

ALBIN ESER, ARTHUR KAUFMMAN, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Avances de la medicina y derecho penal*. Barcelona, Edición de Santiago Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, 1988, 166 págs.

Comoquiera que en los días 25 y 26 de septiembre del año de 1986 se celebró en Barcelona un seminario hispano-alemán sobre el tema que da nombre al libro objeto de la presente reseña: "Avances de la medicina y derecho penal", quiso su organizador, el profesor español SANTIAGO MIR PUIG, condensar en una obra las ponencias allí presentadas, en razón de la trascendencia que para el derecho penal tienen los últimos desarrollos de la medicina como posibilidades de intervención en la vida y en la salud humanas; la interdependencia que debe existir entre la norma jurídica y el progreso científico, pero, por sobre todo, la ineludible función político-criminal de la dogmática jurídico-penal para afrontar este nuevo tipo de problemas vivenciales.

Siguiendo este hilo conductor comienza el profesor alemán ALBIN ESER disertando sobre "los problemas de justificación y exculpación en la actividad médica", advirtiendo la insuficiencia de los esquemas jurídicos tradicionales para tratar adecuadamente y con equidad los nuevos descubrimientos de la medicina. En este sentido, el citado ponente, ade-

más de asumir el problema de la justificación y exculpación en su función de anular la antijuridicidad normalmente configurada a través de la tipicidad, señala la necesidad de superar para dicha materia una visión limitada y superficial que ignora que "la intromisión de la actividad médica en intereses jurídicamente protegidos exige una legitimación aun cuando falte una protección específicamente penal de estos bienes jurídicos" (pág. 9).

A continuación, el profesor ARTHUR KAUFMANN, en su doble calidad de penalista y filósofo, cuestiona la relativización de la protección jurídica de la vida como consecuencia de la creciente intervención de la medicina y la biología en la manipulación del comienzo y fin "natural" de la misma, estudiando, de manera particular, la denominada eugenesia precoz, la disposición de los embriones sobrantes en los eventos de fertilización *in vitro*, la eutanasia en sus dos modalidades, activa y pasiva, y, en general, todos aquellos supuestos que por su naturaleza constituyen excepciones al principio de protección absoluta de la vida, y que por lo mismo deben ser delimitados de modo estricto y con sólidos fundamentos, pues el reconocimiento de tales excepciones de ningún modo controvierte la regla general de protección a la vida con independencia de su valor, y muy por el contrario, demuestra la necesidad de completar a nivel médico el tradicional punto de vista biológico-naturalista por otro ético-humanista.

A su vez, el profesor español DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA formula una serie de hipótesis en relación con

el problema de la licitud o no de la intervención médica o de terceros, especialmente en el ámbito penitenciario, en los supuestos de huelgas de hambre, autolesiones o intentos de suicidio, distinguiendo las múltiples variantes que se pueden presentar al respecto. En esta orden de ideas merece especial atención el tratamiento jurídico-penal que LUZÓN PEÑA da a la huelga de hambre según la fase que atraviese, arguyendo que el estado de necesidad constituye la respuesta que ampara la actuación médica forzosa en todas aquellas situaciones de huelga de hambre que por su continuidad en el tiempo pueden desencadenar la muerte, sin que haya lugar a responsabilidad por delitos de coacción.

Seguidamente el profesor CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA analiza la posición del derecho penal español frente al diagnóstico antenatal, en sus variantes preconceptivo y prenatal, deslindando las distintas implicaciones jurídico-éticas que se derivan de la aplicación de estas recientes técnicas científicas, a la luz del respeto a la autodeterminación y dignidad humanas. De igual modo se refiere sumariamente a algunos problemas que, a pesar de no revestir un interés estrictamente jurídico-penal, están estrechamente vinculados con las modalidades de diagnóstico antenatal, como son las limitaciones al derecho a la reproducción, el derecho a la objeción por razones de conciencia y el deber de secreto médico.

A su turno el profesor JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ estudia las distintas variantes que puede asumir la responsabilidad penal del médico por omisión, y por consiguiente se impone la tarea de establecer cuándo concurre una posición de garante en la persona del médico, precisando los supuestos de asunción efectiva y la configuración del actuar precedente peligroso como los fundamentos materiales que hacen de la asunción de funciones de protección de bienes jurídicos una fuente de posiciones de garantía.

Finalmente, HEINZ ZIPF, catedrático de derecho penal de la Universidad de Salzburgo,

efectúa un análisis comparativo de la legislación alemana y la austriaca en lo atinente al tratamiento curativo realizado sin consentimiento y al trasplante de órganos, calificando como de avanzada la expresa regulación legal que en estos aspectos presenta Austria frente al silencio legislativo de Alemania que se traduce, de un lado, en la desprotección del derecho de libre disposición del paciente, ante las lagunas en la punición del tratamiento curativo realizado sin consentimiento, y de otro, en la urgente necesidad de adoptar una base jurídica sólida en lo que dice relación con la extracción de órganos, ante la insuficiencia que ostenta para estos aspectos el recurso a los principios generales del derecho.

