

**DERECHO PENAL
PANAMEÑO**

PARTE ESPECIAL
TOMO I

DELITOS CONTRA LA VIDA Y
LA INTEGRIDAD PERSONAL

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE
VIRGINIA DEL CARMEN ARANGO DURLING

DERECHO PENAL PANAMEÑO

PARTE ESPECIAL
TOMO I

DELITOS CONTRA LA VIDA Y
LA INTEGRIDAD PERSONAL



2018

DEDICATORIA

*A la memoria de nuestro maestro,
el Prof. Dr. D. José María Rodríguez Devesa
y a su esposa Doña Dolores Nuñez.*

DERECHOS RESERVADOS

1ª edición, 2018
© Virginia Arango Durling, 2018
© Carlos Enrique Muñoz Pope, 2018
© Ediciones Panamá Viejo
Apartado Postal 0843-001213

ISBN 978-9962-692-18-8

Directora de Colección: Virginia Arango Durling
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Panamá

Dirección de edición:
Asesorías en Ediciones Gráficas.
Tel: (506) 2551-2373
E-mail: asesoriasgraficascr@gmail.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, de acuerdo con las leyes vigentes en la República de Panamá, salvo autorización expresa del autor.

Panamá, República de Panamá
Apartado Postal 0843-001213

PRÓLOGO

Esta obra sobre la Parte Especial del Derecho penal panameño representa un esfuerzo iniciado hace muchos años. Los autores empezamos este proyecto a finales del siglo pasado, cuando nuestras clases en la Universidad de Panamá nos imponían ofrecer a los estudiantes un texto base para estudiar la asignatura.

En un inicio, a mediados de los años 80 del siglo pasado, publicamos los títulos de los delitos contra la vida y la integridad personal y los delitos contra la libertad, al amparo del Código Penal anterior, así como el estudio de los delitos contra la salud pública, en atención a la relevancia de los delitos relacionados con drogas.

Mucho tiempo ha transcurrido desde esos años, cuando iniciamos este proyecto, que luego se vio demorado por otras prioridades: formamos una familia con cuatro hijos, ya todos adultos y algunos con hijos, nos ocupamos individualmente de la Parte General y de otros temas muy atractivos de forma individual para ambos, así como diversos temas puntuales sobre Derechos Humanos y el proceso penal.

En esta publicación, que hoy ve la luz, solo aparecen los delitos contra la vida y la integridad personal, pues consideramos la importancia y trascendencia de este bien jurídico protegido como eje central de la Parte Especial, lo que nos obliga a programar el resto de la obra que ya está prácticamente terminada para su pronta publicación en tres o cuatro volúmenes adicionales.

Publicar sobre temas jurídicos en nuestro país siempre es trabajo agri dulce, pues el ingente esfuerzo realizado no tiene incentivos ni mayor trascendencia. Las obras las publicamos los autores asumiendo nosotros los costos y vendiendo personalmente las mismas a los estudiantes o en nuestros despachos profesionales, tratando de recuperar la cuantiosa inversión realizada que, tristemente, nunca retorna.

En Panamá nadie compra libros y menos de Derecho Penal, área de la Ciencia del Derecho marginada y marginal. Y los jueces y fiscales, junto a los estudiantes universitarios, que son los destinatarios primarios, se limitan a sacar fotocopias de los mismos o no pueden adquirirlos por diversas razones, pero el precio no es uno de ellos.

Las obras que citamos en el texto de la obra pertenecen a nuestra Biblioteca personal, que a lo largo de 40 años hemos ido formando gracias al apoyo de la Librería Marcial Pons, de Madrid, que siempre nos ha apoyado en los envíos a nuestro domicilio y algunos otros adquiridos en nuestros viajes por los países de nuestro Continente, cuando los eventos académicos nos permiten un escape a las numerosas librerías jurídicas que existen en países de nuestro entorno.

Este trabajo, por otra parte, implica un estudio de nuestro derecho positivo, con importantes referencias al Derecho Comparado, cada vez que ello sea necesario y posible. El lector podrá observar, muy rápidamente la poca o inexistente referencia jurisprudencial patria en el texto, pero la misma carece de práctica trascendencia en nuestro país. Lo que la Corte Suprema decide en materia penal, no siempre tiene valor fuera del caso donde se pronuncia la decisión, pues la misma Corte dice lo contrario cuando le interesa o le conviene a cualquier allegado al poder.

Para los tribunales inferiores, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia son poco conocidas o ignoradas deliberadamente. Pocas veces los fallos del Pleno o de la Sala Penal tienen una relevancia o connotación jurídica digna de exaltar o comentar, independientemente del Ponente o firmantes de la decisión. En la mayoría de los

casos, la importancia de tales fallos se produce en el área procesal penal, lo que impide su discusión en esta publicación.

Lamentablemente, vivimos en un país donde el que administra justicia penal no conoce la teoría del delito y se halla anclada, todavía en el neoclasicismo de Mezger. Muchos no han oído hablar ni han leído nada sobre las nuevas concepciones del tipo penal, el error de tipo, el error de prohibición, las nuevas corrientes funcionalistas, etc., pues la mayoría no compra un libro desde que terminaron los estudios de licenciatura quince, veinte o treinta años atrás. Así no se puede publicar o editar una revista, es, ni más ni menos, igual que arar en el desierto.

No obstante lo anterior, hay una nueva generación de estudiantes y jóvenes profesionales que motivan al docente y sirven de apoyo y estímulo para el trabajo intelectual.

Si el país quiere desarrollarse e integrarse de cara a los retos del nuevo siglo, este trabajo tiene un futuro, para la nueva generación de abogados, fiscales y magistrados del nuevo Panamá que todos debemos construir desde el lugar en que nos encontremos cada uno.

No queremos terminar estas líneas, sin evocar la memoria del prof. Dr. D. José María Rodríguez Devesa y su mujer, Doña Dolores Núñez. Sin el apoyo de D. José María no hubiésemos terminado nuestros estudios en la Universidad Complutense de Madrid, aunque la tesis doctoral de Virginia Arango se defendió unos años después de su jubilación. Desde el primer viaje de ellos a Panamá, en agosto de 1977, y sus posteriores llegadas a nuestro país, su trato hacia nosotros fue impecable y la calidez humana de ambos siempre estará presente en nuestro recuerdo

Panamá, 31 de octubre de 2018.

Carlos E. Muñoz Pope y Virginia Arango Durling

ÍNDICE

Dedicatoria	7
Prólogo.....	9
Abreviaturas	23

DERECHO PENAL PANAMEÑO PARTE ESPECIAL

I. DETERMINACIONES PREVIAS.....	29
II. INTRODUCCIÓN A LA PARTE ESPECIAL.....	32
<i>A. Teoría general de la parte especial.....</i>	<i>32</i>
<i>B. Sistema y método de la parte Especial.</i>	<i>37</i>

PRIMERA PARTE DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

SECCIÓN 1ra.

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

SUBSECCIÓN 1a.

CAPÍTULO I

Delitos contra la Vida Humana Independiente

El tipo básico del Homicidio El homicidio simple

I. CONCEPTO LEGAL DEL HOMICIDIO.....	45
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	46

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA	46
A. <i>El tipo de injusto</i>	46
B. <i>Antijuricidad</i>	53
C. <i>Formas de Aparición delictiva</i>	53
D. <i>Consecuencias Jurídicas</i>	54
Bibliografía.....	55

CAPÍTULO II

Los Homicidios Agravados

I. INTRODUCCIÓN	57
II. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LA CALIDAD DEL SUJETO PASIVO	59
A. <i>Homicidio agravado por razón de la relación de parentesco o de quien se encuentre bajo la tutela del autor (art.132 numeral 1)....</i>	59
B. <i>Homicidio con conocimiento, en una mujer grávida, en niños de doce años de edad o menor o en un adulto de setenta años de edad o más (art.132 numeral 3)</i>	62
C. <i>Homicidio agravado por razón de la calidad de servidor público por motivo de las funciones que desempeña (art.132 numeral 7o).....</i>	63
III. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	65
A. <i>Homicidio agravado por razón de motivo intrascendente o fútil(art.132 numeral 6o)</i>	65
B. <i>Homicidio por motivo de discriminación o racismo(art.132 no.3)</i>	66
C. <i>Homicidio con el fin de extraer un órgano vital a la víctima (art.132,numeral 11)</i>	68
IV. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DEL MEDIO UTILIZADO (ART.132 NUMERAL 5O).....	68
A. <i>Homicidio agravado con alevosía y con el uso de veneno</i>	68
B. <i>Homicidio agravado por razón de medio de ejecución atroz (art. 132 numeral 6o)</i>	70
C. <i>Homicidio agravado por razón de inmersión o asfixia u otros delitos contra la seguridad colectiva que implique un peligro común (art.132, numeral 6o).</i>	72
D. <i>Homicidio agravado mediante arma de fuego disparada en un lugar frecuentado por personas (art. 132, numeral 10).....</i>	75

V. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LA COMISIÓN DE DELITOS CONEXOS	75
A. <i>Homicidio agravado por razón de la realización de haberse cometido un delito anterior</i>	76
B. <i>Consideración sobre el Homicidio agravado por razón de la preparación, facilitación o consumación de otro hecho punible.....</i>	77
VI. HOMICIDIO AGRAVADO POR RAZÓN DE LA SUBJETIVIDAD DEL SUJETO ACTIVO: EL HOMICIDIO PREMEDITADO (Art. 132, No. 4)....	79
A. <i>Fundamento de la agravante</i>	79
B. <i>Concepto de “premeditación”</i>	80
C. <i>El tipo de injusto: Tipo objetivo y Tipo Subjetivo</i>	81
VII. OTROS HOMICIDIOS AGRAVADOS	82
Bibliografía.....	83

CAPÍTULO III

El Femicidio

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO DE FEMICIDIO	85
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	88
III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA	90
A. <i>Tipo de Injusto: Tipo objetivo y Tipo subjetivo.....</i>	90
B. <i>Antijuricidad y Culpabilidad</i>	98
C. <i>Formas de aparición</i>	100
D. <i>Consecuencias jurídicas.....</i>	101
E. <i>Consideraciones de Política Criminal.....</i>	101
Bibliografía.....	107

CAPÍTULO IV

El Homicidio por encargo

I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	110
II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA.....	112
A. <i>Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo.....</i>	112
B. <i>Otros aspectos de este delito.....</i>	114

Bibliografía.....	115
-------------------	-----

CAPÍTULO V

El Homicidio Culposo

I. INTRODUCCIÓN.....	117
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	119
III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA.....	119
A. <i>El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo</i>	119
B. <i>Formas de aparición</i>	121
C. <i>Consecuencias jurídicas</i>	122
Bibliografía.....	123

CAPÍTULO VI

Especial consideración a la Eutanasia

I. DETERMINACIONES PREVIAS.....	124
II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.....	124
III. LA EUTANASIA EN EL ORDENAMIENTO PENAL PANAMEÑO.....	126
Bibliografía.....	126

CAPÍTULO VII

Inducción o ayuda al Suicidio

I. INTRODUCCIÓN.....	128
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	129
III. ANÁLISIS DE LA FIGURA.....	130
A. <i>Tipo de injusto: Tipo objetivo y Tipo subjetivo</i>	130
B. <i>Formas de aparición</i>	135
C. <i>Determinación de la penalidad</i>	136
Bibliografía.....	137

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE EL DELITO DE ABORTO

CAPÍTULO I

Noción del Delito de Aborto

Delitos contra la Vida Humana Dependiente

I. CONCEPTO.....	141
A. <i>Concepto médico</i>	141
B. <i>Concepto jurídico</i>	142
II. ELEMENTOS ESENCIALES.....	143
III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	145
IV. LOS SUJETOS DEL DELITO DE ABORTO.....	148
A. <i>El Sujeto Activo</i>	148
B. <i>Problema del Sujeto Pasivo</i>	148
V. DETERMINACION DEL “OBJETO MATERIAL”.....	149
Bibliografía.....	151

CAPÍTULO II

Tipos de Aborto en Particular

I. PLANTEAMIENTO.....	154
II. ABORTO CAUSADO POR LA MISMA MUJER O CONSENTIDO POR ELLA.....	154
A. <i>Introducción</i>	154
B. <i>Análisis de la figura</i>	155
III. ABORTO PROVOCADO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.....	160
A. <i>Introducción</i>	160
B. <i>Análisis de la figura</i>	161
IV. ABORTO PROVOCADO SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.....	164
A. <i>Introducción</i>	164
B. <i>Análisis de La Figura</i>	165

Bibliografía	167
--------------------	-----

CAPÍTULO III

Política Criminal del Aborto en Panamá

I. INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL Y PROBLEMÁTICA DEL ABORTO	168
II. TENDENCIAS DESINCRIMINADORAS	169
A. <i>Aborto libre vs. "indicaciones" o "plazo"</i>	169
B. <i>El sistema de las indicaciones</i>	169
C. <i>La Solución "Del Plazo"</i>	173
III. PLANIFICACION FAMILIAR, CONTROL DE LA NATALIDAD Y ABORTO	174
IV. POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO EN PANAMÁ. LAS EXIMENTES DEL ABORTO EN PANAMÁ.	175
A. <i>El Sistema Legal</i>	175
B. <i>Análisis de las eximentes del aborto en Panamá</i>	176
C. <i>Naturaleza Jurídica de la eximente</i>	186
D. <i>Consideraciones finales</i>	188
Bibliografía	190

TERCERA PARTE

DELITOS CONTRA LA SALUD INDIVIDUAL

CAPÍTULO I

Tutela Penal de la Salud Individual

I. GENERALIDADES	193
II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	194
III. CONCEPTO DE LESIÓN	195
IV. EL OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO	196
V. CLASIFICACIONES DE LAS LESIONES	197
VI. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO.....	197
Bibliografía.....	199

CAPÍTULO II

Los tipos de lesiones en particular

I. PLANTEAMIENTO	202
II. EL TIPO BASICO DE LESIONES	203
A. <i>La norma</i>	203
B. <i>Análisis de la Figura Delictiva</i>	204
III. LESIONES AGRAVADAS POR EL RESULTADO "MUERTE"	208
IV. AGRESIÓN O VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER	209
A. <i>Introducción</i>	209
B. <i>Análisis de la figura delictiva</i>	211
V. LAS LESIONES "CULPOSAS"	212
A. <i>La norma</i>	212
B. <i>Análisis de la Figura Delictiva</i>	213
VI. LESIONES O AMENAZAS A UN SERVIDOR PÚBLICO	214
VII. CONSIDERACION ESPECIAL AL HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA TUMULTARIA PREVISTO EN EL CODIGO PENAL DE 1982	216
A. <i>Introducción</i>	216
B. <i>Naturaleza Jurídica</i>	216
C. <i>Análisis de la figura delictiva</i>	217

