

# Estudios de Derecho Penal



Coordinadores académicos:  
**Carlos Andrés Gómez González**  
**Carlos Alberto Suárez López**



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**  
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES  
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS







# Estudios de Derecho Penal



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**  
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES  
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Estudios de derecho penal / Carlos Alberto Suárez López ...  
[et al.]. – Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge  
Tadeo Lozano, 2010.  
408 p. ; 24 cm.

ISBN: 978-958-725-045-9

1. DERECHO PENAL. 2. EXTRADICIÓN. 3. RESPONSABILIDAD PENAL.  
4. FAVORABILIDAD (DERECHO). I. Suárez López, Carlos Alberto.

CDD345"E826"

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano  
Carrera 4 N° 22-61 - pbx: 242 7030 - [www.utadeo.edu.co](http://www.utadeo.edu.co)

*Estudios de Derecho Penal*

ISBN: 978-958-725-045-9

Primera edición: 2010

Rector: José Fernando Isaza Delgado

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decana de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas: Natalia Springer

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación editorial: Henry Colmenares Melgarejo

Revisión de textos: Taller de Edición - Luis Rocca

Diseño de portada: Oscar Joan Rodríguez

Diseño y diagramación: Oscar Joan Rodríguez

Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin  
autorización escrita de la Universidad.

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

# Estudios de Derecho Penal

CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ

HIROKAZU KAWAGUCHI

PILAR BETRIÁN

BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ

SIMÓN JOAQUÍN RODRÍGUEZ WILCHES

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

MILDRED HARTMANN ARBOLEDA

CAMILO A. ORTIZ JARAMILLO

CAMILO ERNESTO MERCADO MUTIS



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**  
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES  
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS





# CONTENIDO

---

## PENAL GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA IDENTIDAD PERSONAL EN DERECHO PENAL.....</b>	<b>17</b>
HIROKAZU KAWAGUCHI	
I. PLANTEAMIENTO.....	17
II. ¿QUÉ ES UNA“PERSONA”?.....	24
III. LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL.....	27
IV. EL SIGNIFICADO DE LA IDENTIDAD PERSONAL PARA LA PREGUNTA POR LA EUTANASIA.....	29
<b>LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. UN NUEVO CONCEPTO DE EXTRADICIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN.....</b>	<b>33</b>
PILAR BETRIÁN	
INTRODUCCIÓN.....	33
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	35
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.....	40
III. COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN Y SU PROCEDIMIENTO.....	42
1. Órganos judiciales competentes para la emisión y ejecución de la orden de detención.....	43
2. Procedimiento de emisión.....	44
3. Procedimiento de ejecución.....	46
A. Actuaciones iniciales.....	46
B. Resolución de la ODE si la persona reclamada presta consentimiento.....	47
C. Resolución de la ODE en los casos en los que no exista consentimiento de la persona reclamada.....	47
D. Resoluciones dictadas en rebeldía.....	48

4.	Recapitulación.....	49
IV.	OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.....	50
1.	Objeto.....	50
2.	Naturaleza jurídica.....	51
V.	PRINCIPIOS RECTORES DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA.....	56
VI.	LÍMITE DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECLAMADO.....	65
	RECAPITULACIÓN FINAL.....	68
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70
	 <b>¿EXISTE EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL SIGLO XXI?.....</b>	<b>73</b>
	BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ	
	INTRODUCCIÓN.....	73
I.	CRISIS EN LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.....	75
II.	OTRAS POSICIONES FRENTE AL BIEN JURÍDICO.....	85
III.	ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN.....	87
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
	 <b>APROXIMACIÓN AL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL COLOMBIANO.....</b>	<b>93</b>
	CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ	
	INTRODUCCIÓN.....	93
I.	LA NATURALEZA PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES Y LA EDAD EN LA CUAL PRINCIPIA DICHA RESPONSABILIDAD.....	98
A.	Naturaleza penal de la responsabilidad de los adolescentes infractores.....	98
B.	Edad en la cual principia la responsabilidad penal de los adolescentes infractores.....	103
II.	LA IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES.....	105
III.	LAS SANCIONES PENALES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES Y LOS FINES QUE DEBEN GUIAR A LAS MISMAS.....	115
A.	Fines de las sanciones aplicables a los adolescentes infractores.....	115
B.	Sanciones aplicables a los adolescentes infractores.....	119

---

IV. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS SUSTANCIALES Y PROCESALES ESTABLECIDAS A FAVOR DE LOS ADOLESCENTES PROCESADOS PENALMENTE.....	121
CONCLUSIONES.....	125
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

**EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: ALGUNAS PROBLEMÁTICAS QUE QUESTIONAN SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL ..... 133**

CARLOS ALBERTO SUÁREZ LÓPEZ

INTRODUCCIÓN.....	133
I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL O CLÁSICA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.....	135
II. PRIMERA PROBLEMÁTICA: EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD FRENTE A LOS TIPOS PENALES EN BLANCO.....	138
1. Problemática de los tipos penales en blanco.....	138
2. Problemática de la aplicación del principio de favorabilidad frente a las normas administrativas de reenvío en los tipos penales en blanco.....	141
3. Posiciones jurisprudenciales.....	144
4. Posición personal.....	150
III. SEGUNDA PROBLEMÁTICA: EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD FRENTE A LA JURISPRUDENCIA.....	153
1. Problemática de la aplicación del principio de favorabilidad frente a la jurisprudencia..	153
2. Punto de partida: el valor normativo relativo de la jurisprudencia de las Altas Cortes en el derecho colombiano.....	155
3. Posiciones jurisprudenciales.....	160
4. Posición personal.....	162
IV. TERCERA PROBLEMÁTICA: CREACIÓN DE UNA TERCERA LEY O <i>LEX TERTIA</i> POR VÍA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.....	163
1. Problemática de la tercera ley o <i>lex tertia</i> .....	163
2. Posición jurisprudencial tradicional.....	165
3. Posición jurisprudencial actual.....	166
4. Posición personal.....	171
V. CUARTA PROBLEMÁTICA: LA COLISIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD CON OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.....	173
1. Una distinción previa: los principios y las reglas como categorías de las normas jurídicas.....	173

2.	La clásica concepción de los principios del derecho penal como reglas.....	175
3.	La clásica concepción del principio de favorabilidad como una regla.....	176
4.	Problemática de la aplicación del principio de favorabilidad frente a normas procesales penales.....	177
5.	Problemática de la aplicación del principio de favorabilidad frente al nuevo sistema procesal penal acusatorio colombiano.....	178
	CONCLUSIONES.....	187
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	188

