

Derecho penal	706
----------------------------	------------

Sin reboso y concisamente, el autor nos ha descrito los avatares del sector de marras.

Claro que el desenvolvimiento de fenómeno tal, a dos años de plasmadas dichas opiniones, resulta, aunque previsible, impresionante.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO PENAL

JUNG, Heike, "L'expérimentation sur les êtres humains. Réflexions d'un juriste allemand", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, París, núm. 1, enero-marzo de 1991, pp. 33-48.

El profesor Jung quiere hacer oír en este artículo, basado en la relación que presentó en nombre de su país en la Sesión V A2 del XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de Montreal, la voz de Alemania en materia de regulación jurídica de la experimentación científica sobre el hombre. Esta voz, dice él, no puede en el concierto internacional ocultar sus incertidumbres en cuanto a la fineza de la melodía, sobre todo si no le es dable disociarse históricamente de la ejecución por los nazis de su programa criminal de experimentación y exterminio. Esa experiencia histórica ha aportado al derecho alemán una sensibilidad particular para todos los casos límites en materia de protección de la vida humana.

Parte el autor, tras una breve reseña histórica del modo como en Francia y en Alemania se ha legislado sobre la experimentación humana, del gran principio en que han cristalizado la progresiva *positivización* de los derechos del hombre y los trabajos de la biogenética: el principio de que persona alguna puede ser sometida, sin su consentimiento, a experimentación médica.

Esta experimentación no es sólo la experimentación pura, sino también la terapéutica. El derecho no puede abandonar su regulación a formas de control profesionales o científicas, pues librar totalmente el hombre y la sociedad a la comunidad científica no guardaría conformidad con los principios de participación democrática que exigen una definición de las normas por el legislador. ¿Cómo fijar los límites de la autodeterminación del individuo?

En Alemania al menos esto aparece a cargo de un mosaico regulador del derecho constitucional, el derecho penal y el derecho administrativo.

El primero garantiza la libertad científica. El segundo no reconoce privilegios de responsabilidad ni a la actividad médica ni a la investigación científica, lo que significa penalizar de manera no discriminatoria el acto de descuido y el hecho de no haberse asegurado respecto del consentimiento libre e informado del paciente. Esto proyecta la atención hacia el consentimiento del paciente, que en Alemania justifica el acto tanto ante el derecho privado como ante el derecho penal. Pero el poder del consentimiento de la víctima no es absoluto, ya que, desde luego, ésta no puede consentir en su propia muerte, y en el caso de las lesiones, las buenas costumbres marcan la frontera. El derecho administrativo (Ley de Medicamentos), en fin, enfoca nuestro tema desde un punto de vista preventivo, que termina también por desembocar en el consentimiento libre e informado, en la evaluación de riesgos y opciones, etcétera.

Jung se muestra un ardiente partidario de la justificación por el consentimiento, acerca de cuyas condiciones y requisitos se extiende minuciosamente. Pero el consentimiento no es sino parte del cuadro protector del hombre frente a la experimentación de que puede ser objeto. El autor discute sólo cinco elementos de ese cuadro protector: 1) los comités de ética, establecidos ampliamente en Alemania en las facultades de medicina y en los colegios profesionales médicos, que ofrecen consejo de acuerdo a demanda, consejo que no es vinculante para el experimentador; 2) la documentación de la experimentación, requerida por las declaraciones de Helsinki y Tokio; 3) las reglas de precaución que el experimentador debe observar en todas las fases de la experiencia, misma que debe detener no bien surja un riesgo inesperado o un resultado no tolerable desde el punto de vista ético; 4) la indemnización integral a la víctima por las consecuencias dañosas de la experimentación, y 5) la interdicción de publicar experiencias contrarias a la ética.