CUARTA PARTE

LOS DELITOS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y MANIPULACION GENETICA

CAPÍTULO I

Los Delitos de Reproduccion Asistida y Manipulación Genética

I. DETERMINACIONES PREVIAS	223
II. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE ESTOS DELITOS.....	224
A. <i>El bien jurídico protegido</i>	224
B. <i>Los sujetos del delito</i>	226
III. LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA.....	226
A. <i>Determinaciones conceptuales</i>	226
B. <i>Alteración del genotipo</i>	228

IV.	REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.....	231
	<i>A. Determinaciones previas</i>	231
	<i>B. Análisis de la figura delictiva</i>	233
V.	DELITOS RELATIVOS A LA REPRODUCCIÓN HUMANA. FECUNDACIÓN HUMANA CON FINES DISTINTOS A LA PROCREACIÓN HUMANA Y CREACIÓN DE SERES HUMANOS IDÉNTICOS MEDIANTE CLONACIÓN.....	235
	<i>A. Fecundación con fines distintos a la procreación humana</i>	235
	<i>B. Creación de seres humanos idénticos o Clonación (art. 147)</i>	238
	Bibliografía.....	242

SEXTA PARTE

DELITOS DE PELIGRO Y LA SALUD INDIVIDUAL

CAPÍTULO I

Delitos de peligro y la Salud Individual

I.	LOS DELITOS DE PELIGRO EN GENERAL	247
II.	LOS DELITOS DE PELIGRO CONTRA LA VIDA Y LA SALUD INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO VIGENTE	249
III.	ABANDONO DE NIÑOS U OTRAS PERSONAS INCAPACES VELAR POR SU SEGURIDAD O SALUD.....	249
	<i>A. Introducción y concepto legal de Abandono</i>	249
	<i>B. Bien Jurídico Protegido</i>	251
	<i>C. Análisis de la Figura Delictiva</i>	252
	Bibliografía.....	257

CAPÍTULO II

Especial Consideración a la Omisión de Socorro

I.	INTRODUCCIÓN.....	259
II.	BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	260
III.	ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA PRIMER PÁRRAFO	261
	<i>A. El tipo de injusto</i>	261
IV.	LA OMISIÓN DE SOCORRO PREVISTA EN EL PÁRRAFO FINAL DEL ARTÍCULO 146.....	267

	<i>A. Planteamiento</i>	267
	<i>B. Diferencias con la conducta anterior</i>	267
	Bibliografía.....	269

ABREVIATURAS

- ACEVEDO, José Rigoberto Acevedo, *Derecho Penal, Parte General y Especial*. Comentarios al Código Penal, Imprenta Taller Senda, Panamá, 2009.
- ANTOLISEI, Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, 7ª edizione, Giuffrè editore, Milano. 1977.
- ARANGO/ MUÑOZ POPE Virginia Arango Durling/ Carlos Muñoz Pope, *Lecciones, de Derecho Penal. Delitos contra la libertad*, Panamá, 1989.
- ARBOLEDA VALLEJO/ RUIZ SALAZAR Mario Arboleda Vallejo/ José Armando Ruiz Salazar *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Leyer, Bogotá, 2001.
- BRAMONT-ARIAS TORRES
GARCÍA CANTIZANO Luis Alberto Bramont-Arias Torres/María del C. García Cantizano, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- BAYARDO BENGOA Fernando Bayardo Bengoa, *Derecho penal Uruguayo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1971.
- BUOMPADRE Jorge Buompadre, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Mave, Buenos Aires, 2000.

- BUSTOS RAMÍREZ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1991.
- CAIROLI MARTÍNEZ Milton Cairolí Martínez, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, Parte Especial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- CALDERON/ CHOCLAN Ángel, Calderón y José Antonio Choclan, *Derecho, Penal, Parte Especial*, Bosch, Madrid, 1999.
- CAMAÑO ROSA. A. Antonio Camaño Rosa A. *Tratado de los delitos*, Amalio Fernández, editor, Montevideo, 1967.
- CARMONA SALGADO/ GONZÁLEZ RUS Concepción Carmona Salgado/ Juan José González y otros.
- CARMONA SALGADO/ GONZALEZ Concepción Carmona Salgado/ Juan José Gonzalez.
- RUS Rus y otros, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005
- CORCOY BIDASOLO Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directora), *Derecho Penal Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- COBO DEL ROSAL Manuel Cobo Del Rosal, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª. Dykinson, Madrid, 2005.
- CREUS Carlos Creus, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Astrea, 2 tomos, Buenos Aires, 1983.
- CUELLO CALON Eugenio Cuello Calon, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Bosch Barcelona, 1975.

- DONNA Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- FEBRES CORDERO Héctor Febres Cordero, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Caracas, 1993.
- FONTAN BALESTRA Carlos Fontan Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
- FRAGOSO Heleno Claudio Fragoso, *Licoes de Direito Penal, Parte Especial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- FIGUEROA GAROFOLI Roberto Garofoli, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, Giuffrè editore, Milano, 2006.
- GILL Hipólito Gil, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Panamá, 1993.
- GUERRA DE VILLALAZ Aura Guerra de Villalaz, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Litho editorial Chen, Panamá, 2010.
- HURTADO POZO José, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Aborto*, ediciones juris, lima, 1994
- IRURETA GOYENA J. Irureta Goyena, *Delitos contra la libertad de culto, rapto y estado civil*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932.
- JIMENEZ HUERTA Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1984.
- LAMARCA PÉREZ Carmen Lamarca Pérez, y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001.
- LAMARCA PÉREZ Carmen Lamarca Pérez (Coordinadora), *Delitos. La parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2015.

- LANDECHO VELASCO
MOLINA BLASQUEZ Carlos Landecho Velasco/Concepción, Molina Blásquez *Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LEVENE José Ricardo Levene, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Víctor Zavala editor, Buenos Aires, 1978.
- LUZÓN CUESTA José Ma, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MAGGIORE Guiseppe Maggiore, *Derecho Penal*, Vol. IV, Temis, Bogota, 1955.
- MANZINNI Vincenzo Manzinni, *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, Utet, Torino, 1981.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal Económico, Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- MOLINA BLASQUEZ Concepción, Molina BLASQUEZ Blasquez, *Derecho Penal. Perte Especial*, Tecnos, Madrid, 1996.
- MORENO BRAND William Moreno Brand, *Derecho Penal Especial*, Wilches editores, Cali, 1967.
- MUÑOZ RUBIO/GONZÁLEZ FERRER, Campo Elías Muñoz Rubio/ Campo Elías González Ferrer, *Derechos Penal, Parte Especial, Delitos contra la administración pública*, Panamá, 1981.
- PEÑA CABRERA Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, Parte Especial, 4ta. edición, Lima 1988.
- POLAINO NAVARRETE Miguel Polaino Navarrete/ Carmona Salgado y Otros. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ Juan José Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Vol. I, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

- QUINTANO RIPOLLES Antonio Quintano Ripolles, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da., edición, 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo Quintero Olivares (Director), Fermín Morales Prats (Coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- RANIERI Silvio Ranieri, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Bogotá, 1975.
- SOLER Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1970.
- SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos Suárez-Mira Rodríguez, (Coordinador), Ángel Judel Prieto, José Ramón Piñol Rodríguez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- TERRAGNI Marco Antonio Terragni, *Delitos contra las personas*, ediciones jurídicas cuyo, buenos aires, 2000.
- TOCORA Luis Fernando Tocora, *Derecho Penal Especial*, 3ª edición, 1991.

DERECHO PENAL PANAMEÑO

PARTE ESPECIAL

I. DETERMINACIONES PREVIAS

En el estudio del Derecho Penal distinguimos partes fundamentales, claramente separadas entre sí: la *parte general* y la *parte especial*.

La parte general del Derecho Penal sabemos que se ocupa de los conceptos o nociones básicas de esta rama de la ciencia jurídica, tales como el delito, la ley penal, la medida de seguridad, la pena, etc., mientras que la parte especial se ocupa de estudiar los diferentes tipos delictivos a la luz de la teoría general, según han sido individualizados en virtud del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, imprescindible en todo Estado democrático.

El objetivo que persigue el estudio de la parte especial de todo Código Penal es el de exponer, al amparo de los conceptos suministrados por la parte general, las características de las figuras o tipos penales descritos como delitos en particular.

Nuestro Código Penal recoge en su Libro II las descripciones relativas a las diferentes especies de delitos, de modo que cobran vital importancia para la seguridad jurídica de los asociados tales descripciones, únicas conductas humanas que pueden representar para el ciudadano, en algún momento de su vida, la coerción jurídica del Estado a través de una pena o una medida de seguridad (corrección).

A diferencia de otros Códigos, en donde las infracciones a la Ley Penal están divididas en crímenes, delitos y faltas o, más simple-

mente, en delitos y faltas, en el Código panameño sólo hallamos la regulación de los delitos.

Diversos son los sistemas de clasificación de los delitos en particular. Los viejos Códigos, como el Español de 1822, dividen los delitos la sociedad de los delitos contra los particulares otros como el colombiano de 1890 dividía los delitos en particular entre delitos que afectan principalmente a la Nación o a la sociedad o que sean cometidos por empleados públicos frente a los delitos en particular atendiendo al criterio del bien jurídico tutelado.

Este ha sido el criterio que existió en los Códigos Penales de 1916 y en el de 1922. Este último, aprobado mediante Ley 6 de 17 de noviembre, de 1922 clasificaba los delitos atendiendo al bien jurídico “que resulta lesionado o puesto en peligro por el delito” tal como lo señalaron en su oportunidad MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (1980, p. 226).

De acuerdo con tal criterio, el Libro II del Código Penal de 1922 estaba dividido de la siguiente forma:

TÍTULO I	De los delitos contra la Patria
TÍTULO II	De los delitos contra los Poderes de la nación.
TÍTULO III	De los delitos contra las naciones extranjeras y los jefes y representantes de ellas.
TÍTULO IV	Disposiciones comunes a los títulos anteriores.
TÍTULO V	De los delitos contra la Libertad.
TÍTULO VI	De los delitos contra la Cosa Pública
TÍTULO VII	De los delitos contra la administración Pública.
TÍTULO VIII	De los delitos contra el Orden Público
TÍTULO IX	Delitos contra la Fe Pública
TÍTULO X	Delitos contra la Seguridad Pública
TÍTULO XI	De los delitos contra las Buenas Costumbres y contra el Orden de la Familia.
TÍTULO XII	De los delitos contra la Persona

TÍTULO XIII De los delitos contra la Propiedad

TÍTULO XIV De la publicación y vigencia del Código Penal y de la Reglamentación de Colonias Penales y del Cumplimiento de las penas.

Tal clasificación que brindaba mayor relevancia a bienes jurídicos estatales y sociales frente a los bienes individuales fue adoptada por nuestro legislador de 1922 del Proyecto que para Colombia elaboró en 1912 el Dr. José Vicente CONCHA, quien a su vez uso como fuente directa para su Proyecto el Código italiano de 1889 (Código de Zanardelli). Ese orden legal, como hemos destacado, otorgaba preferencia a la protección de bienes jurídicos estatales, pues esa era la idea predominante en la época.

En el Anteproyecto de Código Penal de 1970, que dio origen al Código Penal de 1982, elaborado por el Dr. Aristides ROYO, sigue en líneas generales la división de Código de 1922 en esta materia. En la Comisión Revisora del mencionado Anteproyecto, sin embargo, se le dio una nueva estructura al Libro II, de forma tal que el mismo ha sido modificado y mejorado sustancialmente. Los frutos del trabajo de la Comisión Revisora del Código de 1982, dieron por resultado un texto penal más moderno, que el anterior no está exento de ciertas deficiencias, principales en los delitos contra al patrimonio. La labor de la Comisión Revisora del Anteproyecto de 1970 fue difícil si tomamos en cuenta que se trataba de una Comisión integrada por unas 12 personas, de las cuales solo 5 eran especialistas en la materia penal. Dicha labor es, sin lugar a dudas, fruto del esfuerzo combinado de los profesores de Derecho Penal de la Universidad de Panamá, quienes ya sea con su pluma, a través de escritos sobre el Anteproyecto, o en sus intervenciones en el pleno de la Comisión Revisora, han querido proyectar más allá de las aulas universitarias la augusta misión del *ius docere*.

El Código Penal de 1982, aprobado mediante Ley 18, de 22 de septiembre, de 1982 representó un gran esfuerzo, mejoró sustancialmente el Anteproyecto original y significó un avance respecto del Código de 1922, aunque en los últimos tiempos antes de la entrada

en vigencia del Código Penal del 2007, sufrió innumerables reformas legislativas. Las modernas concepciones en cuanto al orden legal o sistema de la parte especial (Libro II) otorgan mayor preferencia a los delitos que tienen por objeto proteger bienes jurídicos personales respecto de aquellos delitos que tienden a la protección de bienes jurídicos sociales y estatales, y en ese sentido, tanto la legislación previa, como la vigente han tomado en cuenta estos aspectos.

Por lo que respecta a nuestra, exposición nos ajustaremos al Código Penal vigente del 2007, sin que ello signifique que renunciemos a la crítica de tal orden o clasificación positiva, pues el jurista, debemos recordar, debe combinar el estudio del derecho vigente y la crítica del mismo, porque de lo contrario, como bien anota MIR PUIG, queriéndolo o no hará el juego al *status quo* y se ubicará muy lejos de la realidad en que vive.

No está demás decir, que la legislación vigente tiene su origen inmediato en los trabajos realizados por la Comisión Codificadora designada mediante Decreto ejecutivo no.541 del 2005, aunque previo a ello se habían creado otras comisiones codificadoras (1993, 1995), y en virtud de la última se preparó el Anteproyecto de Código Penal de 1998, posteriormente revisado en 1999.