---

## PENAL ESPECIAL

<b>EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO)</b> .....		<b>195</b>
SIMÓN JOAQUÍN RODRÍGUEZ WILCHES		
	INTRODUCCIÓN.....	195
I.	ANTECEDENTES.....	197
II.	BASE CONSTITUCIONAL.....	201
III.	CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO.....	202
IV.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL C.P. ....	207
V.	POSICIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL C.P. ....	212
VI.	POSICIÓN JURISPRUDENCIAL.....	216
VII.	NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO.....	218
VIII.	CRÍTICAS A QUE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO SEA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.....	220
IX.	DELITO DE PELIGRO CONCRETO.....	222
X.	BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES O COLECTIVOS.....	223
XI.	CONSECUENCIAS DE LA DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 316 DEL C.P. ....	225
XII.	DISPONIBILIDAD O INDISPONIBILIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 316 DEL C.P. ....	226
	CONCLUSIONES.....	228
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	232

---

<b>EL HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES A TRAVÉS DE LA UTILIZACIÓN DE TARJETA MAGNÉTICA FALSA O AJENA EN CAJERO AUTOMÁTICO.....</b>	<b>235</b>
ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ	
I. EL BIEN JURÍDICO.....	235
II. LA UTILIZACIÓN DE TARJETA FALSA EN CAJERO AUTOMÁTICO.....	238
A. La confección de tarjeta falsa.....	238
1. La falsificación de la parte plástica.....	239
2. La falsificación de la banda magnética.....	239
B. La utilización de la tarjeta falsificada en cajero automático.....	240
1. De la estafa.....	241
2. De la transferencia no consentida de activos (art. 269J C.P.).....	241
3. Del hurto por medios informáticos y semejantes.....	247
3.1. La situación antes de la expedición de la Ley 1273 de 2009.....	247
3.2. La situación en vigencia de la Ley 1273 de 2009.....	249
III. UTILIZACIÓN DE TARJETA OBTENIDA ILÍCITAMENTE O EXTRAVIADA POR SU TITULAR.....	254
IV. TENTATIVA.....	257
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	259

---

## PROCESAL PENAL

<b>LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO.....</b>	<b>263</b>
JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO	
<b>EL ANÁLISIS JUDICIAL DE LA DEFENSA TÉCNICA EFECTIVA.....</b>	<b>283</b>
MILDRED HARTMANN ARBOLEDA	
INTRODUCCIÓN.....	283
I. ELEMENTOS NECESARIOS PARA COMPRENDER EL DEBATE.....	288
A. Primer elemento: el rol y la lógica de la defensa en los modelos procesales.....	288
1. Los procesos tradicionales (inquisitivos) latinoamericanos.....	288
2. El sistema adversarial.....	291
B. Segundo elemento: el punto de partida del análisis judicial en los diversos sistemas....	295

1.	El derecho de defensa como punto de partida.....	295
2.	El derecho a un juicio justo como punto de partida.....	301
C.	Tercer elemento: formatos de análisis de las garantías.....	302
II.	EL DESARROLLO DE LA DEFENSA EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA.....	312
A.	Estado de la cuestión en los Estados Unidos.....	312
B.	Estado de la cuestión en Canadá.....	322
C.	Introducción al estudio de los sistemas sin precedente judicial obligatorio.....	326
D.	El derecho a la defensa efectiva en el sistema chileno reformado.....	328
1.	Falta de tiempo para la preparación de la defensa.....	329
2.	Defensor carente de las habilidades y conocimientos necesarios en el sistema reformado.....	332
E.	La defensa efectiva en el derecho colombiano.....	333
	CONCLUSIONES.....	339
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	346

	<b>EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO Y SU PRIMER RETO: LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA COMO UN PROBLEMA DE GESTIÓN. HERRAMIENTAS, MECANISMOS Y POLÍTICAS DE SELECCIÓN DE CASOS VIABLES.....</b>	<b>349</b>
	CAMILO A. ORTIZ JARAMILLO	

---

## POLÍTICA CRIMINAL

	<b>POLÍTICA CRIMINAL: MARCO DE ACCIÓN ESTATAL DE LA IMPUNIDAD SELECTIVA.....</b>	<b>379</b>
	CAMILO ERNESTO MERCADO MUTIS	

## PRÓLOGO

---

Para el Área de Derecho Penal de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano resulta supremamente grato y honroso presentar a la comunidad académica esta obra colectiva titulada *Estudios de derecho penal*, que es fruto de los aportes mancomunados de nuestros profesores, así como de otros académicos del derecho penal externos, la mayor parte de ellos nacionales, pero también algunos de ellos extranjeros.

Los artículos reunidos en esta publicación son de diversa índole y tratan diferentes temáticas. Algunos de ellos adoptan un enfoque dogmático jurídico, mientras que otros acogen una orientación sociológica o político-criminal. Algunos de ellos abordan temas de derecho penal general, otros de derecho penal especial, otros de derecho procesal penal y, finalmente, alguno trata la problemática político-criminal. Pero pese a su diversidad, todos estos trabajos tienen como común denominador el ocuparse de alguna temática o problemática propia de las *ciencias penales*, es decir, propia del estudio del *fenómeno criminal*. Todos comparten también la característica de ser artículos *inéditos* en lengua castellana.

Para una mejor orientación del lector, hemos clasificado los artículos en cuatro secciones: (i) *Derecho penal general*; (ii) *Derecho penal especial*; (iii) *Derecho procesal penal*; y (iv) *Política criminal*.

En la sección de derecho penal general encontrará el lector, en primer lugar, el artículo del profesor japonés Hirokazu Kawaguchi, titulado “Introducción a la problemática de la identidad personal en derecho penal”, a través del cual se aborda la compleja e inexplorada problemática del concepto de personalidad para efectos penales. Se trata de un texto que había sido

publicado originalmente en alemán y que ahora se publica por primera vez en español gracias a la juiciosa traducción del profesor Orlando Humberto de la Vega Martinis.

El artículo “La Orden Europea de Detención y Entrega. Un nuevo concepto de extradición en el marco de la unión” de la profesora española Pilar Betrián, emprende el estudio de los diversos aspectos de la Orden de Detención y Entrega de la Unión Europea, que constituye una auténtica nueva modalidad de extradición entre los países miembros de la misma, desvinculada de la discrecionalidad política que estaba presente en el procedimiento clásico de extradición.

En el artículo “¿Existe el bien jurídico-penal en el siglo XXI?” la profesora Beatriz Eugenia Suárez López encara la problemática de la pervivencia del concepto de bien jurídico en el derecho penal contemporáneo, en el cual algunas tendencias doctrinales pretenden negar su existencia y su relevancia en el análisis jurídico-penal. Vale la pena resaltar que este texto resultó ganador del prestigioso “Premio Francisco Tomás y Valiente” de la Universidad de Barcelona en el año 2009.

