que el otorgante declara que no debe tratársele en caso de una futura situación de inconciencia irreversible; en otras palabras, que debe dejársele morir. Estas disposiciones, aunque su carácter vinculativo es muy discutido, se encuentran ya muy extendidas en Alemania.

El último artículo, titulado "Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el derecho penal alemán y austriaco, consideración especial del trasplante de órganos", contribuye al tema aportando datos sobre la legislación austriaca, la cual considera como un delito contra la libertad los supuestos del tratamiento curativo no consentido, y que comprende también la lesión del derecho de disposición del paciente.

El artículo 110 del Código Penal austriaco comprende tanto los supuestos de falta absoluta de consentimiento, como los casos de consentimiento ineficaz y abarca a todo tratamiento médico que pertenezca a este ámbito profesional. Así pues, el médico que se comporte de acuerdo con las reglas de la ciencia médica no realizará el tipo de lesiones; sólo surgirá responsabilidad para él cuando las haya infringido.

La eficacia del consentimiento, así como la imposibilidad de recabarlo a tiempo son dos puntos más que el autor trata antes de asentar que si bien Austria no cuenta con una ley sobre trasplantes, existen en la Ley de Instituciones Hospitalarias algunas disposiciones que ofrecen un fundamento jurídico suficiente para la extracción de órganos o partes de éstos a personas fallecidas, aunque, aclara, está aún sin legislar la extracción de órganos de donantes vivos. La extracción no está permitida cuando los médicos cuenten con una declaración formulada antes de morir por el fallecido o por su representante legal oponiéndose expresamente a la donación de órganos. Por ello resulta que la explantación está en principio permitida, salvo cuando haya disposición expresa del difunto.

En Alemania, ante la falta de regulación prevista en materia de trasplantes, han tenido que recurrir a los principios generales de de-

recho para resolver los problemas que se plantean. Concluye el autor que hace falta una reforma sobre los aspectos jurídico-penales de la actividad medica relacionada con los tipos de homicidio y lesiones.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

REUTER, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, Londres, Printer Publishers, 1989, 166 pp.

Esta obra del profesor del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Paul Reuter, es una contribución significativa al derecho internacional. En un tiempo en que los contactos internacionales se han intensificado e involucran en ellos a grandes capas de la población, el derecho internacional adquiere una relevancia aún mayor. Como el libro lo refiere, al igual que otras obras, el proceso de codificación se centró en la materia de tratados para conferirle una sistematización ya latente en la costumbre.

La obra de Reuter es valiosa desde perspectivas didácticas, teóricas y bibliográficas. Está dividida en cinco grandes partes: la primera aborda cuestiones relacionadas con problemas de teoría jurídica y el lugar de los tratados internacionales en ella; la segunda, como las demás, refleja la cronología de los tratados, aborda la problemática de la conclusión de éstos; la tercera se refiere a la entrada en vigor; la cuarta contempla el interesante campo de los efectos de los tratados, y finalmente, la última parte se refiere a las circunstancias y consecuencias de la no aplicación de los tratados y a algunos problemas de responsabilidad.

En la primera parte, donde se definen algunos aspectos teóricos a partir de un conciso planteamiento histórico, Reuter aborda la cuestión relacionada con la naturaleza de los tratados: ¿son contratos o son legislación? Asimismo, en esta parte teórica va a señalar los principales cauces en que se desarrolla la teoría y que están encaminados básicamente hacia las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, las que de acuerdo con el autor involucran dos órdenes legales que no pueden separarse. Este problema tiene su repercusión en las concepciones monistas o dualistas. Además de esto, la primera parte, al igual que las otras, contiene una serie de re-