II. INTRODUCCIÓN A LA PARTE ESPECIAL

A. *Teoría general de la parte especial*

Actualmente el estudio y la enseñanza de la Parte Especial del Derecho Penal es precedida por la llamada Parte General. Este hecho, sin embargo, no fue siempre así. Durante cientos de años el Derecho Penal estaba integrado únicamente por una gran cantidad de especies delictivas, que eran aplicadas cotidianamente por los juzgadores, y en consecuencia la parte especial precedió a la parte general, aunque no por ello (ROY FREIRE, 1968,p.33, NUÑEZ,1988, p.,17), logró un desarrollo sistemático y método como sucede con la parte general.

Todo lo anterior, dio lugar a que los dogmáticos debatieron sobre la prevalencia de la parte especial sobre la parte general (ARANGO DUR-

LING, 2017) y no faltaron aquellos que estimaron necesario construir una parte general de la parte especial. En ese orden de ideas, Gian DOMENICO PISAPIA en 1948 decía, que la Parte especial del Código Penal constituye la *spina dorsale* del sistema, o a Grispiigni (1947), que con entusiasmo reivindicó la parte especial y creó un puente de una parte general adaptada a ella, donde se procedería a la agrupación de las figuras delictivas (*fattispecie*) sistematizadas conforme a la estructura y forma de cada delito.

Además, de los estudios científicos, se puede mencionar el de WUR-temberger (1932), de MEZGER (1949), y MAURACH luego de la posguerra (1952), el trabajo de Carrara en su *Programma* (Parte General ,y más adelante el de José ORREGO COSTALES (1988), catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Navarra, escribe la *Teoría de la Parte Especial del Derecho Penal*, que propone darle un nuevo sentido, estableciendo una estructura para el análisis de la parte especial, tomando en cuenta dos aspectos: las disposiciones de la parte especial y el tipo penal (su análisis y las relaciones con los tipos penales), y por otro lado, haciendo un análisis de diversos delitos

De todos los antes señalados se ha prestado atención por algunos autores (DEL ROSAL-COBO-MOURULLO, 1962, p.63) a los trabajos de Mezger que publicó *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände en 1926*), profesor entonces de Marburgo y a Erik WOLF, profesor de la Universidad de Friburgo, que en 1931 publica *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*. En ambos casos, su contribución es, importante porque la verdadera dogmática jurídica de la parte especial se logró a partir de los estudios de los tipos que permite elaborar generalizaciones y clasificaciones para el examen de los delitos (PEÑA CABRERA (p.3 DEL ROSAL, 1962, p.64). De igual forma, porque MEZGER expresa que el Derecho Penal se divide en una Parte General y la otra Parte Especial.

Y dentro de esta temática, valga destacar a los autores DEL ROSAL-COBO-MOURULLO, con su obra *Derecho Penal Español* (1962) que presentan el desarrollo evolutivo y una propuesta de estudio para abordar la denominada *teoría general de la Parte especial*, a la vez que

señalan que la construcción de una parte especial constituye un enjambre de problemas para el jurista (DEL ROSAL-COBO-MOURULLO, 1962, p.63).

En ese sentido advierten que tanto la Parte general como la Parte especial, están integradas por leyes internas completamente distintas, de las primeras se han ocupado los científicos, de la segunda los prácticos. La primera se ocupa de la teoría del delito, la segunda de los comportamientos penales. En consecuencia hay una interminable fila de variaciones entre las que se puede mencionar las siguientes: a) Inaplicabilidad de la doctrina general del libro primero al libro segundo del código penal, b) Variedad metódica de ambos, c) Contradicciones internas del libro segundo del código penal, d) Escasa eficacia del sistema, (la ordenación de los delitos), e) Practicidad de la Parte Especial frente a la especulación teórica de la parte general y f) Contemplación particular de la parte especial que responde a una concepción de la Parte General (DEL ROSAL-COBO-MOURULLO, 1962, p.63).

Por otro lado, para quienes han estudiado sobre este tema advierten que (ORTEGO COSTALES (1988,p.13), siempre la parte especial se ha resistido a una sistematización científica. En ese orden de ideas, opinan que hay que darle un nuevo sentido, al igual que a la general que puede ser ordenada mediante principios abstractos constitutivos de un verdadero sistema doctrinal. Con ello ORTEGA COSTALES (1988), excepcionalmente en su obra denominada Teoría general de la parte especial, establece una estructura para el análisis de la parte especial, tomando en cuenta dos aspectos: las disposiciones de la parte especial y el tipo penal (su análisis y las relaciones con los tipos penales), y por otro lado, haciendo un análisis de diversos delitos.

Por su parte, otros opinan que la Parte especial no es susceptible de una exposición en forma deductiva. Como producto que es de una situación histórica dada y de concretas decisiones del legislador, tiene naturaleza fragmentaria, esto es presenta lagunas, no toda conducta antijurídica es punible. Por consiguiente los conocimientos de la parte especial no soportan una sistematización, si la palabra sistema

ha de tomarse en sentido estricto, aunque si es posible una clasificación (RODRÍGUEZ DEvesa (1994, p.5), atendiendo a diversos criterios (MENDOZA TRONCONIS, 1975, p.11), aunque la opinión dominante coincide en la prioridad del bien jurídico protegido.

También opina SOLER (1970, p.6) que la proposición de crear una parte intermedia entre la parte general y la especial parece responder a una idea inadecuada con respecto al carácter de las teorías de la parte general y al método correcto para construirlas. El material que compone la parte general no consiste en un conjunto de principios incondicionados, sino por el contrario, condicionados precisamente por las distintas figuras.

Lo anterior, sin embargo, no ha impedido que la doctrina haya establecido un método para analizar las figuras delictivas, y que se establezcan criterios clasificatorios, para este análisis concreto y complejo, que para ello “hay que tener presente la Parte General” (SERRANO GÓMEZ, 2003, p.1).

Desde otra perspectiva, también se ha señalado que en cuanto a la Parte General y la Parte Especial, hay distanciamiento entre una y otra, “no es más que un accidente indeseable que, sin duda se ha producido en el curso de la evolución de la dogmática penal” que ha de remediarse a lo largo del desarrollo de la misma (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 2000, p.21).

En ese sentido, se anotan por GARCÍA ÁLVAREZ (1994,p.1016), los avances de la parte general sobre la parte especial aun después de concluida la segunda guerra mundial, otros advierten el “fenómeno de menosprecio hacia la Parte Especial” (QUINTANO RIPOLLES, 1962, p.3)

Sobre lo anterior ha explicado BUSTOS RAMÍREZ (1986.p.3) que tal estudio no es más que un error, ya que la Parte General de la Parte Especial, es justamente la Parte general. Esta última nace del estudio de los tipos legales particulares y de su problemática, y más aún se puede decir que las limitaciones de la Parte general en la actualidad derivan en gran medida de que ella ha sido construida fundamentalmente a partir de los delitos contra la vida. Por ello, a menudo el estudio de

los tipos legales particulares significa poner a prueba y en revisión los planteamientos de la Parte General.

En consecuencia, se coincide hoy en día, que el carácter de Derecho Penal es una unidad (SERRANO GÓMEZ, 1982,p.xxxiii). Es pues inconcebible un Derecho Penal huérfano de la parte especial, formado únicamente con un catálogo de delitos, pues resulta necesaria la fundamentación garantista de la parte general (GIOVANNI FLORA, 2001, p.7). Parte general y parte especial entonces están recíprocamente condicionadas y debieran estar en todo tiempo limitadas entre sí. Una hipertrofia de la parte general puede delegar en un abolicionismo, a ultranza y desarraigado, en un inservible sustituto del catálogo de advertencias en qué consiste la parte especial, por programas terapéuticos criminológicos de variado orden. Una hipertrofia de la parte especial, solo fomenta el terror penal, la represión y el absurdo jurídico por decir lo menos (VILLA STEIN, 1997, p. 23).

Por otro lado, existe una relación entre la disposiciones generales y la disposiciones especiales ya que están muy relacionadas tanto en el plano teórico como en su aplicación concreta (Hurtado Pozo, 2005, p.12).

De igual forma, se ha indicado que la Parte Especial contiene las disposiciones de los delitos, y con ello, de las disposiciones constitutivas del fundamento del injusto jurídico penal, mientras que el injusto correspondiente a las reglas de la Parte General (por ejemplo, causas de justificación, tentativa, participación) tiene solo una función complementaria de los tipos, pero nunca un significado fundamentado de un injusto autónomo (JESCHECK,1993, p.20).

En síntesis, afirma JESCHECK (1993, p. 25) desde un punto de vista formal pertenecen a la parte general todas aquellas reglas que pueden ser importantes para los preceptos penales de la Parte Especial y que precisamente por eso se pueden extraer de esta, mientras la parte especial contiene clases concretas de delitos y disposiciones complementarias referentes a la misma.

B. *Sistema y método de la parte Especial.*

Nuestro Código vigente, al igual que los más avanzados, sitúa al comienzo de las descripciones típicas de los delitos la regulación de los delitos que afectan principalmente al individuo, luego los delitos que afectan principalmente a la sociedad y, finalmente, a los que afectan al Estado.

Siguiendo el mismo orden consagrado en el Libro II del Código Penal vigente, nos ocuparemos a continuación de los delitos en particular en el siguiente orden:

- I. Delitos contra la vida y la integridad personal
- II. Delitos contra la libertad
- III. Delitos contra la Libertad e integridad sexual
- IV. Delitos contra el honor de la persona natural
- V. Delitos contra el orden jurídico familiar y el estado civil
- VI. Delitos contra el patrimonio económico
- VII. Delitos contra el orden económico
- VIII. Delitos contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos
- IX. Delitos contra la seguridad colectiva
- X. Delitos contra la Administración Pública
- XI. Delitos contra la Fe Pública
- XII. Delitos contra la Administración de Justicia
- XIII. Delitos contra el ambiente y ordenamiento territorial
- XIV. Delitos contra la Personalidad jurídica del Estado
- XV. Delitos contra la Humanidad

En el análisis de la Parte Especial, se emplea el *método dogmático* del delito. Para la comprensión y facilitación de su estudio se requiere de conocimientos previos de la Parte General: introducción, teoría de la ley penal, teoría de la pena, así como del conocimiento sobre

la teoría del delito. “De ello se deduce que constantemente hay que tener presente la Parte General”(SERRANO GÓMEZ, 2003, p.3).

Ciertamente, que los conocimientos básicos sobre la teoría del delito constituyen una herramienta necesaria, pero no podemos obviar que se requiere de una capacidad de interpretación y argumentación en el análisis de los diversos delitos de la parte especial.

Al abordar el estudio de la parte especial debemos tener presente que no hay un esquema uniforme de exposición, y que en la mayoría de las ocasiones el sistema que se sigue es el de *orden legal*, tomando en cuenta la clasificación de los delitos que presenta la legislación, aunque en ocasiones como indica la doctrina, se introducen modificaciones para corregir distorsiones sistemáticas que pueda padecer el mismo (RODRÍGUEZ DEVESA, 1994. p.13). Es el orden legal, el que ha tenido mayor aceptación pues como ya indicaba MANZINI (1957, p.8), tiene un valor exegético y hasta decisivo en ocasiones. Y a la verdad, puesto que las clasificaciones ordenadas según el criterio de la objetividad jurídica de los delitos, en los casos dudosos resulta imposible llegar a un exacto conocimiento de la ley, si no se conoce exactamente el inerte que según el concepto del legislador viene a lesionarse o a quedar expuesto a peligro mediante un determinado hecho delictuoso.

Sin embargo, no puede obviarse que la sistemática antes señalada en general en ocasiones no corresponde a una jerarquía de valores en consonancia con las vigencias actuales, por lo que algunos autores no comparten ese criterio, y entre otros, manifiestan que desde la perspectiva político criminal se apela a tratar los delitos de más frecuente realización, desde una utilidad práctica. En tal sentido favorecen un estudio técnico del dispositivo penal, empleando en la lucha contra la criminalidad, en un momento histórico determinado (DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, 1962, p.97).

Ahora bien, por lo que respecta al método que se emplea en el análisis de la parte especial, es el método dogmático, sin embargo, desde el orden de exposición de la parte especial, observamos que en

la doctrina ha tenido un criterio variado, influenciado en ocasiones, por las diversas corrientes de la teoría del delito.

En este sentido, en la actualidad el método dogmático más adecuado, y del cual somos partidarios, es aquel que parte del análisis del bien jurídico protegido, luego del tipo de injusto, de la antijuricidad, la culpabilidad, las formas de aparición del delito, y las consecuencias jurídicas del delito, y en todo momento debe tenerse presente, entre otros, la clasificación de los tipos penales.

Durante este proceso de análisis de la figura delictiva, será necesario acudir a la interpretación de la norma penal a través de los criterios clásicos (gramatical, histórica, sistemática y teleológica), pues esta tarea posibilita y determina el sentido, contenido y finalidad del mismo, dada la naturaleza fragmentaria y poco sistemática de la parte especial (FIANDACA / MUSCO, 1988p.xx).

Ciertamente, entonces, el intérprete no puede obviar el examen del tipo penal. Es necesario descomponer, los elementos constitutivos de la figura delictiva, pues esto constituye el objeto fundamental de la teoría de la Parte Especial (ORTEGO COSTALES 1988, p.13). Es en el tipo penal donde se encuentran descrito el hecho delictivo castigado por el legislador, y es donde se pone en vigencia el principio de legalidad, ya que la parte especial del Derecho penal está formada, ante todo por descripciones de conducta las cuales se encuentran castigadas con una sanción. Cuando estas sanciones no son claras se infringe el principio de legalidad (SERRANO GÓMEZ, SERRANO MAILLO y otros. 2012, p. xxxiv).

Por otro lado al examinar el hecho delictivo, previamente debe analizarse por separado el bien jurídico protegido, y para ello hay que tomar en consideración cuál es el alcance y la naturaleza del mismo tomando en cuenta que puede ser un tipo penal uniofensivo, pluriofensivo, de daño, de peligro, entre otros.

Seguidamente, hay que proceder al análisis del tipo de injusto. En el tipo de injusto se examina primeramente a los sujetos, seguido de la conducta, objeto material y relación de causalidad. En cuanto al

sujeto activo hay que responder: ¿Quién realiza la acción u omisión? ¿Es un delito monosubjetivo, plurisubjetivo, común, especial o de propia mano?. Luego, ¿Cuál es la conducta típica? ¿Cuál es el alcance gramatical de la conducta? ¿Es un delito de comisión u omisión? ¿Existen referencias de modo, tiempo o lugar? ¿Hay una relación de causalidad?