La sección de derecho penal general se cierra con dos artículos del profesor Carlos Alberto Suárez López titulados “Aproximación al nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil colombiano” y “El principio de favorabilidad: algunas problemáticas que cuestionan su concepción tradicional”. En el primero de ellos se aborda el estudio de los aspectos centrales del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil colombiano establecido por el recientemente vigente Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). En el segundo se afronta el estudio del principio de favorabilidad penal y se postula que este clásico principio del derecho penal en la actualidad está siendo reformulado con el fin de hacerlo más flexible, dejando de lado la tradicional concepción decimonónica y formalista del mismo.

En la sección de derecho penal especial encontrará el lector, para empezar, el artículo del profesor Simón Joaquín Rodríguez Wilches deno-



---

minado “El bien jurídico protegido en el artículo 316 del Código Penal español (Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo)”, en el cual se estudia cuál es el objeto de tutela de esta disposición de la legislación penal española.

El profesor Alberto Suárez Sánchez aporta un artículo titulado “El hurto por medios informáticos y semejantes a través de la utilización de tarjeta magnética falsa o ajena en cajero automático”, en el cual se emprende el análisis de los diferentes aspectos dogmáticos de esta novedosa modalidad delictual, que apenas ahora encuentra una regulación aceptable en Colombia con la expedición de la Ley 1273 de 2009, denominada “Ley de delitos informáticos”.

La sección de derecho procesal penal se abre con el artículo denominado “La prueba de oficio en el sistema acusatorio colombiano” del profesor Jorge Aníbal Gómez Gallego, que encara el estudio de la problemática de la admisibilidad de la prueba de oficio en el nuevo procedimiento penal acusatorio nacional; problemática sobre la cual las Altas Cortes han realizado pronunciamientos jurisprudenciales divergentes.

En el artículo “El análisis judicial de la defensa técnica efectiva” la profesora Mildred Hartmann Arboleda presenta los resultados de una juiciosa investigación empírica sobre la efectividad del derecho de defensa técnica en Estados Unidos, Canadá, Chile y Colombia, realizando un análisis comparativo entre los mismos. Este trabajo le permitió a la profesora Hartmann Arboleda obtener el título de Magister en Derecho Penal y Proceso Penal de la Universidad Diego Portales de Chile.

Cierra esta sección el profesor Camilo Alberto Ortiz Jaramillo, con su artículo “El sistema acusatorio colombiano y su primer reto: la desestimación temprana como un problema de gestión. Herramientas, mecanismos y políticas de selección de casos viables”, en el cual se estudian los mecanismos y políticas de desestimación temprana de procesos con los que cuenta el nuevo sistema procesal penal acusatorio colombiano y su efectividad en los primeros años de funcionamiento del mismo.

Finalmente, en la sección de política criminal, el profesor Camilo Ernesto Mercado Mutis nos presenta su artículo “Política criminal: marco de acción estatal de la impunidad selectiva”, en el que analiza críticamente las recientes posturas político-criminales de corte expansivo y simbólico adoptadas por el Estado colombiano.

Esperamos que este esfuerzo académico conjunto sea del agrado del lector y que este texto le resulte de provecho y utilidad en su desarrollo profesional y académico. Si todo resulta como esperamos, este será apenas el primero de varios libros de artículos publicados por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, cuyo Programa de Derecho aspira a posicionarse muy pronto dentro de los más relevantes en el ámbito nacional tanto a nivel formativo como investigativo.

Por último, no podemos dejar de expresar nuestro agradecimiento a la doctora Natalia Springer, Decana de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, por haber creído en este proyecto y haberlo apoyado, así como al señor Henry Colmenares, Coordinador de Publicaciones de la misma casa de estudios, y a su equipo, por su esmerado trabajo editorial.

**Carlos Andrés Gómez González**

Decano del Programa de Derecho  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

**Carlos Alberto Suárez López**

Director del Área de Derecho Penal  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Coordinadores de la obra

Bogotá, agosto de 2010.

## **PENAL GENERAL**



# INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA IDENTIDAD PERSONAL EN DERECHO PENAL\*

HIROKAZU KAWAGUCHI\*\*

## I. PLANTEAMIENTO

Con la posibilidad de manipulación de la muerte por parte de la medicina moderna en aumento y, conforme a ello, con el creciente interés de autodeterminar la propia vida y muerte se plantea también con renovada urgencia la pregunta acerca de las posibilidades y límites de la eutanasia.

ALBIN ESER<sup>1</sup>

Con especial “renovada urgencia” se plantea la pregunta acerca de la admisibilidad de la eutanasia en pacientes que sufren estados avanzados de demencia y no son capaces de consentimiento.<sup>2</sup> No se trata aquí, por supuesto, de la muerte sistemática de enfermos mentales sin su (previo) consentimiento, como fue practicada especialmente en la Alemania de Hitler.<sup>3</sup> A continuación un ejemplo de lo que, por el contrario, nos ocupa:<sup>4</sup>

**CASO 1:** *A se entera que padece del síndrome de Alzheimer. Él conoce su destino y formula una declaración en la cual establece que, una vez entra-*

---

\* Título original: «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht. Eine Einführung». En *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2005. Traducción de Orlando Humberto De La Vega Martinis.

\*\* Profesor de Derecho Penal, Law School of Kansai University, Osaka, Japón.

1 ESER, en *Schönke/Schröder, StGB*, 27. Ed., 2006, Vorbem § 211 ss. Rn. 21; él mismo, *Sterbehilfe*, en KORFF *et al.*, (compilador), *Lexikon der Bioethik*, T. 3, 1998, p. 445 y ss.

2 Véase al respecto HOERSTER, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, 1998, pág. 70 y ss.

3 El así llamado “Programa de eutanasia”, para la muerte sistemática de niños con malformaciones y adultos enfermos mentales. Por esa razón histórica se evita en Alemania la expresión “eutanasia” y se reemplaza por el concepto más neutral de “ayuda a la muerte”. Al respecto véase Bastian, *Furchtbare Ärzte. Medizinische Verbrechen im Dritten Reich*, 2. Ed., 1996.