El escrito de Jung no se cierra sin aludir a casos particulares de experimentación sobre el hombre, que suscitan animado debate. El *primero* es el caso del embrión no anidado, en que en Alemania no puede recaer investigación que no sea de base terapéutica. El *segundo* es el de los niños, que aparece vinculado al principio de autodeterminación, sobre todo tratándose de recién nacidos, a menudo susceptibles de ser sometidos a experiencias en ausencia de sus padres. El Código civil abre las vías correspondientes en estos casos tratándose de ensayos terapéuticos, vías que persisten en principio cerradas tratándose de la investigación pura. No obstante, el nuevo código francés de la salud autoriza tal experimentación si no hay riesgo serio previsible para la salud del menor, si hay utilidad para personas que presenten las mismas

características, y si no se da otro medio de efectuar el experimento. Sobre estas bases formula Jung consideraciones *de lege ferenda* para el ámbito alemán. El *tercero* es el caso de los enfermos mentales, que ven en este respecto debilitada su posición si se encuentran en una institución. Les son, pues, aplicables los resguardos anteriores, atenta la triste experiencia histórica a su respecto. El *cuarto* es el caso de las personas encarceladas, a quienes debe tratarse del mismo modo, por razones análogas. El *quinto* y último caso es, en fin, el de los enfermos en estado vegetativo crónico, respecto de quienes la experimentación no es moral ni legalmente admisible.

Este trabajo rico de contenido es un documento admirable por su equilibrio, por su sensibilidad ante los riesgos del desarrollo tecnológico y por su vocación internacionalista en materia de derechos humanos.

Alvaro BUNSTER

MARINUCCI, Giorgio, "Non c'è dolo senza colpa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, año XXXIV, fasc. 1, enero-marzo de 1991, pp. 2-39.

Este importante escrito del profesor milanés, elaborado para el volumen en honor de Pietro Nuvolone, recae en la llamada imputación objetiva del resultado, sostenida por Claus Roxin, y es a la vez una crítica de esa concepción del profesor alemán y un intento de rescatar los materiales que, según el autor, ha sustraído ella indebidamente a la estructura de la culpabilidad.

Desde luego, no parece persuasiva a Marinucci la afirmación de Roxin de que, por defecto de la imputación objetiva del resultado, y no de la antijuridicidad y de la culpabilidad, haya de absolverse a quien, en lugar de "crear" o "aumentar" el riesgo, no ha hecho otra cosa que "disminuir" uno ya existente. En efecto, si bien no es aceptable responsabilizar de lesiones a *A*, que con un grito de advertencia salva a *B* del disparo mortal de *C*, sin que deje aquél por ello de resultar herido, tampoco es aceptable que la responsabilidad se excluya si la lesión no ha sido la consecuencia de un grito para advertir al agredido, sino para *distrarlo*. La solución correcta parece la ya ofrecida por Engisch en 1930: subsiste una relación de causalidad entre grito y lesión, se haya proferido aquél para advertir o para distraer, pero si de advertencia se trata, lo que falta es la antijuridicidad: se ha sacrifi-

cado la integridad física del agredido, pero en defensa necesaria y proporcionada de su vida misma.

En lo demás, merecen la aprobación de Marinucci las principales conclusiones que para sí reivindica la teoría contemporánea de la imputación objetiva del resultado, al sostener que el "resultado" no es "atribuible" al agente, *ni* cuando la acción riesgosa sí se halla "en contraste con una regla de *diligencia*", pero en tal resultado no se ha realizado el riesgo que el deber de "*diligencia* violado entendía prevenir". Lo que ocurre, empero, sostiene el profesor de Milán, es que bajo la etiqueta de imputación *objetiva* del resultado se evoca sólo uno de los criterios en que se funda la imputación *por culpa* del resultado, a saber, *la realización en el resultado del riesgo específico que la regla de diligencia violada se dirigía a impedir*. Y ello sin precisar en modo alguno la naturaleza y fin de la norma jurídica que es fuente de la desaprobación, reprobación, etcétera, pero mostrando que el nombre de "imputación objetiva" del resultado denota sólo la imputación "por culpa" del resultado. Se da, en definitiva, una duplicación conceptual de los criterios en que se basa la "relevancia jurídica del riesgo" y los que fundan "la contrariedad objetiva a la diligencia en los delitos culposos".

Esta duplicación, continúa Marinucci, importa una pérdida de memoria histórica, que olvida desarrollos dogmáticos alemanes previos de Max Ludwig Müller y Engisch, entre otros, y acrecienta la fortuna de una teoría que está hoy de moda no obstante carecer de toda razón de ser, y cuya fuente no es otra que la antigua incompreensión, por la dogmática penal alemana, del *nexo* entre *culpa* y *resultado*.