Por lo que respecta al tipo subjetivo, habrá que distinguir si el tipo penal responde a una actitud del sujeto activo intencional (dolo) o culpa? ¿Sí hay dolo, qué tipo de dolo? ¿Hay elementos subjetivos? ¿Si hay culpa, qué tipo de culpa? Ya en el plano de los casos prácticos habrá que tener en mente, si hay ausencia de tipicidad (error de tipo invencible o si se trata de un caso fortuito o fuerza mayor?

Examinado el tipo objetivo y subjetivo, se pasa a examinar el tercer elemento del delito: la antijuricidad. ¿Hay concurrencia de causas de justificación? ¿Es posible la legítima defensa u otras causas de justificación?

Estudiada la tipicidad y antijuricidad de la figura delictiva, resulta pertinente analizar la Culpabilidad, para ello hay que recordar cómo y cuáles elementos determinan la culpabilidad del sujeto? Por supuesto que debe ser un sujeto con capacidad de culpabilidad (imputable), con conocimiento de la antijuricidad y debe serle exigible dicho comportamiento. ¿Hay consecuencias diversas cuando el sujeto le falta la capacidad de culpabilidad (inimputable)? Determinado que tiene capacidad de culpabilidad (inimputable), se procede a evaluar si tenía conocimiento de la antijuricidad. ¿Actuó en error de prohibición invencible, y cuáles son sus consecuencias? Por supuesto que habiéndose determinado los dos primeros elementos de la culpabilidad, sólo queda por apuntar lo relativo a sí el sujeto actuó en situaciones de exigibilidad o de inexigibilidad. ¿Qué supuestos contempla nuestra legislación? ¿Hay en resumen, eximentes de culpabilidad?

La comprobación del hecho típico, antijurídico y culpable, no concluye con el análisis de la figura delictiva, pues siguiendo el método dogmático el siguiente punto es el estudio de las Formas de aparición

delictiva: a) Tentativa y consumación b) Autoría y participación criminal. Se reclama aquí abordar, sobre el momento consumativo del delito y de su posibilidad de la tentativa, así como el responder sobre ¿Quiénes son los autores o partícipes en la figura delictiva?

Concluido lo anterior, el estudio analítico de la figura delictiva concluye con las consecuencias jurídicas del delito. ¿Cuál es la duración de la pena? ¿Se pueden aplicar medidas de seguridad? ¿Hay concurso de delitos? ¿Se establecen circunstancias agravantes o atenuantes? ¿Hay excusas absolutorias?

En síntesis, el esquema para el estudio de la parte especial es el siguiente:

- I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
- II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA
 - A) EL TIPO DE INJUSTO
 1. Tipo objetivo
 - a) Sujetos
 - b) Conducta típica
 - c) Objeto material
 2. Tipo subjetivo: Dolo y la culpa
 - B) Antijuricidad
 - C) Culpabilidad
 - D) Formas de aparición
 1. Tentativa y consumación
 2. Autoría y participación
 - E) Consecuencias jurídicas
 1. Sanción
 2. Circunstancias
 3. Concurso de delitos
 4. Otras medidas

Este esquema será el que utilicemos en el desarrollo de la exposición, salvo que por alguna razón debamos incluir alguna conside-

ración especial, a aspectos como por ejemplo, la antijuricidad, o la culpabilidad, respecto de alguna figura delictiva en particular.

En conclusión, el método dogmático es el que se emplea en el análisis de la parte especial, sin embargo, observamos que en la doctrina ha tenido un criterio variado, influenciado en ocasiones, por las diversas corrientes de la teoría del delito.

En este sentido, en la actualidad el método dogmático más adecuado, y del cual somos partidarios, es aquel que parte del análisis del bien jurídico protegido, luego del tipo de injusto, de la antijuricidad, la culpabilidad, las formas de aparición del delito, y las consecuencias jurídicas del delito, y en todo momento debe tenerse presente, entre otros, la clasificación de los tipos penales.

Como se desprende de lo expuesto, el esquema de la parte especial que hemos esbozado contiene una fórmula, es un método dogmático, cuya estructura general es aplicable a cualquier tipo penal que deba estudiarse en la parte especial. Se parte de una serie de componentes y elementos que son necesarios para el análisis de la figura delictiva, y de otros requisitos que son indispensables para complementar y verificar el supuesto hecho delictivo.

PRIMERA PARTE

DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

SECCIÓN 1^{RA}.

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

SUBSECCIÓN 1A.

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

El tipo básico del Homicidio El homicidio simple

I. CONCEPTO LEGAL DEL HOMICIDIO

El artículo 131 del Código Penal del 2007 dice así:

“Quien cause la muerte de otro, será sancionado con prisión de diez a veinte años”.

La actual descripción a diferencia del Código Penal de 1922, omite toda calificación del aspecto subjetivo (intención) del sujeto en el tipo antes transcrito, y en la que a propósito de otros códigos utilizan la expresión “injusta” para resaltar la ilegitimidad del homicidio cometido, expresión que es innecesaria, y a la que partidario de aquella corriente era CARRARA (1957, parágrafo 1087), quien definía el homicidio como la “muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre.

Ahora bien, las definiciones que hacen referencia a la *antijuricidad* y *culpabilidad* de la conducta, han sido criticadas, a las que BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF (1971, p. 52) caracterizan como integradas por “menciones puramente pleonásticas”.

Aun cuando concordamos con los citados autores, tenemos que resaltar que la expresión “muerte de un hombre por otro” no es, en esencia diferente a las fórmulas antes señaladas, “pero señala que el

tipo o figura del homicidio consiste sólo en la muerte de un hombre por otro con prescindencia de la justicia o injusticia del hecho” (NÚÑEZ, 1978, p.45).

Antes de terminar, debe señalarse que mediante Ley 82 de 24 de octubre de 2013, se adiciona el artículo 132A que tipifica el *femicidio*, definido, en el artículo 4o de la citada Ley, como el “causar la muerte a una mujer basada en la pertenencia al sexo femenino, por causa de la discriminación o cualquier otra forma de violencia, a lo cual nos referiremos más adelante.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el homicidio, por ser éste un delito contra la vida humana independiente, se protege el derecho a la vida. Sus dos extremos estarían determinados por el nacimiento y la muerte del sujeto. Queda excluido del delito de homicidio, la muerte del concebido pero no nacido que, por ser un delito contra la vida humana dependiente, integra la figura delictiva de aborto y a su vez que la que se realice sobre un cadáver, pues no constituye delito de homicidio.

En todas las legislaciones se reconoce el derecho de las personas a la vida, sin ninguna clase de discriminaciones en atención a sexo, raza, credo, ideología, etc., de ahí que se proclame que nadie puede disponer injustamente del derecho a la vida de otro, sin que la sociedad le exija responsabilidad por ese hecho. De lo contrario, dicha sociedad estaría amparando el germen de su propia destrucción.

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA

A. *El tipo de injusto*

1. Tipo objetivo

a. *Sujetos activo y pasivo*

La expresión “quien” que emplea el código nos dice que el sujeto es indiferenciado, en el que no debe concurrir ninguna calificación

particular, es pues un delito de sujeto activo común, que puede ser cometido por cualquier persona.

Hay que aclarar que se excluye la posibilidad de tener como tal al que se *suicida*, pues quien se mata no ha causado, bajo ningún concepto, la muerte de otro; por otra parte, tampoco podemos tener a quienes, por razón de determinadas circunstancias, dan sustento a los homicidios agravados o calificados consagrados en el artículo 131 del código Penal.

Sujeto pasivo del delito de homicidio es el ser humano, es decir, la persona cuya vida se destruye como consecuencia de la conducta del sujeto activo. La determinación de lo que debemos entender por *ser humano, persona*, resulta imprescindible en esta oportunidad. Por tal los autores entienden una variedad de conceptos, que van hasta extremos insospechados. Biológicamente es problemático poder afirmar cuando comienza la existencia humana. La generalidad de los autores entienden que se es persona, ser humano, desde el preciso momento en que al sujeto se le separa del vientre materno, independientemente de que pueda vivir.

“La viabilidad –ha señalado el maestro RODRIGUEZ DEVESA (1986, p. 27)– es indiferente”. En este contexto, indica BAJO FERNÁNDEZ (2003, p.40) que comete delito de homicidio también quien produce la muerte de un recién nacido vivo –y con vida humana independiente–, aunque afectado por tan grave dolencias que quepa esperar su muerte próxima.

Si bien es cierto que se es ser humano desde el preciso momento de la concepción (QUINTANO RIPOLLES, 1972, p. 78) no es menos cierto que el feto no es persona para efectos civiles puede tener tal calidad.

Persona es aquella que ha nacido y está viva. No compartimos la opinión de aquellos autores que otorgan la condición de nacido al feto desde el momento en que empiezan los dolores de parto, durante éste y cuando finalmente ha sido expulsado del vientre materno, pero no separado aún de la madre.

En nuestro ordenamiento vigente se exige que el feto, para ser considerado como nacido vivo, deba vivir siquiera un momento separado del seno materno (artículo 42 del Código Civil).

Importante resulta determinar el momento exacto en que el feto adquiere el carácter de ser humano. El problema sólo es jurídico en apariencia, pues tenemos que recurrir a la biología para precisar este hecho. A nuestro entender, por nacido debemos tener al que ha sido expulsado del seno materno y ha respirado en forma autónoma de su madre.

Debemos señalar, por otra parte, con MUÑOZ CONDE (2013, p.33) que no se requiere que el nacido pueda vivir para ser tenido como tal, basta que haya nacido vivo.

Pero la doctrina, sin embargo, existen otros criterios al respecto, tales como el “criterio de percepción visual” denominado por MUÑOZ CONDE (2013,p.33) y sustentado por GIMBERNAT (en QUINTANO I, p. 505) que señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente al exterior, independientemente de que haya respirado.

Sin embargo, los autores consideran más acertado la tesis dominante en la jurisprudencia penal que lo decisivo es la existencia o no de respiración pulmonar autónoma, dado que ésta comporta el comienzo de la vida en un sentido autónomo (CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p.704).

El límite máximo del delito está determinado por la muerte del sujeto pasivo. Resulta oportuno señalar, sin embargo, que antes de iniciarse los de órgano será común señalar que la muerte sobrevinía al cesar la respiración, los latidos del corazón, y cuando aparecían los signos reales o evidentes de muerte. “En el cadáver es el cese del latido cordial señalaba QUINTANO RIPOLLES (1972, p. 80) dentro de esta corriente: un mero pronóstico, pero que por su claridad constituye a efectos jurídicos una prueba decisiva”.

Modernamente, sin embargo, se acepta por la ciencia médica en general que estamos en presencia de la muerte de la persona humana, cuando el cese de las funciones cerebrales es irreversible. Esta constatación es de suma urgencia en caso de transplante que no pueden

esperar hasta la aparición de los signos reales o evidentes de muerte (GIMBERNAT EN QUINTANO RIPOLLES, p.80).

En este mismo sentido MUÑOZ RUBIO (1971, p.155) afirma que “en la actualidad existe consenso admitir e inexorable las funciones cerebrales y del sistema nervioso central, acompañadas de la detención espontánea de las más grandes funciones vitales (muerte cerebral), todo esto independientemente de que aún persistan otros fenómenos de vida biológica en el resto del cuerpo, los cuales pueden prolongarse por largo espacio de tiempo mediante recursos artificiales destinados a mantener la circulación y la respiración (vida vegetativa)”.

Indica QUERALT (1996, p.6) que hay unanimidad para considerar que la vida humana finaliza cuando se produce un “encefalograma plano”. De otra parte indica, RODRÍGUEZ DEvesa (1986, p. 30), que “la vida concluye con la muerte, pero mientras ésta no hace su aparición, la ley mantiene la prohibición de matar”. Por consiguiente, es irrelevante que el sujeto pasivo se halle condenado a una pena capital, sea un moribundo o se encuentre afectado por una enfermedad incurable o mortal.

Finalmente, no pueden ser sujeto pasivo, el feto, el cadáver, más si lo son el inimputable, el oligofrénico, el menor, y “llegado el caso cualquier ente racional con soporte corporal propio aunque no necesariamente de forma perfectamente humana” (QUERALT, 1996, p.8).

b. Conducta típica: Formas y Medios

b.1. Formas

La norma utiliza una fórmula tan amplia, que permite una gran variedad de medios para obtener el fin propuesto, es decir, que la muerte de otro, se produzca.

El homicidio es un delito de resultado material. En el caso típico, la conducta incriminada generalmente es positiva. La norma reprime causar un resultado que, en principio es realizado positivamente, aunque la cuestión resulta un tanto complicada cuando se trata de una conducta *omisiva*. Admitir, tal posibilidad de causar la muerte

por omisión es algo que se resuelve directamente frente al texto del propio código.

Dicha posibilidad es negada por algunos autores que, frente a algún texto determinado no la consideran como posible. Esto es así, porque si lo que se incrimina es la conducta de matar a otro, conducta eminentemente positiva, mal se puede hacer omisivamente. Esta es la opinión de NÚÑEZ (1978, p. 25) que en el derecho argentino para quien el resultado muerte “no es conciliable con la noción de los delitos de comisión simple.

Al amparo de nuestro Código, no obstante, no vemos ningún inconveniente en admitir la posibilidad de causar la muerte por omisión, pues lo que se incrimina es un resultado determinado (causar la muerte) y no la condena positiva de matar. El artículo 131 reprime la realización del resultado muerte, independientemente de la conducta utilizada para tal fin.

Complicada es la situación cuando se trata de un delito *impropio de omisión*. En esta clase de delitos lo relevante radica en determinar, para efectos del delito objeto de examen, cuándo el no evitar el resultado muerte equivale a la conducta positiva de matar (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ, 1980, p. 203). O, más genéricamente, “saber en qué condiciones es punible *no evitar lo prohibitivo* (BACIGALUPO, 1985, p. 145).

Esta interrogante podemos resolverla con las propias palabras de BUSTOS GRISOLIA POLITOFF (págs. 69 y 70) para quienes “El no impedir un resultado puede ser presentado como equivalente para el derecho a causarlo *solamente* cuando para el sujeto existe la obligación de actuar, y puesto que tiene tal obligación es que se cuenta con ella”.