4 MERKEL, *Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung*, JZ 1999, pp. 502-507.

dos los síntomas de la enfermedad en su totalidad, no le deben ser aplicadas ningún tipo de medidas que lo mantengan con vida. ¿Es entonces admisible, con fundamento en su deseo inicial, correctamente formulado, dejarlo morir, si ahora indicios inequívocos hablan a favor de su deseo de vivir?<sup>5</sup>

Ronald Dworkin opina que sí y explica su posición con fundamento en el caso “Margo”:<sup>6</sup>

En él se trata de una enferma de Alzheimer de cincuenta y cuatro años, la cual vivía en su propio apartamento, donde era cuidada por una acompañante. El apartamento estaba asegurado con varias cerraduras para que ella no pudiera escaparse en la noche a pasear alrededor del parque en camión, como ya lo había hecho antes. Afirmaba leer novelas policíacas pero en realidad saltaba siempre sin plan alguno de una parte del libro a otra. Una gran cantidad de hojas estaban siempre dobladas a manera de marca. Le agradaba estar simplemente sentada, tararear melodías, balancearse suavemente, dormirse de vez en cuando y ocasionalmente hojear de nuevo el libro. Visitó un curso de pintura para pacientes de Alzheimer y pintó, como los otros, siempre el mismo cuadro. Comía con especial gusto pan con mantequilla de maní y jalea. No pudo estructurar nuevos recuerdos y los antiguos se borraban cada vez más rápido.

Dworkin construye de ahí un caso hipotético:<sup>7</sup> en él se supone que años atrás, cuando aún estaba sana y era responsable de sus actos, “Margo” habría expresado en un documento formal que si eventualmente llegaba a

---

5 MERKEL, *Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung*, ZStW 107 (1995), 545 ss., 546, trae a cuento un caso parecido: “A, un testigo de Jehová firme en sus creencias, va a ser operado de un tumor cerebral y se le informa del riesgo de una grave minusvalía cerebral posterior a la operación. Él redacta entonces una declaración en la que dispone que las reglas de su religión deben ser estrictamente observadas en el caso en que llegara a ser necesario tratamiento médico posterior; en especial, que una transfusión de sangre no le debe ser realizada jamás. La operación deja a A en un estado de grave retardo mental, aproximadamente al nivel de un niño de un año. El tumor es recidivante e incurable, pero A tiene aún una expectativa de vida de muchos años. A no sabe mas nada de su antigua personalidad, de su religión, de su declaración, y es completamente incapaz de entender algo de esas cosas. Pero es evidente que vive con gusto, se divierte jugando, comiendo, viendo imágenes coloridas en la televisión. Ahora A padece de una lesión fruto de una caída, la cual sería fácilmente curable, pero exige urgentemente una transfusión de sangre. El médico conoce la declaración”.

6 DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion*, First Vintage Edition, 1994, p. 220 y ss.

7 Dworkin, *op. cit.*, (nota 6), p. 226.

padecer de Alzheimer, en el caso de sobrevenir otra enfermedad que la amenazara de muerte no deseaba ningún tratamiento médico adicional o, incluso, deseaba una muerte lo más rápida y con la menor cantidad de dolor posible. Ahora bien, ¿exigiría el derecho a la autodeterminación que las personas competentes de su cuidado respetaran ahora su deseo, aún cuando ella, según parece, no es del todo infeliz con sus novelas policíacas marcadas en múltiples hojas, sus cuadros siempre iguales y sus panes con mantequilla de maní?

Dworkin sustenta su respuesta positiva<sup>8</sup> así: en su opinión cada ser humano posee una estructura precisa, la cual permite una estrategia coherente de elección entre posibilidades, una orientación general a determinados ideales de carácter o de desarrollo, la cual otorga a su poseedor individualidad. Dworkin la señala –y la ilustra– en los siguientes términos: “an integral creative narrative”.<sup>9</sup> Para él prevalece el “critical interest”, el cual conserva la integridad de la vida, sobre cualquier “experimental interest”.<sup>10</sup>

El criterio de la identidad personal es entonces, para él, una integridad narrativa de la vida,<sup>11</sup> la cual arrastra consigo un “interés por la autodeterminación”. La pregunta, cómo una persona sigue siendo la misma pese al paso del tiempo, es, sin embargo, probablemente casi tan antigua como la humanidad. Ella juega desde Locke<sup>12</sup> también en la filosofía<sup>13</sup> un papel importante, y principalmente en la filosofía analítica de la mente.<sup>14</sup> En Alemania se planteó en una sentencia del BGH,<sup>15</sup> cuyos hechos fueron así:

8 *Ibidem*, (nota 6), p. 230.

9 *Ibidem*, (nota 6), p. 205.

10 *Ibidem*, (nota 6), p. 231.

11 MCINTYRE, *After Virtue*, 2. Ed., 1984, p. 217; TAYLOR, *The Sources of the Self*, 1989, p. 50 y ss.

12 LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford, At The Clarendon Press, 1960, p. 182 y ss.

13 De la nueva bibliografía filosófica véase, p. ej. QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2003; GILLITZER, *Personen, Menschen und ihre Identität*, 2001; ambos con bibliografía adicional. Véase también NOONAN, *Personal Identity*, 2. Ed., 2003.

14 Al respecto véase Amélie O. Rorty, Introduction, en: *la misma* (compiladora), *The Identities of Persons*, 1976, p. 1 y ss; QUANTE, *Einleitung: Personale Identität als Problem der analytischen Metaphysik*, en: el mismom (compilador), *Personale Identität*, 1999, pág. 9 ss.

15 BGHSt 40, 257 con comentario de Helgerth, JR 1995, 338 ss; Rönna, JA 1996, 108 ss. Véase también Schöch,

**CASO 2:** el médico *A* había ordenado suspender la alimentación de una paciente que yacía desde hacía tres años con un síndrome de Kretschmer irreversible, para dejarla morir. El BGH consideró, contrario a lo decidido por la instancia previa, significativa la voluntad presunta de la paciente, casó la sentencia del LG y remitió el expediente de vuelta. El proceso terminó con la absolución de *A*.

Reinhard Merkel está en contra de la utilización del criterio de la voluntad presunta del paciente en este tipo de casos, y opina que la persona que ahora ha dejado de ser autónoma bien podría haber tenido como antecesor a otra persona, esa sí autónoma.<sup>16</sup> Como lo muestra la sentencia del BGH, la problemática de la identidad personal apenas si es tomada en consideración en la moderna dogmática jurídico penal, aunque ya Locke<sup>17</sup> y Leibniz<sup>18</sup> discutieron el tema también en consideración al derecho penal. Merkel considera la identidad personal “un problema fundamental inexplorado de la dogmática jurídico penal”<sup>19</sup> e investiga tres casos adicionales, en los cuales la pregunta por la identidad personal se convierte en un problema jurídico: el caso “Sirius”<sup>20</sup> (caso 3), el caso del “teletransporte”<sup>21</sup> (caso 4) y el caso de una amnesia regresiva<sup>22</sup> (caso 6).