Como puede inferirse de las breves consideraciones planteadas, se impone para la ciencia jurídica, y más concretamente para el derecho penal, la exigencia de fijar límites al ámbito de la actividad médica en la medida en que la misma, como corolario de su progreso, vulnera bienes jurídicos de rango constitucional.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Medellín, abril de 1990

NÓDIER AGUDELO BETANCUR: *Emoción violenta e inimputabilidad penal. Alegato en un caso de homicidio*. Medellín, Ed. Manuel Arroyave, 1990, 131 págs.

Una modesta presentación encabeza este excelente trabajo, en la cual el autor lo describe como una "segunda parte" o continuación de un artículo que él mismo publicara hace diez años, con ocasión de la acertada regulación que el nuevo Código Penal le daba al hasta ese momento llamado por la doctrina *trastorno mental transitorio*. Ahora su trabajo apunta a tratar acerca de la evolución histórica de la figura con especial detenimiento en la *emoción violenta* como generadora de este fenómeno, a propósito de un caso de homicidio en el cual el profesor Agudelo Betan-

cur actuó como defensor. La sencillez y la claridad son las notas predominantes de la exposición que, en la primera parte del libro, el autor hace acerca de tres fenómenos básicos que pueden llegar a provocar el trastorno mental transitorio; para ello se ubica en la llamada "esfera afectiva de la personalidad", disertando acerca de la *emotividad* como aquella facultad que tiene el organismo para impresionarse y reaccionar positiva o negativamente ante los estímulos exteriores positivos o negativos, sin olvidar que no necesariamente tal reacción estará regida por la racionalidad.

Comienza con la *ira*, definiéndola como una emoción esténica, activa por excelencia, de carácter pulsional y que, como emoción que es, puede alcanzar, según la causa que la origine, grados tales de intensidad que perturbe gravemente la capacidad de comprensión o debilite la voluntad del sujeto que la padece.

Hablando a renglón seguido del *miedo* como emoción primaria de índole asténica, Nódier Agudelo alude a varios antecedentes tanto en Latinoamérica como en Colombia, en cuanto a su reconocimiento como causal de *inimputabilidad*, cuando por su intensidad ocasiona exagerada actividad física en el individuo, quien ve perturbada su capacidad de comprensión y borrados los frenos inhibitorios de su voluntad.

El cierre de la primera parte lo constituye un breve pero completo análisis en torno al *choque afectivo* que, mirado como una intervención brusca de un factor inesperado, lleva al sujeto que lo sufre a una absoluta incapacidad para responder mediante una reacción adaptada o acorde, por la disminución o pérdida total de la conciencia.

Es de resaltar que al hablar de los temas anteriores, el profesor Agudelo Betancur alude a escritos y trabajos de reconocidos psiquiatras y psicólogos, a la par que menciona los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que cada una de estas figuras ha tenido en Colombia y en Iberoamérica principalmente.

En la segunda parte de su trabajo, el autor transcribe el *alegato de defensa* que él mismo presentara en un caso concreto de homicidio ocurrido hace diez años. Para comenzar, hace un estudio tan extenso como claro acerca del fenómeno de la inimputabilidad originada en el trastorno mental transitorio. En este marco teórico inicial se destaca el cuidadoso examen que el defensor hace acerca de si este tipo de afección psíquica exige o no una base patológica previa. Después de citar algunos conceptos jurisprudenciales y doctrinales sobre el asunto, concluye que la base patológica en estos casos tan solo facilita el diagnóstico, pero no puede ser requisito indispensable para su reconocimiento como causa de inimputabilidad, pues exigirlo así traería consigo la violación flagrante del principio de la culpabilidad. En capítulo aparte, la defensa retoma nuevamente lo referente a la *emoción violenta* y sus tres fenómenos generadores (*ira*, *miedo* y *choque afectivo*), para complementar su estudio con un análisis muy técnico y detallado sobre los mecanismos desencadenantes de la *emoción violenta* en la pérdida de la capacidad de comprensión o determinación, para lo cual recurre a las teorías que sobre este tema ha desarrollado la doctrina extranjera, aludiendo incluso a las llamadas *reacciones primitivas* y a los *actos en corto circuito*, entre otros.

La conclusión de esta segunda parte puede calificarse como una muy acertada aplicación de la base teórica de su alegato, ya que inmediatamente el defensor somete a un detallado y riguroso examen todo el material probatorio que obra en el proceso, demostrando con irrefutable precisión jurídica que en la conducta del sindicado se reunían todas las exigencias legales y médicas (transitoriedad, corta duración, proporción en la causa, perturbación suficiente entre otras) para ser considerada como consecuencia lógica de una *grave sugestión patológica*, figura que para aquella época (anterior a la vigencia del Código Penal actual) comprendía lo que hoy conocemos y tenemos regulado como *trastorno mental tran-*

itorio sin secuelas; que como es ahora y era lógico entonces, no ameritaba la imposición de ningún tipo de medida de seguridad. Así lo reconoció la sentencia.

La tercera y última parte del libro contiene el texto de los cuestionarios y dictámenes psiquiátricos que la defensa solicitó como pruebas y de los cuales se valió para apuntalar la teoría del *trastorno mental transitorio originado en una emoción violenta*.