Con ayuda de la *noción de garante* es que podremos determinar quienes tienen el deber jurídico de evitar que el resultado (en este caso muerte) se produzca.

b.2. Medios

En la doctrina enormes discusiones ha suscitado el tema de los medios utilizados para causar la muerte del sujeto pasivo. En principio, cualquier medio *físico* puede ser apto para producir la muerte, algunos medios, sin embargo, se ven excluidos, de ser tomados en cuenta en el homicidio simple, porque son aquellos que, de comprobarse su utilización, califican o agravan este.

Si por ejemplo, en el homicidio se utilizan medios de ejecución atroces, nos hallaremos ante casos de homicidio agravados en nuestra legislación, aunque en otras legislaciones lo denominan a estos homicidios “asesinatos”.

Tratándose de medios *morales*, existe una disparidad de criterios. La doctrina francesa se orienta en sentido negativo; la italiana, los acepta. En nuestro medio “la fórmula amplia del artículo 310, “cause la muerte” –señala MUÑOZ RUBIO (1980, p. 7)– autoriza la inclusión de los medios morales en nuestro Derecho Penal”.

Por otro lado, entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado “muerte” debe existir una relación de causalidad que fundamente la imputación que se hace al sujeto activo de autor del homicidio respectivo, hecho que resulte problemático en algunos casos. No en vano afirma MUÑOZ CONDE (2013, p.35) que “en esta materia se plantean muchos problemas”.

De ella sostiene QUINTANO RIPOLLES (1972, p. 93) que “es en el homicidio donde sus problemas se plantean con mayor acuidad, tanto por el aspecto genuino de delito de resultado que le viene prestando la jurisprudencia como por las interferencias que antes de la consumación suelen presentarse en la práctica”.

Una gran cantidad de teorías tratan de explicar la relación de causalidad. Digna de tenerse en cuenta es la “teoría de la relevancia”, que tan acertadamente ha sido resaltada por RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, p. 300), para quien el nexo causal “habrá de determinarse desde el plano de la tipicidad” y modernamente la teoría de la imputación objetiva que a juicio de MUÑOZ CONDE (2013,p.36)

esta es la teoría que permite delimitar entre todas las causas del resultado aquella (o aquellas) que por lo menos sea relevantes como presupuesto de la forma de imputación subjetiva imprudente, límite mínimo necesario para poder imponer una pena siguiendo el art. 5º del Código Penal Español que consagra el principio de culpabilidad. De tal forma que añade el citado autor que “si no se llega siquiera a este estado mínimo de imputación, habrá caso fortuito y la muerte como tal será irrelevante penalmente, por más que haya sido causado por alguna actividad humana”.

c. Objeto material

En el homicidio, al igual que en todos los delitos contra la vida e integridad personal, el objeto material sobre el cual recae la conducta del sujeto activo, es el ser humano. Pareciera que se identifica, pues, los conceptos del sujeto pasivo y objeto material a propósito de estos delitos. Esta es la opinión más generalizada de los autores (MUÑOZ CONDE EN ESPAÑA, p.10 y MUÑOZ RUBIO, 1980, p.3).

2. Tipo subjetivo

El delito bajo examen es de aquello que exige en el sujeto activo el conocimiento y voluntad de causar la muerte de la víctima, por lo que es necesario que se dé el *animus necandi*, y en este aspecto radica precisamente la diferencia entre el homicidio simple y el denominado homicidio preterintencional, que aparecía previsto en el art. 315 del Código Penal de 1922. En este último caso, se requiere necesariamente que el sujeto tenga el *animus vulnerandi* (interés de lesionar), más nunca *animus necandi* (interés de matar).

El homicidio es un delito doloso, susceptible de ser realizado con cualquier clase de dolo. Es perfectamente posible la concurrencia de dolo directo o dolo eventual.

La culpa no es admisible.

En cuanto al error in persona, debe recordarse que puede presentarse conjuntamente con el *aberratio ictus* (acto o golpe erróneo), y dichas formas de error no modifican la responsabilidad penal del ho-

micida para agravarla, pero si pueden variar un homicidio agravado en uno simple.

B. Antijuricidad

La admisibilidad de las causas de justificación es indiscutible en general, como sucede con la defensa necesaria y el cumplimiento de un deber legal. También es apreciable el estado de necesidad, aunque debe quedar claro que el consentimiento del ofendido carece de eficacia, dado que la vida es un bien jurídico indisponible.

C. Formas de Aparición delictiva

Por ser el delito de homicidio, un delito material o de resultado material, la *consumación* del mismo está condicionada por la muerte del sujeto pasivo, y en el caso de la tentativa es posible.

Los más complicados problemas en el plano teórico y desde el punto de vista práctico, se plantean a propósito de la *tentativa* y su delimitación frente a los actos preparatorios, impunes en nuestra legislación, y así mismo, entre la tentativa de homicidio y el delito de lesiones en grado de consumación. Con respecto a la primera cuestión, ya MUÑOZ RUBIO/GONZÁLEZ FERRER (1980, p. 49) ha llamado la atención sobre las enormes dificultades que se presentaban en nuestra legislación anterior, y al actual no ha variado en esto para nada, en donde lo que se sanciona no es una conducta precisa, sino la causación de un determinado resultado. La solución, a nuestro entender, hay que plantearla fundamentalmente en torno al tipo penal del homicidio de que se trate, en vista de la exigencia de seguridad jurídica que emana del principio de estricta legalidad. Comprar un revólver, es un acto meramente preparatorio, cargar el arma, también; disparar es, por el contrario, un acto eminentemente ejecutivo de causar la muerte. Apuntar el arma contra la víctima parece ser un acto ejecutivo.

La otra cuestión (tentativa de homicidio frente a lesiones consumadas) presenta en la práctica dificultades de gran magnitud. En efecto, al amparo del código penal de 1922, nuestra Corte Suprema de Justicia confundía la tentativa de homicidio con las lesiones consumadas,

de forma tal que en numerosos casos la Sentencia de la Corte imponía las penas previstas para las lesiones consumadas en casos en donde había tentativa de homicidio. Esto se debía, fundamentalmente, a que el aspecto subjetivo del agente permanecía desconocido para el juzgador, quien ante la duda resolvía siempre *in dubio pro reo*.

La doctrina patria, sin embargo, ha puesto de manifiesto la improcedencia de estas soluciones, pues por la naturaleza de las lesiones o la ubicación de las mismas podemos afirmar la intención de causar la muerte, propias del homicidio tentado (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 30).

En cuanto al *autor* de este delito es quien por razón de su acción u omisión produce el resultado muerte, deseando que ésta se produzca, o quien se vale también de otro para causar la muerte (autor mediato).

Son perfectamente posibles las formas de *participación criminal* conocidas como complicidad e instigación.

D. Consecuencias Jurídicas

La pena establecida para el delito descrito y sancionado en el art. 131 del Código Penal es de prisión de diez a veinte años.

Por otro lado, en el delito de homicidio son admisibles las diferentes formas de *concurso de delitos*, ya sea que se trate de un concurso ideal o un concurso material, y la pena impuesta por dos o más hechos punibles juzgados al mismo tiempo no puede exceder de cincuenta años de prisión (art. 52), de conformidad con la Ley 68 de 2009.

Es inadmisibile, por el contrario, el llamado “delito continuado”, pues siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, no es viable el mismo tratándose de delitos contra la vida y la integridad personal, pues el bien jurídico protegido impide su aceptación.

Finalmente, la norma bajo examen no contiene ninguna clase de *circunstancias* que modifiquen la responsabilidad penal del agente activo, aunque no quiere esto decir que no haya homicidios agravados, pues lo que sucede es que dichos homicidios están regulados en una

disposición legal posterior, de la que nos ocuparemos en detalle a continuación. Tales homicidios agravados son sancionados con pena de prisión que oscila entre veinte y treinta años de prisión.

Bibliografía

- ALIMENA, Bernardino, *Delitos contra las personas*, Editorial Temis, Bogotá, 1975, ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986, ARANGO DURLING, Virginia/ MUÑOZ ARANGO, Campo Elías, *El homicidio agravado por razón de parentesco y el Femicidio*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2015; BARRIENTOS RESTREPO, Samuel, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Colección jurídica Bedout, Medellín, 1978; GARCÍA MAAÑON, Ernesto, *Homicidio simple y homicidio agravado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; GANZENMULLER Carlos/ ESCUDERO José Francisco/ FRIGOLA Joaquín, *Homicidio y asesinato*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996; GIL, Hipólito, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Panamá, 1999; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Acerca del dolo eventual” en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 2da. edición, Madrid, 1980, GOMEZ LOPEZ, Orlando, *El Homicidio*, Tomo I - II, Editorial Temis, Bogotá, 1993; GOMEZ MENDEZ, Alfonso, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad Externado de Colombia, 1998; ISLAS Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas México, 1982, GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Editorial Temis, Bogotá, 1956; LLOBET RODRIGUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001; MUÑOZ POPE, Carlos, “Delitos contra la vida e integridad personal y contra el Patrimonio en el nuevo Código Penal”, Boletín de la Academia de Derecho, No.1, Año 1, Panamá, 1983, MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, “Está permitido el transplante de corazón en la legislación panameña” en *LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá*, No. 8, 1977; PAGLIERE, Carlos, *Homicidio insidioso*, Astrea, Buenos Aires, 2006; PALACIOS VARGAS, J. Ramón, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Trillas, México, 1978, PATALANO, Vincenzo, *I Deliti contro la vita*, Cedam, Padova, 1984; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1972, PAVON VASCONCELOS Francisco, y VARGAS LOPEZ, G., *Los delitos de peligro para la vida y integridad corporal*, Editorial Porrúa, México, 1971; REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Editorial Porrúa, México, 1997;

SPROVIERO, Juan H., *Delitos de homicidio*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1996; SUAZO LAGOS, René, *Delitos contra la vida e integridad corporal*, 2a. edición, Tegucigalpa, 1995; TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos contra las personas*, Ediciones jurídicas, Cuyo, Buenos Aires, 2000; ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *El homicidio simple*, Editorial Uno, Guayaquil, 1980; ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Delitos contra las personas, El homicidio simple*, Tomo I, Edino, Guayaquil, s/f.

CAPÍTULO II

LOS HOMICIDIOS AGRAVADOS

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal vigente, al igual que los códigos anteriores, no contiene a propósito del homicidio figuras que en otras legislaciones se conocen como *asesinato*. Al igual que el Código italiano de 1889, que fue la fuente de inspiración indirecta del legislador de 1922, el código vigente consagra una serie de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal del sujeto en el homicidio previsto en el art. 131.

Tampoco consagra nuestro código diferentes agravantes especiales que existen paralelamente al homicidio, tales como el parricidio y por otro lado, se aprecia que el codificador de 1982, y del 2007, consagró diversos tipos cualificados, que en la actualidad en muchas legislaciones han sido excluidos textualmente.

De acuerdo con el artículo 132 del Código Penal: “El delito previsto en el artículo anterior será sancionado con pena de veinte a treinta años de prisión cuando se ejecute”:

1. En la persona de un pariente cercano o de quien se encuentre bajo la tutela del autor, aun cuando esta no hubiera sido declarada judicialmente.
2. Como consecuencia de un acto de violencia doméstica (Derogado por Ley 82 de 2013).

3. Con conocimiento, en una mujer grávida, en niños de doce años de edad o menor o en un adulto de setenta años o más, o en acto de discriminación o racismo.
4. Con premeditación.
5. Con alevosía o uso de veneno (Modificado por Ley 121 de 2013).
6. Por motivo intrascendente, medio de ejecución atroz, utilización de fuego, inmersión o asfixia u otro delito contra la seguridad colectiva que implique peligro común.
7. En la persona de un servidor público, por motivo de las funciones que desempeña.
8. Para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible, aún cuando éste no se realice (Derogado por Ley 82 de 2013)
9. Inmediatamente después de haberse cometido otro delito, para asegurar su ocultación, o la impunidad o porque no se pudo alcanzar el fin propuesto.
10. Mediante arma de fuego disparada en un lugar frecuentado por personas al momento del hecho, contra otro sin que medie motivo lícito.
11. Con el fin de extraer un órgano vital a la víctima.

Dejando de un lado el orden de las agravantes, queremos presentar una exposición de los homicidios agravados agrupados entre sí por razón de la afinidad existente entre algunas agravantes, independientemente del orden en que aparecen en el artículo que los consagra.

De esta forma, podemos agrupar los homicidios agravados de la siguiente forma:

- por razón de la calidad del sujeto pasivo (numerales 1, 3 y 7);
- por razón del motivo determinante (numerales 3, 6 ,11);
- por razón del medio utilizado (numerales 5, 6 y 10);
- como consecuencia de un hecho anterior (numeral 9)
- por razón de la subjetividad del sujeto activo (numeral 4).

II. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LA CALIDAD DEL SUJETO PASIVO

A. *Homicidio agravado por razón de la relación de parentesco o de quien se encuentre bajo la tutela del autor (art.132 numeral 1)*

1. Autonomía o accesoriedad de la figura

Históricamente el homicidio en la persona de un pariente, en nuestra legislación aparece como una agravante del homicidio, diferenciándose así de numerosas otras legislaciones que lo catalogan como *parricidio*.

La norma no indica qué debemos entender por pariente cercano, pero no debemos olvidar que de acuerdo con el art. 91 inciso 2, se señala que “para los fines de la Ley penal, se consideran parientes cercanos el cónyuge, el compañero o compañera conviviente, las personas dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, e igualmente el parentesco adquirido por adopción”.

El Código de la Familia no define qué es cónyuge, pero señala que “la familia la constituyen las personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o matrimonio” (art. 12).

Para terminar, en cuanto al homicidio agravado como consecuencia de un acto de violencia doméstica contemplado previamente, fue derogada por la Ley 82 de 2013 que crea el delito de Femicidio, al cual nos referiremos más adelante. Lo importante, de la agravación por parte del legislador en su momento, es que se fundamentó en las situaciones alarmantes que había adquirido el delito de violencia doméstica.

2. Fundamento de las agravantes

Diversos argumentos se han esgrimido para fundamentar la agravación de pena en el homicidio de un pariente, y es indudable que se presenta una mayor gravedad dado que no es a *cualquier persona* la que se le causa la muerte, por lo que se justifica una mayor protección, cuando recae sobre éstos.