---

*Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen*, NStZ 1995, 153 ss; *Verrel, Selbstbestimmungsrecht* contra Lebensschutz, JZ 1996, 224 ss; *Vögel, Die versuchte, passive Sterbehilfe*“ nach BGH MDR 1995, 80, MDR 1995, 337 ss; *Merkel* (nota 5), pág. 545 ss; *Bernsmann, Der Umgang mit irreversibel bewusstlosen Personen und das Strafrecht*, ZRP 1996, 87 ss.

16 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), pág. 507.

17 LOCKE (nota 12), pág. 194 ss.

18 LEIBNIZ expone en contra de Locke, entre otras cosas, lo siguiente: “si una enfermedad ha causado la interrupción de la continuidad del enlace entre consciencias, de tal forma que yo no sé cómo he llegado al estado presente, aunque podría acordarme de cosas situadas en un pasado lejano, entonces el testimonio de otro podría rellenar los vacíos de mi memoria. Se me podría incluso sancionar en razón a ese testimonio, de haber yo cometido intencionalmente algo malvado en aquel período de tiempo y de haberlo olvidado al poco rato en razón de la enfermedad”. LEIBNIZ, *Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand I* (compilado y traducido por Engelhardt/Holz), 1996, p. 407.

19 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 502.

20 BGHSt 32, 38 con comentario de Schmidhäuser, JZ 1984, 195 s; Roxin, NStZ 1984, 71 ss; Sippel, NStZ 84, 357 y ss.

21 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 503.

22 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 509 y ss.



**CASO 3:** un estafador consumado que se hace pasar por emisario de una forma de vida superior de la estrella Sirius, le hace creer con éxito a una conocida que ella habría sido seleccionada para seguir viviendo después de su muerte como un ser astral en la estrella Sirius. Sin embargo ella debería para ello abandonar ya su cuerpo actual y pasarse a otro, el cual estaba listo para ella en el Lago de Ginebra. Con ese fin debía arrojar en su bañera un secador de pelo encendido. De esa manera se quitaría su actual cuerpo terrestre y al mismo tiempo despertaría en el nuevo que estaba listo para ella. ¿Es esto una instigación al suicidio o un asesinato en autoría mediata?

Merkel<sup>23</sup> combina este caso con el caso hipotético del “teletransporte” de Lem.<sup>24</sup>

**CASO 4:** supongamos que se desarrollara con éxito un método para, mediante un “Scanning” radiológico de alta energía, averiguar la completa estructura atómica de todas las células del cuerpo de un ser humano, y para guardarla como información codificada. *A* es escaneado con ese método y, de esa manera, se destruye su cuerpo. Toda la información es transmitida a otro lugar, donde el cuerpo es refabricado en un estado idéntico, incluso subjetivamente. ¿Es el ser humano allí producido idéntico a *A*, o estamos frente a un asesinato o suicidio?

Este caso recuerda al conocido caso hipotético de Bernard Williams.<sup>25</sup> Aquí es modificado para ajustarlo al contexto jurídico penal (caso 5):

**CASO 5:** supongamos que existiera una máquina que pudiera grabar toda la información contenida en un cerebro y, acto seguido, la pudiera traspasar a otro cerebro. Imaginemos ahora que la información de los cerebros *A* y *B* se intercambia por intermedio de esta máquina. De esta manera el cuerpo de la persona *A* se convierte en portador de la información mental de *B* y, por supuesto, viceversa. ¿Quién debería ser sancionado, en caso que *A* hubiera

23 MERKEL (nota 4), pág. 503.

24 Lem, *Summa Technologiae*, 1980, p. 356 y ss; al respecto véase Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 503, pie de página 2.

25 WILLIAMS, *The self and the future*, en él mismo, *Problems of the Self*, 1973, p. 46 y ss.

cometido un hecho punible antes del cambio de información: el cuerpo de la persona *A*, el cuerpo de la persona *B* o ninguno de los dos?

Williams tiene en este caso el criterio del cuerpo como una condición necesaria para la identidad diacrónica de una persona.<sup>26</sup> De vuelta ahora al caso propuesto por Merkel:<sup>27</sup>

**CASO 6:** un hombre sale a pasear en bicicleta y no regresa más a casa. Él continúa pedaleando mecánicamente durante toda una semana, no come nada, toma agua en los lavamanos de los baños públicos y duerme al aire libre. Aproximadamente a trescientos kilómetros de distancia de su lugar de origen se detiene y se pregunta: ¿por qué estás aquí?, ¿a dónde quieres ir?, ¿de dónde vienes?, ¿quién eres? Las investigaciones clínicas confirman una amnesia regresiva completa en relación con el contexto biográfico, aunque el hombre domina aun el resto de comportamientos del diario vivir sin ningún problema. ¿Sería punible este hombre si hubiera cometido un delito antes de la entrada de la amnesia?

Merkel se refiere en un pie de página también a la problemática en casos de aborto.<sup>28</sup> Allí también se trata siempre de la pregunta acerca de si el feto es persona y, por ello, tiene derecho a la vida.<sup>29</sup> A veces se discute también sobre “la muerte cerebral y la identidad de la persona”.<sup>30</sup>

En Japón se introdujo el problema de la identidad de la persona en el discurso de derecho penal un poco antes que en Alemania, y lo fue por el filósofo

---

26 WILLIAMS, *Are persons bodies?*, en él mismo (nota 25), p. 64 y ss; véase QUANTE (nota 14), p. 18 y ss.

27 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 509.

28 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 511, pie de página 45.

29 Recientemente ha habido un debate interesante entre ESER y JAKOBS sobre si el feto puede ser entendido como persona; véase ESER, «Rechtspolitische Schlußbetrachtungen», en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*, Teil 3, 1999, p. 513 y ss (en especial p. 570 y ss); JAKOBS, *Rechtmäßige Abtreibung von Personen*, JR 2000, p. 404 y ss.

30 Véase al respecto MATSUO, «Hirntod und Personenbegriff», en KAWAGUCHI/SEELMAN (compiladores), *Rechtliche und ethische Fragen der Transplantationstechnologie in einem interkulturellen Vergleich*, ARSP Beiheft Nr. 86, 2003, pp. 81-86 y ss.

del derecho Morimura, quien, en conexión con Derek Parfit,<sup>31</sup> desarrolló una teoría propia en su monografía “El derecho subjetivo y la persona”.<sup>32</sup> Morimura nombra dos ámbitos en los cuales una definición de la identidad personal en el contexto jurídico penal es de importancia: primero, para la prohibición de participación en el suicidio.<sup>33</sup> Segundo, para la pregunta de la prescripción.<sup>34</sup> Según él, a consecuencia del debilitamiento de sus referencias psicológicas, cada Yo, después de cierto tiempo, deja de ser totalmente idéntico con sí mismo: un “Casi-Otro”. Con ello fundamenta tanto la prescripción de hechos punibles como la prohibición de una cooperación en suicidios. Él supone que matarse a sí mismo significa la muerte de –en el futuro– un “otro” potencial. Con esa suposición es posible defender también opiniones paternalistas.