En efecto, esa dogmática ha trabajado reduciendo la culpa a criterios causales, que ha tratado de corregir más tarde con los imperfectos criterios de la adecuación, capaces de tener por previsibles del todo cualesquiera resultados causados por una conducta culposa. Para escapar al *versari in re illicita* era menester resolver el problema de adosar al agente todas las consecuencias previsibles de su comportamiento culposos, o sólo aquellas cuyo impedimento había sido la razón de ser y el fin del deber de diligencia violado por él (Rudolphi). Esto último intentó la doctrina civilista, profundizando en el *nexo entre culpa* y *resultado*, pero la doctrina penal lo hizo sólo esporádicamente, y Roxin, navegando, según Marinucci, bajo falsas banderas, resolvió los problemas relativos al *nexo* entre culpa y resultado dentro de los esquemas elásticos de la vieja teoría de la imputación objetiva, como ulterior "medida de imputación".

En Italia, en cambio, salvo contados adherentes a la idea del injusto personal postulada por Welzel, Armin Kaufmann y Schaffstein, y auto-

res aislados como Manzini y Vannini, la dogmática de la culpa ha rechazado tales posiciones y ha esclarecido desde hace tiempo el nexo entre culpa y resultado en el sentido en que comienza a hacerlo la más reciente doctrina germana. Con base en la propia ley, ha reconocido la identidad del criterio normativo que fundamenta y limita la responsabilidad por culpa en la violación de la misma regla de diligencia que debe caracterizar como culposa tanto la acción (u omisión) cuanto el resultado. La responsabilidad por culpa no se extiende, pues, a todos los resultados que de cualquier modo se hayan derivado de la violación de la norma, sino que se limita a los que dicha norma se dirige a reprimir (Gallo). Se comprende entonces que en Italia se desatienda la idea principal que guía a la moderna teoría germana de la imputación objetiva del resultado, a saber, la de la realización en el resultado del riesgo específico, creado o aumentado, que la regla (de diligencia) violada entendía reprimir. En la doctrina italiana, luego, prevalece el reconocimiento de un segundo ligamen del resultado con la culpa, por virtud del cual el resultado debe reconducirse a toda la norma de diligencia violada, vale decir, no sólo al peligro cuya realización debe ser, sino también al *obrar* que debía prevenir esa realización no deseada.

Después de este análisis, que no puede menos de presentarse aquí apreciablemente empobrecido, procura demostrar Marinucci que la concepción de la imputación objetiva del resultado, inútil como resulta ser para fundamentar de una manera pretendidamente nueva la responsabilidad por culpa, recoge una afirmación de Roxin que proyecta la teoría de éste al amplio campo de la culpabilidad, al menos en el contenido y alcance que le reconocen los juristas italianos. Tal afirmación es la de que las acciones que crean un riesgo consentido para un bien jurídico tutelado no toleran la imputación del resultado ni siquiera si la voluntad tendía hacia éste: "el cirujano cuyo paciente muere sin haberse violado la *lex artis* no comete homicidio doloso aunque tal resultado correspondiese, por ejemplo, a su deseo de desembarazarse de él". Este aserto, tenido por Marinucci como correcto, no hace sino responder al principio de que un hecho antijurídico puede ser cometido con dolo siempre que, en ausencia de dolo, se hallen presentes, respecto del mismo hecho, los extremos de la culpa. El hecho de que la ley imponga menos pena al hecho culposo que al correspondiente hecho doloso es muestra de una "diferencia en la culpabilidad". Sobre este concepto, como lo entiende, decíamos, la doctrina italiana, se extiende Marinucci en páginas no menos interesantes. En definitiva, la crítica a la teoría

de la imputación objetiva ha sido para él la ocasión de restituir a la culpabilidad contenidos que, en su criterio, le han sido en la época moderna impropriamente arrebatados.

Alvaro BUNSTER

MOCIA, Sergio, "Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vitta *in fieri* di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, año XXXIII, fasc. 3, julio-septiembre de 1990, pp. 863-884.