Para algunos, la necesidad de la figura radica en la mayor culpabilidad del homicida (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 63) que se estima que su comportamiento reviste mayor reprochabilidad.

Ahora bien, en lo que respecta al homicidio ocasionado por *quien ejerce la tutela*, se trata de un supuesto innovador en la legislación panameña, que justifica el aumento de la pena, por cuanto el agente en este caso debe actuar con fines de proteger y defender al sujeto pasivo, y no en sentido contrario, menoscabando su vida.

3. Análisis de la figura delictiva

a. El tipo de injusto

a.1 Tipo objetivo: Sujetos y conducta típica

Tratándose de especiales relaciones que deben existir entre la víctima y el homicida, sólo puede ser sujeto activo de este homicidio agravado, quien reúna las cualidades de *cónyuge, de compañero o compañera conviviente, o de tutor*, y en general el pariente cercano, en los términos antes establecidos.

Estamos, “por tanto, en presencia de un delito especial”, ya que sólo aquellos que ostenten la calidad de cónyuge o pariente cercano pueden ser de compañero o compañeras conviviente, sujetos activos de esta infracción penal, así como sucede igual con quien ejerce la tutela.

La norma objeto de estudio también incluye a los *padres adoptantes o hijos adoptivos* entre los sujetos activo de esta infracción, que no pueden ser considerados como parientes cercanos a la luz de nuestro ordenamiento penal.

Por lo que respecta al sujeto pasivo del homicidio en la persona de un pariente cercano se sigue, el mismo criterio utilizado para determinar quién puede ser sujeto activo lo que nos sirve para individualizarlo de la manera siguiente:

- 1) ascendientes en línea recta (padres, abuelos, bisabuelos);
- 2) descendientes en línea recta (hijos, nietos, bisnietos);
- 3) hermanos, primos, tíos, sobrinos;

- 4) cónyuge;
- 5) suegros y cuñados; y
- 6) padres e hijos adoptivos
- 7) compañeros o compañeras convivientes (art.91)

En lo atinente al homicidio realizado por el tutor, el sujeto pasivo solo puede ser el pupilo o la pupila, en otras palabras, la persona que se encuentre bajo la tutela del mismo, aun cuando no hubiera sido declarada judicialmente (art. 131, num.1).

Por otro lado, en cuanto a la conducta típica vale todo cuanto expusimos a propósito del delito de homicidio simple o básico del art. 131 del Código Penal.

a.2. Tipo subjetivo

El conocimiento del vínculo de matrimonio o de parentesco no es un elemento imprescindible a la luz de la legislación vigente a diferencia de lo que sucedía con el código anterior, pues solo se requiere que recaiga sobre las personas antes indicadas para que estemos en presencia del homicidio agravado bajo análisis.

Ahora bien, a diferencia del homicidio simple (art. 131), en este homicidio agravado es de enorme trascendencia el *error in persona* (error en la persona) y la *aberratio ictus* (error en el golpe) pues, de comprobarse plenamente dejan sin existencia el homicidio agravado, siendo necesario aplicar el homicidio simple para sancionar a quienes desconocían la relación existente entre el sujeto pasivo y él o los responsables de su muerte.

La anterior conclusión a nuestro modo de ver, debe ser la respuesta así, toda vez que el homicidio agravado bajo estudio cobra vida precisamente porque el homicida debe conocer que causa la muerte a su cónyuge, pariente cercano o padres o hijo adoptivo, ya que de lo contrario no podrá hacerse responsable por la agravante que desconocía, aún cuando la norma vigente a diferencia del código anterior no establezca como elemento constitutivo de esta agravante el “conocimiento sobre el parentesco”.

*b. Formas de aparición delictiva:
problemas de participación*

Son perfectamente posibles las diferentes formas de participación delictiva en este homicidio agravado. Los partícipes serán castigados a título de homicidio agravado si tienen conocimiento de la relación que liga al sujeto activo con el sujeto pasivo.

En caso de que no sean conocidas dichas causas por los partícipes, pero sí por el autor, éste será responsable de homicidio agravado y aquellos serán declarados responsables de participar en un homicidio simple, tal como lo dispone el precepto que sobre comunicabilidad de las circunstancias contiene el Código Penal.

B. Homicidio con conocimiento, en una mujer grávida, en niños de doce años de edad o menor o en un adulto de setenta años de edad o más (art.132 numeral 3)

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

El Código Penal del 2007 incorpora esta agravante cuya finalidad es castigar más severamente al autor que le causa la muerte: a) una mujer grávida con conocimiento, b) en niños de doce años de edad o menos, y c) en un adulto de setenta años o más.

Indudablemente, que la justificación para ello, a nuestro modo de ver, puede hallarse en *la vulnerabilidad* en que se encuentran algunos de estos sujetos: el adulto mayor y el niño menor de doce años, y a la necesidad de un mejor trato, cuidado y respeto no solo por razón de su edad, sino también por la condición o el estado en que se encuentra la personas, vgr. En estado de embarazo.

En cuanto a los sujetos del delito, en primer término, el Sujeto activo solo es aquel que con conocimiento del estado de embarazo de la mujer le causa la muerte, o aquel que le causa la muerte al niño menor de doce años de edad o al adulto de setenta años o más, mientras que el sujeto pasivo, viene determinado por la ley, en el artículo 132, numeral 3°.

En esa línea, la mujer grávida es el sujeto pasivo, el adulto mayor de setenta años o más, y en cuanto al menor de doce años de edad o menos, es importante tener presente que no debe existir ningún vínculo de parentesco con el autor, ni mucho menos ninguna de las situaciones previstas en el delito de violencia doméstica, ni tampoco estar bajo la tutela del autor.

El delito exige que se realice de manera intencional con conocimiento del estado de embarazo del sujeto pasivo, por lo que a “contrario sensu”, el autor responderá por homicidio simple, al igual que sucede en las otras situaciones restantes.

En cuanto a los aspectos restantes nos remitimos a lo antes señalado respecto al delito de homicidio simple.

C. Homicidio agravado por razón de la calidad de servidor público por motivo de las funciones que desempeña (art.132 numeral 7o).

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Esta agravante del homicidio se fundamenta en la calidad de servidor público como sujeto pasivo (art. 132, numeral 7o) y tiene como objeto brindar una mayor protección a quien, por razón del cargo público que desempeña, puede poner en peligro su vida al cumplir con los deberes inherentes al cargo que desempeña.

El Código vigente, a diferencia del anterior, exige que el sujeto pasivo muera realizando un acto propio de la función que desempeña el sujeto.

La agravante existe desde el momento en que la muerte del sujeto pasivo que ostenta la calidad de servidor público se debe a causas que han surgido por razón del cargo desempeñado por el sujeto.

Durante la vigencia del código de 1922, la agravante tenía una redacción distinta, pues en el literal b) del art. 312 se sanciona al que causaba la muerte “en la persona de un miembro de la Asamblea Nacional o de un funcionario público por razón de sus funciones”. La

actual redacción es diferente a la antes transcrita, pues ahora sólo se protege al servidor público por motivo de sus funciones que desempeña, mientras que en el código anterior se protegía adicionalmente a los miembros de la Asamblea Legislativa, con absoluta independencia de las razones que provocaban el acto homicida. La agravante particularmente protege la vida de los servidores públicos por motivo de las funciones que desempeña, sujeto pasivo de este tipo agravado.

El Código vigente, a diferencia del Código de 1922, no trae un concepto de servidor (antes funcionario) público a efectos penales. Ello nos impide suministrar un concepto del mismo para estos efectos, por lo que será menester recurrir al Derecho administrativo cuando sea necesaria obtener tal respuesta.

En nuestra Constitución Política de 1972 el término utilizado para referirse a quienes trabajan para el Estado es *servidor público*. En las reformas constitucionales de 1983, se introdujeron reformas a numerosos preceptos en los que se utiliza el *término funcionarios públicos* con igual frecuencia que *servidor público*.

Durante la labor de revisión del Anteproyecto de Código Penal de 1970, que fuera posteriormente el Código Penal de 1982, se tomaron las medidas necesarias para evitar la dualidad de expresiones para referirse al mismo concepto. Es por eso que el nuevo Código Penal utiliza en forma constante y uniforme la expresión “servidor público”.

En el tipo subjetivo, para que opere válidamente la agravante, es preciso que el sujeto activo tenga conocimiento de la existencia de la misma, pues de lo contrario la misma no se le transmite. En este caso, es imprescindible que la muerte se produzca en forma intencional, pues el sujeto activo debe tener interés en causar la muerte del sujeto pasivo por motivo de las funciones que éste desempeña, por lo que la causa de la muerte del sujeto es generada por ese motivo (GUERRA DE VILLALAZ, 2002, p. 41). Basta el simple dolo directo para la comisión de la infracción.

III. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES

A. *Homicidio agravado por razón de motivo intrascendente o fútil*(art.132 numeral 6o)

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

La mayoría de las legislaciones omiten la inclusión en el catálogo de agravantes específicas del homicidio, aunque algunas la incluyen como agravantes comunes para todos los delitos en el Libro I de los códigos penales.

En esencia, el motivo fútil supone que la razón que subyace en la conducta homicida es intrascendente, de forma tal que no parece ser suficiente razón para que se haya producido un *resultado* de tanta trascendencia como es la muerte por tal o cual motivo insignificante.

Este homicidio revela en el agente una “extrema inhumanidad y gran peligrosidad” según indica PEÑA CABRERA (1985, p. 40), y es menester tener presente que no es sinónimo de la ejecución que se realiza con crueldad o la ejecución cruel o brutal, pues en esta última se infiere dolores o aflicciones física o psíquicas al sujeto pasivo que son innecesarios.

Como ejemplo clásico de esta forma agravada del Homicidio citan los autores, el caso del individuo que quiere probar puntería con un ser humano matándolo, o el chofer-cobrador que víctima al pasajero de transporte urbano por el sólo hecho de reclamar su boleto municipal.

De lo antes expuesto, podemos concluir que por motivo fútil debemos entender aquel que es *insignificante, intrascendente*, de poca importancia o escasa significación frente a la conducta típica que causa el resultado muerte.

En cuanto a la conducta típica en el homicidio agravado por razón de un motivo intrascendente o fútil no presente ninguna particularidad respecto del homicidio simple. Sólo interesa destacar que la con-

ducta misma reviste los mismos caracteres de gravedad en este caso frente a otros en donde el móvil o motivo determinante de la acción del homicida es relevante.

Por otro lado, en el homicidio agravado por razón de motivo intranscendente o fútil el sujeto actúa con conocimiento de su actuar, es decir, dolosamente.

Es preciso destacar que el dolo no se diferencia en nada del dolo en el homicidio simple, pues la única diferencia sustancial entre estas figuras delictivas radica en la razón de la figura típica.

Quizás podamos decir que en este homicidio agravado, el sujeto activo actúa con carentes motivos frente a la colectividad, pero que son totalmente valederos y fundamentales para su actuar.

El hecho que se califique su actuación como sin suficiente motivo o por motivos de poca importancia, no implica que la acción ejecutada carezca de motividad, pues para el homicida tal motivo no es fútil, muy por el contrario, significativo, pues de lo contrario no hubiera llegado hasta la producción de la muerte del sujeto pasivo.

B. *Homicidio por motivo de discriminación o racismo (art.132 no.3)*

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Desde el punto de vista político criminal se justifica la agravación de la pena en este caso, toda vez que el sujeto actúa causándole la muerte al sujeto pasivo, *motivado por la discriminación o el racismo*, de manera que si la muerte no ha sido generada por este motivo, es un homicidio simple.

En realidad, se trata de una situación actual que a nivel mundial, está confrontando graves problemas en la que se justifica la intervención estatal a fin de castigar gravemente a quien comete un homicidio por este motivo, y en la que otros países a diferencia del nuestro, han incorporado una serie de hechos delictivos, como son la provocación

al odio racial, a la discriminación, la denegación discriminatoria de prestación, entre otras.

Esta agravante innovadora en el homicidio, implica que se discrimina, es decir que se da un trato distinto a otro, y siguiendo la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tanga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento o goce en ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida política” (Art. 1º).

Por su parte, el término *racismo*, “designa un comportamiento discriminatorio por razón de la raza, en la que se afirma la superioridad innata, biológica, social y moral de unos grupos humanos frente a otros basándose en la composición racial, concepto que hoy en día, no sé en una cuestión de carácter biológico, sino también de carácter social, cultural, e histórico la pertenencia del sujeto, raza, etnia o nacionalidad” (ARANGO DURLING, 2005, p. 22).

En lo que respecta al sujeto activo es la persona que comete el homicidio por motivo de discriminación o racismo, mientras que el sujeto pasivo, se concreta en la persona que ha sido objeto de discriminación o racismo, ya sea negros, indígenas, extranjeros, etc.

Ahora bien, es importante tener presente que el numeral 3º del artículo 132, se refiere a causar la muerte en “actos de discriminación o racismo”, expresión que determina que la muerte ha sido ocasionada o provocada con motivo de un acto discriminatorio.

Finalmente, el hecho punible solo puede ser realizado con dolo, de tal forma que se exija en el sujeto el ánimo de causar la muerte en ocasión de un acto de discriminación o racismo, es decir, con desprecio hacia otro. En este caso estamos ante un hecho, en la cual el sujeto por su ideología, creencias u otros causa la muerte del sujeto pasivo, en consecuencia la falta de este motivo, elimina la agravante.

C. *Homicidio con el fin de extraer un órgano vital a la víctima (art.132, numeral 11)*

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Como agravante innovadora del Código Penal del 2007 en el homicidio, confirma que el sujeto adolece de respeto hacia la vida humana, al causarle la muerte, con el fin de extraer un órgano vital a la víctima, ya sea con la finalidad de obtener una ventaja económica ilícita, o cualquier otra.

Sujeto activo es la persona que le causa la muerte a otro para obtener sus órganos vitales, requeridos para trasplante, generalmente, a cambio de una remuneración económica, cuando se efectúa por organizaciones dedicadas a tal efecto.

Se trata de un delito común, que requiere el apoyo posiblemente de otros sujetos, y en la que el agente requiere de algunos conocimientos especiales.

En el tipo subjetivo, el sujeto debe actuar intencionalmente, es decir, con dolo, por lo que no cabe la culpa. Es indiferente, si el agente lo efectúa a cambio de una remuneración económica, o por cualquier otro fin.