MARIO ALBERTO ARENAS ALZATE
Medellín, marzo de 1990.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XLI, fascículo III, septiembre - diciembre, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.

Nos proponemos presentar en esta nota los títulos que integran la sección doctrinal y las crónicas extranjeras de la entrega del anuario que hemos recibido en esta oportunidad.

Hacemos referencia inicialmente al artículo del profesor SANTIAGO MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en el cual vuelve a plantear la perspectiva *ex ante*, inspirada en la función de prevención de delitos que corresponde al derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. En concordancia con esta función del derecho penal, incluye en su esquema del delito el desvalor de acción como integrante de lo injusto, en tanto que ubica el desvalor de resultado como condición objetiva de punibilidad*.

En este trabajo profundiza en el papel que corresponde a lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, siempre desde la perspectiva *ex ante*, lo cual le permite aportar nuevos argumentos para distanciar su construcción tanto de la concepción causalista del delito como de la teoría finalista del injusto personal.

La *prevención especial como límite de la pena*, es la contribución del profesor ENRI-

QUE CURY URZÚA. En su exposición presenta una síntesis de las principales críticas que se han formulado desde todos los sectores a las tareas de resocialización y de socialización primaria de los delincuentes que la teoría de la prevención especial ha atribuido a la pena. Sin embargo, si encuentra como hallazgo fecundo de esta teoría la función de límite del sistema penal en general y de la pena en particular, desde el punto de vista de la socialización de los individuos, y que consiste en mostrar lo que la pena no debe ser y los límites que no le es lícito sobrepasar, ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general.

El profesor ANTONIO CUERDA RIEZU continúa en este fascículo con el análisis que ya había iniciado en número anterior acerca de la licitud o ilicitud de las prácticas de reproducción humana, a las que se ha llegado gracias a los adelantos de la genética. Otra vez *nuevas técnicas genéticas y derecho penal* es el título del artículo en el cual se ocupa de la ley 35 de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida y de la proposición de la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células tejidos y órganos, que a la postre se convirtió en la ley 42 de 1988, estatutos que regulan todo lo atinente a estas materias en el ordenamiento jurídico español.

En sus *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, la profesora ELENA LARRAURI presenta el estado actual de la polémica sobre el tema, aporta aclaraciones críticas y plantea las bases para una discusión al respecto.

Después de hacer un recuento de las diferentes teorías causales que se han elaborado expone los planteamientos de Larenz y Honig, para concluir con la presentación de los criterios de imputación objetiva elaborados por Claux Roxin con base en las propuestas de Honig.

La parte final de su trabajo —y quizás la más importante— sienta las bases para la dis-

cusión, una de las cuales, la que cuestiona la necesidad de la causalidad, resaltamos especialmente porque entendemos que la posición que se adopte con respecto a este punto influye en otros aspectos en debate como serían, por ejemplo, la reducción de los criterios de imputación objetiva, su ubicación sistemática y el papel que a ella corresponde en la teoría del delito.

Un artículo bastante extenso, denominado *Tratamiento de los presos provisionales*, es el aporte de la profesora ARMIDA BERGAMINI MIOTTO. En él reclama para esta clase de detenidos, personas sometidas a medidas cautelares, las mismas garantías que se otorgan a quienes ya han sido condenados, al mismo tiempo que pone énfasis en la humanización de las prisiones y en el respeto de la dignidad humana de los internos.

La *realización arbitraria del propio derecho*, trabajo realizado por VICENTE SEBASTIÁN FERRIS ALBENCA, cierra la sección doctrinal de este ejemplar del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Su autor, preocupado por la escasez de bibliografía existente sobre el tema y por la circunstancia de que este delito es bastante frecuente, ha elaborado un análisis dogmático del tipo respectivo, señalando las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cada uno de sus elementos, estudio que presenta precedido por una reseña de los antecedentes históricos de

esta infracción y que finaliza con sus conclusiones personales. Merece especial atención su afirmación acerca del patrimonio del deudor, la salud individual y la libertad como bienes jurídicos tutelados, posición que contrasta con la de la mayoría de los autores, para quienes el objeto protegido es la administración de justicia.

La sección de crónicas extranjeras publica en esta oportunidad el *Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir*. Introducción, texto y fundamentos, presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes. La traducción corresponde al profesor BORJA MAPELLI CAFFARENA, quien, en nota introductoria de pie de página, lo califica como uno de los intentos más serios para resolver uno de los problemas más difíciles y apasionantes de nuestro tiempo. El proyecto, agrega, trata de regular en una forma clara el derecho a una muerte digna, así sea a costa de una reducción sensible del derecho a la vida, sin traspasar o bordear peligrosamente los límites de protección jurídico penales a este fundamental derecho.

La publicación concluye con sus habituales secciones legislativa, circulares, consultas e instrucciones de la fiscalía general del estado, jurisprudencia, bibliografía y noticiario.

LUZ MARÍA MEJÍA SALAZAR
Medellín, junio de 1990.

* Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1982.