También en Japón fueron conocidos recientemente algunos casos<sup>35</sup> de trastorno de personalidad múltiple.<sup>36</sup> En uno de ellos fue claramente debilitada, o incluso eliminada, la importante función integrativa de conciencia y memoria.<sup>37</sup> Los límites de la imputación jurídico penal de hechos punibles en estos casos ya la discutí en otra parte.<sup>38</sup> Aquí sólo deseo introducir un ejemplo:

**CASO 7:** alguien que padece trastorno de personalidad múltiple se descompone en las personalidades *A*, *B* y *C*. ¿Quién o qué puede ser sancionado, cuando él, por ejemplo, como *A*, viola a alguien?

31 PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984.

32 MORIMURA, *Kenri to jinken*, 1989.

33 Morimura, *op. cit.*, (nota 32), pág. 108 ss.

34 Morimura, *op. cit.*, (nota 32), p. 119. Según Jakobs (Strafrecht, AT, 2. Ed., 1991, 10/22) “la prescripción toma en cuenta que la identidad del autor puede cambiar con el tiempo, especialmente en menores y adolescentes”.

35 Véase al respecto KAWAGUCHI, *Kairiseidouitsyiseishogai* (Tajujinkaku) *to keijisekinin*, *Nara Hogakkai Zasshi*, Tomo 11, núm. 2 (1998), p. 2 y ss.

36 Según PSCHYREMBEL, *Klinisches Wörterbuch*, 259. Ed., 2002, “un trastorno de personalidad múltiple (también trastorno de identidad disociativo DSM IV) es caracterizado por la existencia (aparente) de dos o más estados diferenciables de personalidad dentro de una persona, los cuales toman por turnos el control sobre la conducta de la persona (frecuentemente unidos con señales de amnesia disociativa). Véase también Huber, *Multiple Persönlichkeiten*, 1995.

37 Contra la existencia de personalidad múltiple, Füllgrabe, *Das Phänomenen der multiplen Persönlichkeit*, *Kriminalistik* 1996, p. 390 y ss.

38 KAWAGUCHI, *Tajujinkaku to keijisekinin*, *Hanzei to Keibatsu*, No. 11 (1995), p. 99 y ss. Véase también SAKS/BEHNKE, *Jekyll on Trial, Multiple Personality Disorder and Criminal Law*, 1997.

Recientemente ha sostenido Jakobs en un artículo sobre “La punibilidad de las personas jurídicas” la identidad de la persona (jurídica) como la llave para esta problemática. Según él no se puede hablar de culpabilidad en tratándose de personas jurídicas del mismo modo a como lo hacemos para personas naturales, porque aquí no se presentaría ninguna continuidad física. Él supone que,

un derecho penal, el cual funde la culpabilidad en el lado comunicativo de la conducta, así como un derecho penal que parta de un concepto normativo de culpabilidad, debe entender los hechos punibles como expresiones de personas a las cuales se les adscribe una conciencia, y no sólo al momento del hecho sino también al momento del juicio y al momento de la ejecución de la pena. En ese caso no puede bastar cualquier conciencia que corresponda, sino sólo la continuamente idéntica.<sup>39</sup>

Hay entonces una serie completa de preguntas jurídico penales que se encuentran en estrecha correlación con la identidad de la persona. Y aunque Merkel opine que “el laberinto de las preguntas filosóficas realmente difíciles” nos lleve “al final a paradojas sin solución”,<sup>40</sup> intentaré encontrar el Hilo de Ariadna que nos guíe fuera de este laberinto.

## II. ¿QUÉ ES UNA “PERSONA”?

Este concepto requiere de esclarecimiento.<sup>41</sup> Como “persona” se designa, según un diccionario filosófico<sup>42</sup> muy conocido,

el individuo en su particularidad humana, esto es, en tanto que él no es sólo un organismo natural [...] La persona es un fenómeno ético.

---

39 JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», en: PRITZWITZ et al. (compilador), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 559 y ss, p. 569.

40 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 511.

41 BRASSER, PERSON, *Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart*, 1999.

42 SCHISCHKOFF (compilador), *Philosophisches Wörterbuch*, 22. Ed., 1991, p. 549.

Ella es la esencia, el centro y la unidad de los actos intencionales dirigidos a otras personas [...] En sentido jurídico es persona quien puede tener derechos y deberes.

El concepto de persona es, entonces, ambiguo. El filósofo estadounidense Dennet distingue por eso seis aspectos distintos del concepto de persona:<sup>43</sup>

Una persona es siempre:

1. un ser racional (Aristóteles y Hintikka),<sup>44</sup>
2. el objeto de una imputación de predicados psicológicos y corporales (Strawson),<sup>45</sup>
3. dependiente de una actitud frente a ella, esto es, de una posición adoptada frente a ella (Mackay,<sup>46</sup> Thomas Nagel,<sup>47</sup> Dennett entre otros),<sup>48</sup>
4. obligada a replicar esa actitud (ser persona significa, por ejemplo, tratar a otro como persona. Grice<sup>49</sup> entre otros),
5. sujeta a un intercambio verbal,
6. en posesión de una conciencia de la propia valía (lograda a través del lenguaje) (Anscombe,<sup>50</sup> Sartre,<sup>51</sup> Harry Frankfurt,<sup>52</sup> entre otros).

43 DENNET, «Condition of Personhood», en Rorty (nota 14), p. 175 y ss; véase BRASSER (nota 41), p. 178 y ss.

44 HINTIKKA, *Knowledge and Belief*, 1962.

45 STRAWSON, *Individuals*, 1959.

46 MACKAY, «The use of behavioral language to refer to mechanical processes», *British Journal of Philosophy of Science*, 1962, p. 89 y ss.