IV. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DEL MEDIO UTILIZADO (art.132 numeral 5o)

A. *Homicidio agravado con alevosía y con el uso de veneno*

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Según el legislador se trata de dos agravantes distintas del homicidio: el homicidio con *alevosía* o con el uso de *veneno*, las cuales están relacionadas a los medios, modos o formas en que se comete el mismo.

Las muertes provocadas por medio de veneno, históricamente han sido frecuentes, y la expresión “veneno” gramaticalmente, se entiende como cualquier sustancia que introducida en el organismo ocasiona la muerte o graves trastornos funcionales.

En realidad, la utilización de veneno, ha sido catalogada como una circunstancia agravante en el delito de homicidio, pues ciertamente se coloca a la víctima en una situación de indefensión o inferioridad, y por ende el sujeto se le facilita la ejecución del delito.

En lo que respecta a causar la muerte con “alevosía”, a juicio de la legislación española se da “cuando el autor empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. La alevosía implica una traición y el fundamento de la agravante radica en una mayor peligrosidad, por la indefensión de la víctima, que puede darse de conformidad con la doctrina, cuando por ejemplo, el agente le proporciona un somnífero o una droga para dormirlo y luego quitarle la vida, o simplemente disparar sobre una persona que duerme.

Por otro lado, algunos autores (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p. 55) han determinado los requisitos de la alevosía, siguiendo la jurisprudencia:

- a) un elemento normativo que se cumple si se acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas (asesinato, obviamente lo es);
- b) un elemento instrumental o aseguramiento del resultado sin riesgo para el autor eliminando la defensa que pudiera existir por aparte del ofendido, lo que pone de relieve su cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima;
- c) un “animo tendencial” dirigido hacia la indefensión a la eliminación de la posibilidad alguna de la defensa de la víctima;

Que a través del enjuiciamiento, se capte una mayor “repulsa social” de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado.

En esa línea señalan los autores citados, que las modalidades de la alevosía, pueden ser la traicionera (mediante emboscada, traición, trampa), la sorpresiva (actuación repentina), y la alevosía por desvalimiento o cobardía común.

De lo anterior se desprende, que realmente no resulta correcto que se haya individualizado la agravante mediante “veneno”, pues se confirma que perfectamente es viable su encuadramiento dentro de la “alevosía”.

Para otros la alevosía (COBO DEL ROSAL, 2005, p. 96), está integrada por dos elementos a) elemento objetivo, que se refiere a las formas, medios o modos que se utilizan en la ejecución del hecho y b) subjetivo, que se refiere al ánimo de procurarse, con tales procedimientos la indefensión del sujeto o aprovecharse de ella.

En cuanto al tipo de injusto, en el tipo objetivo, el Sujeto pasivo, puede ser cualquier persona, sin embargo, la doctrina ha indicado que esta debe estar en condiciones de defenderse, por lo que donde esa posibilidad falte no debe apreciarse, como sería por ejemplo, el caso de niños, personas ancianas, enfermos o inválido (COBO DEL ROSAL, p. 98).

En el tipo subjetivo, lo característico de la agravante por “alevosía”, es que el sujeto debe actuar con un ánimo alevoso, es decir, de procurar asegurar la indefensión de la víctima, por lo que debe emplear medios o formas de ejecución para lograr tales fines, de manera que pueda provocar la muerte sin riesgos de defensa por parte de la víctima (COBO DEL ROSAL, p. 96).

B. *Homicidio agravado por razón de medio de ejecución atroz (art. 132 numeral 6o)*

1. Fundamento de la agravante. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

La agravante pone de manifiesto que para provocar la muerte del sujeto pasivo se emplean medios de ejecución atroces, lo que refleja en el agente del delito una ausencia de sentimientos o insensibilidad

moral (S. S.P. 14 de abril de 1993), o haber infligido graves torturas físicas y morales antes o durante la ejecución del homicidio.

Queda claro, en consecuencia, que los medios atroces deben ser utilizados mientras el sujeto pasivo esté vivo, al menos consciente, y deben ser innecesarios, pues de lo contrario son irrelevantes cuando se realizan sobre un cadáver o sobre quien no siente dolor alguno por hallarse en estado de coma, por ejemplo.

Se reprime, entonces, con mayor severidad y ha sido relacionado con el ensañamiento, *es decir, el aumento deliberado de dolor a la víctima, al ofendido*, pues como anota SANTORO (p. 85) esta circunstancia es expresión de una maldad brutal, de actos inhumanos, innecesarios (MUÑOZ CONDE, 2013, p. 49), torturas, sevicias, etc., “previos a la producción de la muerte”.

En se sentido, MUÑOZ RUBIO Y GONZÁLEZ FERRER (1980, p. 89) coinciden en que la conducta no solo consiste en causar la muerte, sino de efectuarlo de una especial forma de comisión, y que con ello el autor no solo quiere causar de modo directo la muerte de la otra persona, sino que se propone someterla a un lujo innecesario de sufrimientos.

En consecuencia, estamos ante un delito doloso directo que por razón de los medios de ejecución atroces aumenta deliberadamente el dolor. En todos aquellos casos en que el sujeto no tenga la intención o voluntad de causar la muerte con medios de ejecución atroces y se produzca objetivamente la muerte con medios que hagan parecer atroz su realización, la agravante no podrá ser apreciada pues en el agente no había el ánimo de producir el resultado por medio de medios que aumentarían el dolor o sufrimiento de la víctima.

Si bien es cierto, en consecuencia, que la objetividad de la agravante es evidente en este homicidio agravado, no por ello debemos pasar por alto el grado de culpabilidad del sujeto que para producir el resultado esperado utiliza medios que se consideran innecesarios, al producir la muerte en condiciones extremas para el sujeto pasivo.

La omisión es inadmisibles en la agravante que analizamos.

C. *Homicidio agravado por razón de inmersión o asfixia u otros delitos contra la seguridad colectiva que implique un peligro común (art.132, numeral 6o).*

1. Fundamento de la agravante

El homicidio agravado por razón de la comisión de delitos que implican la existencia de un peligro común, tales como incendio, a inundación, etc., suponen la realización de un homicidio en donde intervienen otros medios capaces de crear un riesgo o peligro para una gran cantidad de personas, ajenas por completo a la relación sujeto activo-víctima.

En estos casos, el legislador agrava la pena del homicidio por entender que el sujeto activo ha creado una expectativa de peligro para la vida de innumerables personas, terceros inocentes que no tienen ninguna vinculación con el hecho delictivo.

“Se está refiriendo la Ley en este caso a determinadas formas de estragos, fundamentándose la calificación de asesinato en la creación de un riesgo añadido para otros bienes jurídicos y en la mayor perversidad del autor, merecedor de un mayor reproche de culpabilidad, por la utilización de medios tan peligrosos. Desde un punto de vista político criminal quizás no resulte suficientemente fundamentada esta modalidad de asesinato, por la razón de que hubiera bastado con los concursos que el hecho provocase en su caso” (BAJO FERNÁNDEZ, 1986, p.66).

“El homicidio cometido mediante la utilización de delitos de peligro común, como el incendio, el sumergimiento o la inundación, es agravado especialmente por el Código Penal, bajo la consideración de que la utilización de estos delitos como *medios* del homicidio subraya el desvalora de la conducta, habida cuenta del peligro que estos delitos representan para la seguridad colectiva” sostienen MUÑOZ RUBIO-GONZALEZ FERRER (1980, p. 91) al analizar la norma equivalente en el código anterior.

La actual legislación, sin embargo, no solo ha concluido la utilización del fuego, inmersión o cualquier otro delito de peligro común, sino también la “asfixia”, por lo que debe entenderse que se trata de la utilización de un mecanismo dirigido en este último caso a poner en peligro un sinnúmero de personas.

2. Alcance de la remisión al Título IX del Libro Segundo

De acuerdo con esta agravante, el homicidio es sancionado con mayor gravedad cuando la muerte se produce por razón de la utilización de fuego, inmersión o asfixia u otro delito contra la seguridad colectiva previsto en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

Cabe entonces preguntarse ¿qué delitos del Título IX del Libro Segundo agravan el delito de homicidio?

En el código de 1922 el art. 313 literal d) establecía una mayor penalidad cuando el homicidio se cometía “por medio de incendio, de sumersión, inundación u otro de los delitos previstos en el título séptimo de este libro”, cuando en realidad era el título décimo.

Tanto el Código de 1922, el de 1982 y el vigente, remiten a otro título del Libro Segundo, sin embargo, no todos los delitos incluidos en el Título VII del código actual o del código anterior, sirven para agravar la pena del homicidio.

En efecto, es nuestra opinión sólo los delitos previstos en el capítulo I del Título IX permiten que el homicidio simple se torne en homicidio agravado, pues los otros delitos previstos en el título IX no afectan a la generalidad de las personas como los consagrados en aquel.

Estimamos que sólo los delitos de peligro común previstos en los artículos 296, 297, 298, 299, y 300 son capaces de afectar la naturaleza del homicidio, haciéndolo agravado por la comisión de uno de ellos.

En nuestra opinión, la remisión que hace la norma bajo estudio no alcanza a los capítulos restantes del mencionado título (delitos contra los medios de transporte y comunicación, asociación ilícita, piratería y contra la salud pública), aunque alguno de estos delitos tenga la

capacidad de crear males de tanta gravedad que pongan en peligro a un número crecido e indeterminado de personas.

La norma comentada, sin embargo, es preciso reconocerlo, da margen para sostener lo contrario. Sobre este particular, MUÑOZ RUBIO- GONZÁLEZ FERRER (1980, p. 91) al comentar el código anterior extienden la agravante a cualquiera de los delitos previstos en el Título X del código derogado.

3. Análisis de la figura delictiva. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sin duda este homicidio tipifica un determinado medio para causar la muerte, pues para que surja esta agravante es preciso que la muerte se produzca por razón del delito de incendio, inundación, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII del Libro Segundo del código que pone en práctica el sujeto activo con el deliberado propósito de causar la muerte.

Carece de relevancia, por tanto, que el sujeto activo se aproveche de una de las situaciones antes indicadas para causar la muerte, pues no ha creado la situación de peligro o riesgo en tales delitos.

Ahora bien, el Código Penal de 1982, consagraba una agravación, para el incendio y otros delitos en los artículos 232 y 235 del Código Penal, para cuando se produzcan lesiones o la muerte de alguien, de manera que el sujeto sólo respondía si había actuado al menos culpablemente respecto del resultado muerte o lesiones, situación que servía para diferenciarlo del homicidio agravado en donde el elemento subjetivo es causar la muerte por medio de uno de los delitos antes mencionados.

La actual legislación sin embargo, no establece una agravante en los casos de lesiones o muerte por razón de incendio, por lo que habrá de resolverse por el concurso de delitos.

Para la configuración de la agravante es preciso que el sujeto activo haya causado la muerte mediante la utilización voluntaria o consciente de uno de los delitos previstos en el Título IX del Libro

Segundo del Código Penal, pues de lo contrario estaremos ante un concurso de delitos.

D. *Homicidio agravado mediante arma de fuego disparada en un lugar frecuentado por personas (art. 132, numeral 10)*

El numeral 10 del artículo 132 fundamenta la agravación de la pena en el delito de homicidio, tomando en consideración que el sujeto emplea un arma de fuego en un lugar frecuentado por personas, poniendo en peligro la seguridad de otros, y en ese sentido se refleja una fuerte determinación delictiva en el agente que independientemente del lugar donde se encuentre el sujeto pasivo, quiere causarle la muerte.

No está demás decir, que el sujeto activo en su actuación muestra una determinación por lo que es evidente, que su comportamiento es doloso, y que merece una sanción más grave por el peligro que corren otras personas que están en lugares públicos, cuando el agente realiza tales hechos.

En el caso de nuestro país, este tipo de hechos se realiza muy frecuente, y cabe señalar, que en las estadísticas de homicidio registrados en el año 2017, se determina que de los 383 homicidio realizados en ese período el tipo de arma de fuego es la más utilizada por los delincuentes.

V. HOMICIDIOS AGRAVADOS POR RAZÓN DE LA COMISIÓN DE DELITOS CONEXOS

A partir de la Ley 82 de 2013, que crea la figura delictiva del Femicidio, solo se contempla el *homicidio agravado por razón de la realización de un hecho punible anterior (art.132, numeral 9*, toda vez que el legislador de manera inexplicable derogó el numeral 8o del artículo 132, que se refería al *Homicidio agravado por razón de la preparación, facilitación o consumación de otro hecho punible, aun cuando no se realice (art. 131 No. 8)*.

Ciertamente, que no podemos obviar, la importancia que tienen estas agravantes, por lo que a continuación nos referiremos a ellas, aún cuando una de ellas haya sido derogada.

A. *Homicidio agravado por razón de la realización de haberse cometido un delito anterior*

1. Fundamento de la agravante (art.132 numeral 9). Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

El numeral 9 del artículo 132, establece que la pena para el homicidio se aumentará de veinte a treinta años cuando se ejecute:

“Inmediatamente después de haberse cometido un delito, para asegurar su ocultación o la impunidad o porque no se pudo alcanzar el fin propuesto”.

La razón de la agravante en este homicidio agravado reside en el hecho de la conexión entre un delito cometido con anterioridad y la muerte de una persona que se produce para lograr la impunidad de aquel delito, o para asegurar los mismos fines aunque el delito que se pretendía cometer no haya dado los resultados propuestos.

Estamos ante dos hechos punibles distintos. No debemos confundir este homicidio agravado con el delito anterior, ya que éste, a diferencia de aquel, supone la comisión de un hecho delictivo que se desea ocultar, para asegurar su impunidad, ventaja o asegurar su ocultación, como también para proteger a quien cometió el hecho anterior, sea el mismo homicida o un tercero, aunque no se haya logrado el fin propuesto con la comisión del delito inicial.

Para la existencia de esta agravante, es preciso la realización de un hecho punible anterior, es decir, de un delito o que no se haya alcanzado el fin propuesto por el sujeto.

Por otro lado, por *asegurar su ocultación* debemos entender evitar que se descubra la comisión del delito anterior, por *asegurar su ventaja* entendemos resguardar los beneficios provenientes de ilícito antes cometido; *lograr la impunidad* para sí o un tercero implica que no se descubra la identidad propia o de otra persona que han intervenido

en el delito ya cometido; y, finalmente, *porque no se pudo* alcanzar el *fin propuesto* implica que el sujeto causa la muerte porque no pudo obtener el fin propuesto al realizar el delito inicial.