Es un artículo que pretende abarcar el análisis de las relaciones entre el derecho penal y la ética en el contexto de un Estado social de derecho. Es un estudio filosófico que pone en el microscopio la compleja y delicada problemática conexas al fenómeno de las manipulaciones genéticas, las cuales tocan la esencia misma del ser humano.

Sostiene, con toda la razón, que la respuesta jurídica debe ser tal que pueda satisfacer la convivencia de las diferentes "profesiones de fe" existentes en el Estado. Por tanto, los parámetros de referencia deberán ser expresados básicamente en la defensa de los derechos del individuo y de la peligrosidad social de determinadas conductas, valuadas en una política criminal conceptuada en el marco de un Estado social de derecho. En esa medida deberá responder a los principios de *extrema ratio*, proporción, liberalización, eficiencia y también a los principios éticos de este tipo de Estado.

Respecto de estos principios éticos sostiene que no debe caerse nuevamente en la creencia de que al derecho corresponde reprimir las violaciones de las normas morales, como sucedía en los años sesenta, cuando se confundían peligrosamente derecho y moral. No debe volverse a esta confusión, ya que se ha constatado que no existe una moral universalmente válida, más bien se da una coexistencia de sistema de valores, aunque uno sea el predominante.

En el caso concreto del derecho penal, afirma que sólo tiene la función de proteger y favorecer la libertad de las personas; por ello, el Estado no puede legitimarse a través de la imposición de un determinado sistema de normas morales. En esta lógica, no compete al legislador sancionar penalmente conductas que no ofenden intereses de otros individuos o de la comunidad y no presentan características de peligrosidad social.

Es cierto, explica, que algunos preceptos éticos como el respeto a la vida, a la dignidad, a la seguridad personal, al honor, al patrimonio, etcétera, están tutelados penalmente. Sin embargo, ello sucede porque los hechos que atentan contra estos principios ponen en peligro la paz social.

A partir de estas afirmaciones intenta un análisis con el fin de encontrar el punto de equilibrio, en el marco de una política jurídico-penal, de las intervenciones biomédicas de la vida *in fieri*. Análisis que inicia con un acercamiento a los conceptos. Así, diferencia el término manipulaciones genéticas en sentido estricto (es decir, el que define las intervenciones sobre las cargas genéticas) y el de manipulaciones de gametos y embriones (esto es, aquellas que se realizan en función de la reproducción).

De esta definición se encamina a los principios constitucionales implicados en el tema, a saber: libertad de investigación, derecho a la vida, a la dignidad humana, al pleno desarrollo de la personalidad, a la procreación, a la salud. Principios que atañen al médico-investigador y a las personas que desean procrear. A estos grupos de intereses añade los intereses de la sociedad, como son la continuidad de la especie y la integridad actual y futura de sus miembros.

La existencia de estos intereses, según afirma Moccia, evidencia la corresponsabilidad de la sociedad en la búsqueda de soluciones a los problemas que atañen a la genética humana.

En este contexto, y dada la celeridad con que se desarrollan los cambios en estos ámbitos, propone, como muchos otros, la urgente implantación jurídica de instancias de control y la búsqueda de nuevas normas penales alternativas a las existentes.

Una de las opciones interesantes es considerar que el embrión, en cuanto tal, no es "sujeto" de tutela penal, aunque se le distinga de las cosas por la carga genética humana que posee. Esto con el fin de preservar la dignidad del ser humano como especie.

Otra de las alternativas interesantes que se observan es el cuestionamiento a las respuestas que tradicionalmente se han dado a las prácticas de fecundación asistida en mujeres solteras o viudas. En estos casos, hasta ahora, se contraponen el derecho a la salud y a la procreación de la mujer al derecho a un desarrollo normal de la personalidad del concebido, bajo el argumento que este último se puede ver afectado si no nace en una familia "normalmente" estructurada. Moccia argumenta que la mujer, en todo caso, podría demostrar que puede asegurar el óptimo desarrollo del infante en todos los niveles —afectivos y físicos—, por lo tanto los argumentos que se oponen a tales prácticas no son sólidos.

dos. A este razonamiento yo añadiría uno más: ¿cuándo y en dónde se exige que antes de procrear se demuestre la aptitud para ser padre o madre responsable?