47 NAGEL, «War and Massacre», *Philosophy and Public Affairs*, 2 (1972), No. 2, p. 1 y ss.

48 DENNETT, *op. cit.*, (nota 43), p. 159, (anotación 6) con ulteriores referencias.

49 GRICE, «Personal Identity», *Mind* 50 (1941), p. 330 y ss.

50 ANSCOMBE, *Intention*, 1957.

51 SARTRE, *La Transcendencia de Lego*, 1937.

52 FRANKFURT, «Freedom of Will and the Concept of a Person», *Journal of Philosophy* 68 (1971), p. 5 y ss.

También Peter Singer le atribuye un peso especial al sexto aspecto.<sup>53</sup> Según él persona es quien a través de una conciencia de la propia valía desarrolla una identidad por encima del cambio de lugar y tiempo y con ello obtiene la noción de su propio futuro. Por ello para él quien no es consciente, racional o autónomo, aunque viva biológicamente no vive sin embargo su biografía y por ello no es persona y su vida no tiene ningún valor en sí.

La vida de quien no yace en coma y tiene conciencia, pero no conciencia de su propia valía, tiene entonces valor cuando ella experimenta más placer que dolor o cuando tiene preferencias que pueden ser satisfechas; pero es difícil de comprender por qué se debería mantener con vida una existencia humana de ese tipo, cuando la vida en general le es miserable.<sup>54</sup>

En efecto, según Dworkin este valor (denominado por él como “experimental interest”), no prevalece sobre el valor “biográfico” (llamado por él “critical interest”), el cual preserva la integridad de la vida.<sup>55</sup> Aunque Dworkin no habla expresamente del concepto de persona, su planteamiento se parece al de Singer.

Como lo muestran las distintas definiciones no es evidente “qué es una persona”. Su definición depende siempre del contexto. En el contexto jurídico se define persona la mayoría de las veces como un “portador de derechos y deberes” (Kelsen).<sup>56</sup> Según Singer un niño de pecho, el cual al momento de su nacimiento no tiene todavía conciencia de su propia valía, no puede ser aún considerado como persona. El BGB, por el contrario, ve al niño de pecho como alguien con capacidad jurídica.<sup>57</sup> Para no extraviarnos en la problemática con-

---

53 Brassier, *op. cit.*, (nota 41), p. 198 y ss.

54 SINGER, *Praktische Ethik*, 2. Ed., 1994, p. 245.

55 Dworkin, *op. cit.*, (nota 6), p. 231.

56 KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Ed., 1960, p. 176 y ss.

57 § 1 BGB: “La capacidad jurídica del hombre comienza con la terminación del nacimiento. También según el § 1b (1 jyo no 3) del Código Civil japonés comienza la capacidad jurídica de derecho privado con el nacimiento”.

ceptual deberíamos orientarnos siempre a la definición kelseniana de persona como “portador de derechos y deberes”, si de lo que se trata es de definiciones jurídicas. Que alguien sea portador de derechos y deberes depende, sin embargo, del contexto correspondiente. En lo sucesivo se procederá de manera muy similar cuando se hable de la identidad de una persona.

### III. LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL

Ahora abordaré el problema de la identidad personal. Desde Locke existe una tendencia de disolver la corporeidad de la identidad de una persona para trasladarla a la conciencia, la cual puede lograr una unidad continuada gracias a experiencias presentes y recuerdos. Según Locke,

para constatar en qué consiste la identidad de la persona debemos primero investigar qué significa persona. Esta palabra designa, en mi opinión, un ser pensante e inteligente, el cual posee razón y reflexión, y el cual se puede considerar a sí mismo como sí mismo [...] Esto ocurre exclusivamente a través de la conciencia, la cual es inseparable del pensamiento y, me parece a mí, pertenece a su ser [...] En tanto esa conciencia pueda ser pensada hacia atrás para hechos o pensamientos pasados, bastará para la identidad de esa persona. Ella es ahora el mismo Sí-Mismo como en aquel entonces; aquella acción fue ejecutada por el mismo Sí-Mismo que ahora reflexiona sobre ella.<sup>58</sup>

Esta propuesta de Locke de definir la identidad de una persona sobre el fundamento de recuerdos ha sido, en lo sucesivo, siempre discutida pero también criticada. En especial el caso de un cambio de personalidad (caso 5) conduce *ad absurdum* el criterio del recuerdo de Locke, según Williams.<sup>59</sup> Según él no se puede determinar la identidad de una persona sin el recurso a su cuerpo.

<sup>58</sup> Locke, *op. cit.*, (nota 12), p. 187 y ss.

<sup>59</sup> Williams, *op. cit.*, (nota 25), p. y 46 ss.

La pregunta por la identidad no es, sin embargo, el único problema frente a nuestro concepto de persona, sino que también deben ser tenidos en cuenta una serie de aspectos adicionales, razón por la cual una diferenciación ulterior resulta permitida. Yo propongo considerar por separado las tres identidades de autor, víctima y sujeto que consiente. Frente al autor se trata del portador de culpabilidad. Aquí el criterio lockeano de la conciencia de la propia valía es indispensable. Cuando se pierde la continuidad de la conciencia, como en el caso de personalidad múltiple (caso 7), la culpabilidad ya no es imputable. Para la identidad del autor rige, en consecuencia, el principio de la imputación de culpabilidad. Por el contrario, para la identidad de la víctima, por ejemplo frente a lesiones personales u homicidio, la continuidad corporal es decisiva porque un daño causado presupone un objeto del hecho idéntico. Para la identidad del sujeto que consiente rige desde el primer momento el principio de la autodeterminación: un Sí-Mismo en el tiempo/1 deber ser idéntico con él en el tiempo/2. Cuando en el cuerpo de una primera persona se desarrolla después una subjetividad completamente nueva ya no es posible seguir hablando de autodeterminación. Merkel critica, en mi opinión de manera acertada, la opinión del BGH que parte de un consentimiento presunto, y supone un conflicto de intereses entre distintas partes, los cuales deben ser ponderados unos con otros. Para Quante el concepto de identidad personal ha sido simplemente sobrecargado en muchos aspectos y las exigencias corren “unas al lado de otras casi sin contacto”. Ellas surgen, entre otras, a consecuencia de diferentes planteamientos,<sup>60</sup> a los cuales se les asigna una etiqueta común, bien sea en el contexto filosófico o jurídico penal. Una diferenciación precisa resulta por ello permitida aquí.

---

<sup>60</sup> Quante, *op. cit.*, (nota 13), p. 19, contabiliza al respecto los siguientes cuatro planteamientos: condiciones de la personalidad, (sincronía) unidad de la persona, (diacronía) persistencia así como personalidad.