En relación al control sobre los óvulos fecundados para la inseminación *in vitro* y no utilizados, señala categóricamente que la libre experimentación sobre ellos vuelve el “hecho de la vida humana *in fieri* material de juego para irresponsables”; por lo tanto las soluciones deberán estar orientadas hacia el respeto a la dignidad humana.

También señala el peligro que existe en las políticas de protección al anonimato de los(as) donadores(as) de gametos y el atentado que esto significa para el interés (yo diría derecho) del concebido(a) a conocer y poder reconstruir sus orígenes. Y propone un registro, discreto pero seguro, sobre la identidad de estas personas.

Propone también un principio de legalización para la subrogación de úteros. Personalmente no encuentro solidez en ninguno de los argumentos esgrimidos por Moccia para sustentar su afirmación. La adopción, creo yo, es la solución al tipo de esterilidad que pretende atenderse a través de este procedimiento. Desde mi punto de vista, ningún argumento justifica este tipo de intervención que implica una concepción errónea sobre el cuerpo de la mujer, dado que se define a la maternidad subrogada como un “arrendamiento” o como un “servicio gratuito”, es decir, algo utilizable, y el mero hecho de la *utilización* del útero de la mujer atenta seriamente contra su dignidad y la de la especie humana. Se utilizan los bienes y servicios, las cosas y los animales, pero no los seres humanos, hombres o mujeres. En esta perspectiva la maternidad subrogada es inadmisibile.

Existen otros argumentos relativos a la filiación resultante y a los aspectos psicológicos de la madre subrogada, que fortalecen el expuesto y apuntan en el mismo sentido: la inadmisibilidad de estas prácticas.

En relación con los argumentos sobre la legitimación de la donación, he de reconocer que cuestionan a fondo todas las estructuras sobre filiación, pero tienen el valor de presentar una actitud de apertura a las alternativas de construcción familiar y social que se presentan con las nuevas técnicas de la biogenética. Actitud que parte del análisis que expongo en el párrafo inicial y cuya conclusión será: el derecho penal no tiene por qué sancionar las posibles respuestas del ser humano a su propia vida, en tanto no atenten contra la dignidad de su propia especie o constituyan un grave peligro para la comunidad social en que vive.

ROMEO CASABONA, Carlos María, "La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información", *Informatica e Diritto*, Florencia, año XIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1987, pp. 115-142.

En el artículo de referencia, el autor expone una serie de aspectos interesantes, como son en primera instancia, las tecnologías modernas de información en el actual contexto social, destacando bondades tales como el gran potencial para el almacenamiento de datos, la gran velocidad, para efectuar operaciones, la exactitud y confiabilidad, así como su gran adaptabilidad a las exigencias humanas.

Posteriormente nos menciona la presente importancia de la información, destacando primordialmente su contenido político y económico (recordemos que la información debemos considerarla, entre otras cosas, como una fuente de poder muy singular). Destaca de igual modo el carácter social de la información al permitir un desarrollo más completo en los individuos.

Continúa el autor comentando el control de las fuentes de información. Destaca la libertad de información (directamente vinculada a la libertad de expresión) y la protección de la intimidad informática (a este respecto incorpora una serie de referencias legislativas de países occidentales y fundamentalmente de España).

En líneas posteriores nos enuncia lo que ha tenido a bien denominar "agresiones de carácter patrimonial", abordando los menoscabos patrimoniales provocados por el uso de la informática, dentro de este tipo de conductas enumera a las manipulaciones de datos y/o programas o "fraude informático", la obtención y utilización ilícita de datos y/o programas o "espionaje informático", la destrucción o utilización de datos y/o programas o "sabotaje informáticos", así como las agresiones en el *hardware* o soporte físico, principalmente en lo que concierne al robo de tiempo de computadora.

Luego de confrontar las situaciones de hecho manifestadas por este tipo de ilícitos y las disposiciones penales existentes, el autor arriba a la inevitable conclusión de una urgente necesidad de reforma penal generada por el impacto social, derivada de las nuevas tecnologías de información.

Julio TÉLLEZ VALDÉS