#### IV. EL SIGNIFICADO DE LA IDENTIDAD PERSONAL PARA LA PREGUNTA POR LA EUTANASIA

En primer lugar resumiré brevemente lo discutido hasta ahora desde mi punto de vista:

1. El concepto de “persona” debe ser definido siempre en un contexto jurídico como “portador de derechos y deberes”.
2. La identidad de una persona es también dependiente de su contexto, razón por la cual en un contexto jurídico penal resulta permitida una diferenciación ulterior. La identidad de autor, víctima y sujeto que consiente, respectivamente, deben ser diferenciadas con precisión.
3. Para la identidad de un autor rige el principio de imputación de culpabilidad. Para ello necesitamos el criterio de la conciencia en el sentido lockeano. Donde no esté presente la conciencia, donde no esté presente una fuente de recuerdos no puede imputarse culpabilidad.
4. Para la identidad de la víctima rige el principio de la causación. Aquí resulta oportuno el criterio del cuerpo. Quien mata a una persona con personalidad múltiple (por ejemplo, en el caso de Billy Milligan),<sup>61</sup> mata al fin y al cabo sólo a una persona.
5. Para la identidad del sujeto que consiente rige por sobre todo el principio de la autodeterminación. Si en el cuerpo de una persona se desarrolla una subjetividad completamente nueva, la autodeterminación, simplemente, se termina. Por eso se trata, como Merkel supone, de una ponderación de intereses contrapuestos de distintos titulares.

Para terminar deseo ocuparme críticamente de la opinión de Dworkin en el caso de interrupción de tratamiento (caso 1). En Alemania las opiniones están divididas entre quienes la aceptan y quienes la rechazan. Hoerster no

---

<sup>61</sup>Saks/Behnke, op. cit., (nota 38), p. 6 y ss.

considera la voluntad de vivir de quien se encuentra en un estado de incapacidad de emitir juicios como indicio de consentimiento. Con ello se inclina a la opinión de Dworkin, aunque a él la fundamentación de Dworkin se le hace innecesariamente complicada.<sup>62</sup> Merkel, por el contrario, critica el punto de partida de Dworkin con su duda en la continuidad de la persona<sup>63</sup> y en el caso “Margo”, en mi opinión de manera acertada, critica también su resultado y la fundamentación de un consentimiento presunto.

“Margo” ya no es capaz de consentir racionalmente, sin embargo puede vivir de conformidad con el esquema de satisfacción-insatisfacción<sup>64</sup> y en esa medida tiene intereses determinados. Si ella entre el tiempo/1, en el cual aún es capaz de decisión, y el tiempo/2, en el cual ya no es capaz de decisión, ya no es más el mismo sujeto sino que en el tiempo/2 se trata de una persona distinta del sujeto que consiente, entonces no puede hablarse más de autodeterminación. Por el contrario se trata de una ponderación de intereses en conflicto de distintos titulares. Los intereses de “Margo” en el tiempo/2 prevalecen sobre los intereses de “Margo” en el tiempo/1, la cual ya no posee más su cuerpo. El interés de la “Margo” del tiempo/1 en el cuerpo de aquella del tiempo/2 se parece al interés de una muerte en su cadáver.<sup>65</sup> Por el contrario, según Merkel, en el caso 2 permanece “vacía” una cara necesaria de la ponderación, porque no hay otro “Yo sucesor”.<sup>66</sup> Por ello supone Merkel que en pacientes que padecen el síndrome de Kretschmer no hay ningún interés, pero sí en pacientes que padecen Alzheimer.

Yo estoy de acuerdo con Merkel en que la suposición de un consentimiento presunto puede ser errónea, sin embargo tengo algunos problemas con

---

62 Hoerster, *op. cit.*, (nota 2), p. 81 (anotación 56).

63 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 508 con anotación 31.

64 JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Ed., 1999, p. 9.

65 Según el BVerfGE 30, 173 ss, 194, “la dignidad humana sigue produciendo efectos más allá de la muerte. Pero aquí no se trata de un bien jurídico abstracto sino de una confianza concreta ‘en la protección de su imagen de la vida’ [...] contra las lesionadoras ‘tergiversaciones después de la muerte’ y de esta manera poder ‘vivir en esa expectativa’” (BGH JZ 1968, 697 ss, 699). Véase al respecto HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 184.

66 Merkel, *op. cit.*, (nota 4), p. 508.

su posición. De una parte ella implica que la vida como tal no es un bien jurídico a proteger de forma absoluta. De otra no me parece preciso el trazo de la frontera en la cual un *Yo* desaparece o se transforma en uno siguiente. La “Margo” del tiempo/2 puede poseer un ego, pero, ¿vale esto también para alguien “en estado de grave retardo mental, por ejemplo al nivel de un niño de un año?”.<sup>67</sup> Yo me inclino en el primer punto a darle la razón a Merkel, sin embargo busco una mejor fundamentación para ello. Por el contrario todavía se requiere, para el establecimiento de los criterios de fijación del límite, sin duda de una investigación del estado de necesidad justificante,<sup>68</sup> el cual no es posible aquí por razones de tiempo y espacio, así como de un análisis de otro campo de problemas en el ámbito de la identidad personal.<sup>69</sup>

### Epílogo 2008

El presente texto fue redactado hace cuatro años con ocasión del libro *Homenaje a Eser* (Arnold *et al.*, –compiladores–, *Menschengerechtes Strafrecht*, 2005, pp. 139-148) y ahora sólo ligeramente modificado para la versión en castellano. Agradezco al señor Orlando Humberto De La Vega Martinis por la traducción. Este corto artículo es sólo una introducción al espinoso problema de la identidad personal, sobre el cual quisiera profundizar en lo sucesivo. De la nueva bibliografía remito al interesante debate entre Silva Sánchez ZStW 118 (2006) 574; ZStW 120 (2008) 22 y Joerden ZStW 120 (2008) 11 sobre el “principio y fin de la protección jurídica de la vida” en relación con el pie de página 29 del presente artículo.

<sup>67</sup> Véase el caso citado arriba en el pie de página núm. 5.

<sup>68</sup> Véase al respecto últimamente PAWLICK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002; MERKEL, *Früheuthanasie*, 2001.

<sup>69</sup> Hay otras preguntas interesantes de la identidad personal. Últimamente, afirma por ejemplo GLANNON, *Identity, prudential concern, and extended lives*, *Bioethics*, Tomo 16 (2002) núm. 3, p. 266 y ss., que la prolongación del lapso de vida humana a través de manipulación genética hasta doscientos años no sería aceptable, porque con ello, entre otras, se debilitaría considerablemente el lazo entre estados mentales pasados y futuros y, así, los fundamentos psicológicos de la identidad personal. En contra de esta posición argumenta HARRIS, *A response to Walter Grannon*, a. a. O., p. 284 y ss. Véase también, en el mismo, *Clones, genes and immortality*, 1998, p. 61 y ss.







UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**  

---

[www.utadeo.edu.co](http://www.utadeo.edu.co)

ISBN: 978-958-725-045-9



9 789587 250459