Esta agravante implica, por tanto, que antes de causar la muerte de otra persona, el sujeto inició la ejecución de otro delito, aunque no haya logrado su consumación o, en su caso, logró la consumación del delito anterior.

De otra parte, estamos ante un delito doloso, en donde existe un *dolo directo* en el agente que causa la muerte de una persona con la finalidad de asegurar su ventaja o la impunidad de sí o de un tercero, o porque no pudo alcanzar el fin propuesto, y en la que supone cierto despecho, enfado o disgusto en el sujeto que no logra el fin propuesto.

B. *Consideración sobre el Homicidio agravado por razón de la preparación, facilitación o consumación de otro hecho punible*

Aunque esta agravante ha sido derogada por la Ley 82 de 2013, a continuación vamos a referirnos a ellas por la importancia de la misma.

En el homicidio agravado por razón de la preparación, facilitación o consumación de otro hecho punible estamos en presencia de un *delito-medio* que guarda relación directa con otro hecho punible al que se le considera como *el delito-fin*. Aquí el sujeto activo causa la muerte de otra persona con el propósito de preparar, facilitar o consumir otro delito. El homicidio no es el fin propuesto por el sujeto, pero su consumación es necesaria para la realización de otro ilícito.

FEBRES CORDERO (1993, p. 49) en el derecho venezolano ha puesto de manifiesto que este caso se “requiere conexión de medio a fin entre ambos delitos y no simple simultaneidad entre ellos como se desprende de la norma venezolana”. Este homicidio agravado, también conocido como homicidio *Criminis causa*, es “la figura ampliada del antiguo *latrocinio*, pues éste sólo comprendía las vinculaciones entre el homicidio y el hurto”.

La norma bajo examen no requiere que se haya producido el delito esperado, pues basta que se produzca la muerte como medio para la preparación, facilitación o consumación de aquel, aunque el mismo no se produzca.

En nuestra legislación anterior la norma equivalente tampoco exigía que le iniciara la ejecución del delito-fin, por lo que bastaba la muerte del sujeto como medio para preparar, facilitar o consumir otro hecho para dar vida a esta forma agravada de homicidio.

La norma comentada exige que el homicidio se produzca para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible, es decir, otro delito, siendo improcedente la agravante cuando se trata de la preparación, facilitación o consumación de una infracción de distinta naturaleza, como una *falta*, por ejemplo.

En opinión de NUÑEZ (1965, p. 51) la agravación en este caso reside en una conexión ideológica, que “comprende casos de *conexión final* y casos de *conexión impulsiva*”.

Tal conexión final se desprende de los objetivos que persigue el sujeto que causa la muerte, pues bien puede ser para uno de estos fines:

- a) preparar la comisión de un hecho punible;
- b) facilitar la comisión de un hecho punible;
- c) consumir un hecho punible.

Preparar la comisión del hecho punible supone que el sujeto realiza una serie de actos preparatorios o previos al inicio de ejecución del delito; *facilitar* la comisión de un hecho delictivo supone la realización de actos que sirven para la comisión de otro hecho, pero que no son ejecutivos para dicho hecho punible; *consumar* obtener el resultado previsto en la norma o realizar la conducta tipificada como infracción punible. En estos tres casos, la muerte del individuo debe tener como finalidad primordial que se produzca una de estas tres situaciones.

La conexión impulsiva se da cuando el sujeto no logra el fin propuesto y así produce la muerte del sujeto pasivo. Esta situación, sin

embargo, queda fuera del alcance de la norma examinada y será comentada al analizar la agravante siguiente:

En el caso que nos ocupa, el sujeto que produce la muerte de una persona para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible sin lugar a dudas actúa dolosamente.

A nuestro juicio, estamos en presencia de un supuesto en donde se exige un dolo específico, ya que el sujeto causa la muerte de otro con la *finalidad o el propósito* de preparar, facilitar o consumir otro hecho punible.

MUÑOZ RUBIO/ GONZALEZ FERRER (1980, p. 94) han señalado a este respecto que la “agravante requiere en el autor la representación del homicidio como medio; por tanto, no se configura esta agravante si el autor, al momento de causar la muerte, no tuvo presente el debido propósito de preparar, facilitar o consumir otro delito”.

Tal es el caso por ejemplo, de quien después de haber matado a una persona se le ocurre sustraerle el dinero, estando en este caso ante una concurrencia de delito de homicidio y hurto.

En conclusión existe” diferencia entre ambas agravantes. En la primera se da la causa de agravación aunque *el delito-fin* no se cometa, mientras que en la segunda es necesario que el otro delito se haya realizado, como se advierte en la expresión “inmediatamente después de haber cometido otro delito” utilizada por el Código. En el primer caso, la conexidad es *ideológica o subjetiva*; en el segundo, es *consecuencial u objetiva*” (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, ps. 80- 82).

VI. HOMICIDIO AGRAVADO POR RAZÓN DE LA SUBJETIVIDAD DEL SUJETO ACTIVO: EL HOMICIDIO PREMEDITADO (Art. 132, No. 4)

A. Fundamento de la agravante

Un tema sumamente polémico es el homicidio premeditado, por cuanto que el mismo es una forma de homicidio agravado en

el que subyacen elementos previstos en otras formas de homicidios calificados.

En efecto, hay elementos del mismo en el homicidio por precio o promesa remuneratoria, en el homicidio alevoso, en el homicidio por medio de sustancias venenosas, entre otros, por lo que algunos autores han recomendado su eliminación ya que la agravante carece de sentido fuera de los casos antes indicados.

Hoy, aunque todavía se mantiene en algunos códigos, va desapareciendo de los más modernos, que la circunscriben únicamente al homicidio o a los delitos contra la vida y la integridad personal.

Con todo acierto indica COBO DEL ROSAL (1987, p. 521) que “resulta ciertamente absurdo agravar la pena por el hecho de que el sujeto haya meditado suficientemente la conducta, actuando a pesar de ello. Eso es puro Derecho Penal de autor, puro retribucionismo mal entendido. Desde una función preventiva, protectora de intereses, carece por completo de razón de ser y debemos propugnar su desaparición”, mientras que Carrara (par. 1122) señalaba que el fundamento de la agravante radicaba en la situación de indefensión a la que se enfrentaba el sujeto pasivo cuando el agresor planeaba pormenorizadamente el homicidio.

Algunos autores buscan en la perversidad y peligrosidad del sujeto activo el fundamento de la agravante, pero como bien anotan BUS-TOS - GRISOLIA - POLITOFF (p. 77) tales concepciones criminológicas están “tan desprovistas de fundamento científico como ricas de elocuencia retórica”.

B. Concepto de “premeditación”

Si bien nuestro código no consagra un concepto o noción de premeditación, entendemos con CAMARGO HERNÁNDEZ 1961 (p.20) que “hay premeditación cuando el culpable, después de haber resuelto cometer un delito, mantiene fríamente dicha resolución, durante cierto tiempo, hasta que ejecuta el hecho punible”.

En nuestra legislación, la premeditación no es una causa común de agravación de la responsabilidad penal, por lo que sólo nos ocupa-

remos de la misma a propósito del homicidio, como también ocurría en el Código Penal de 1922 y 1982.

Los antecedentes de la agravante provienen del derecho italiano, que consagra la agravante específicamente para el homicidio y las lesiones. En Italia, ya CARMINAGNI (parágrafo 903) definía el homicidio premeditado como “el propósito de matar formado anticipadamente y a sangre fría, esperando el tiempo y la oportunidad de llevarlo a cabo”.

De acuerdo con RODRÍGUEZ RAMOS (1985, p. 50) los elementos de la premeditación son: a) uno cronológico: transcurso de tiempo desde la resolución criminal hasta su ejecución; b) uno psicológico: mantenimiento con frialdad de ánimo de la idea criminal firmemente resuelta; y, c) uno procesal: estar plenamente probada.

C. El tipo de injusto: Tipo objetivo y Tipo Subjetivo

La agravante de premeditación en el delito de homicidio no tiene ninguna particularidad en cuanto a los sujetos, conducta y objeto material, por lo que a este respecto es totalmente válido lo expuesto con anterioridad a propósito del homicidio simple del art. 131.

Se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva. En este sentido, en el tipo subjetivo, la doctrina patria ha puesto de manifiesto que los elementos esenciales de la premeditación son los siguientes: a) resolución y persistencia en la decisión; b) transcurso de cierto tiempo; y frialdad de ánimo (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 80- 82), mientras que la jurisprudencia nacional (STC 2 de julio de 1997) ha indicado que comprenden: –La deliberación previa a la comisión del ilícito; –Elaboración fría de un plan para llevar a cabo la acción; –Escogencia del lugar y, –Circunstancias de tiempo y modo en que ha de desarrollar el hecho punible.

Resolución y persistencia en la decisión por cuanto que el sujeto debe resolver personalmente cometer el hecho punible y mantener tal decisión desde que resuelve cometer el delito hasta que lo realiza; transcurso de cierto tiempo ya que el sujeto debe mantener la decisión de realizar el hecho, aunque la realización del mismo se produzca

mucho tiempo después; y, tranquilidad y frialdad de ánimo, que supone en el sujeto un cierto grado de tranquilidad emocional, que no debemos confundir como los estados emocionales, la ira o la pasión.

VII. OTROS HOMICIDIOS AGRAVADOS

Con anterioridad a la legislación vigente, mediante la ley 26 de 2000, que reformó el Código Penal de 1982, se adicionó el numeral 9 al art. 132 agravando el homicidio, cuando sea una “persona que se encuentre secuestrada”. Ese precepto, a nuestro modo de ver, resultaba incongruente e innecesario con el resto del articulado de dicha disposición, pues debe advertirse que este supuesto específico cae dentro de la formulación amplia del numeral 9 que hace referencia al homicidio agravado por razón de la realización de un delito anterior; es decir, de la comisión de delitos conexos, por lo que nos remitimos a lo antes expuesto.

Por otro lado, a diferencia de otros textos punitivos, nuestro Código vigente no consagra homicidios agravados expresamente referidos a ensañamiento, o por sólo impulso de una perversidad brutal, o para excitar o satisfacer deseos sexuales, etc., aunque algunas de ellas tienen cabida en la actual legislación.

Un estudio sobre las restantes agravantes puede encontrarse en QUINTANO RIPOLLES (1972.p. 259), NUÑEZ (1991, p.66) y MENDOZA TRONCONIS (1975, p.46), entre otros autores.

Finalmente, cabe criticar la tendencia legislativa nacional a incluir numerosas formas agravadas del homicidio, criterio que ha sido cuestionado en la doctrina, pues más bien resultan ser un reproche ético, que bien trata de darle importancia política criminal (COBO DEL ROSAL, 1987, p.527).

Y si bien, no se han incorporado nuevas agravantes al homicidio, cabe destacar, sin embargo, que se han creado figuras para castigar de manera autónoma hechos que atentan contra la vida humana que de por sí estaban ya configuradas en el Código Penal del 2007, como son el Femicidio (art. 132A Ley 82 de 2013) y el Homicidio por encargo

(art.132 B Ley 121 de 2013), que en nuestra opinión resultan a todas luces innecesarias.

Bibliografía

ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986, ARANGO DURLING, Virginia/ MUÑOZ ARANGO, Campo Elías, *El homicidio agravado por razón de parentesco y el Femicidio*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2015; *Reflexiones sobre el Delito de Adulterio y el Homicidio en la Legítima Defensa del Honor*, Boletín de Informaciones Jurídicas virtual No.54, junio-diciembre, 2015, *Cuestiones básicas sobre el Homicidio*, Anuario de Derecho No.44, 2014, Universidad de Panamá, BARAHONA, Carmen G./MENDOZA, María Antonieta, *Homicidio en riña o pelea*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973; BERNAL PINZON, Jesús, *El Homicidio*, Editorial Temis, Bogotá, 1971; CARMARGO HERNANDEZ, César, *La premeditación*, Bosch, Barcelona, 1958; FERNANDEZ ALBOR, Agustín, *Homicidio y Asesinato*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1964; HUERTA ALFARO, Santiago, *El delito de Parricidio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969; GANZENMÜLLER, Carlos, ESCUDERO, José T., TRIGOLA, Joaquín, *Homicidio y asesinato*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996; LAJE ANAYA, Justo, *Homicidios calificados*, Depalma, Buenos Aires, 1970; MARTINEZ RINCONES, José, *El homicidio preterintencional*, Temis, Bogotá, 1993; MARTINEZ GONZALEZ, Ma. Isabel, *El delito de Robo con homicidio*, Bosch casa editorial, Barcelona, 1988; MUÑOZ POPE/ ARANGO DURLING, Virginia, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986; MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/ GONZALEZ FERRER, Campo Elías, *Derecho Penal Panameño, Parte Especial*, Tomo I, Universidad de Panamá, 1980; TORRES AGUILAR, Manuel, *El Parricidio, Del pasado al presente de un delito*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991; SUAZO LAGOS, René, *Delitos contra la vida e integridad corporal*, 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 1995.

CAPÍTULO III

EL FEMICIDIO

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO DE FEMICIDIO

El Código Penal del 2007 tras la reforma penal mediante Ley 82 de 24 de octubre de 2013, introduce en su artículo 132A la figura del *femicidio*, que en su exposición de motivos manifiesta que “la violencia contra las mujeres alcanza proporciones epidémicas en la mayoría de los países. Millones de ellas en todo el mundo se ven afectadas por este flagelo, con independencia de su nivel educativo o socioeconómico; muchas son víctimas de torturas, hambre, humillaciones, esclavitud sexual, mutilaciones y asesinatos, por el solo hecho de haber nacido mujeres” La aprobación de esta Ley para tipificar el femicidio, constituye la culminación de un largo proceso de lucha por la defensa de los derechos de las mujeres, de vivir libres de violencia, lo que permitirá al país enfrentar esta situación de grave violación de los derechos humanos, y avanzar en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado Panameño “con la ratificación de instrumentos internacionales”.

Más adelante, se señala que “esta Ley tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia por razón de su condición de mujer, así como prevenir y sancionar todas las formas de violencia en contra de las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado” (art.1º).

La incorporación del femicidio obedece a lineamientos internacionales provenientes de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem Do Para (art.2). En efecto, en el informe sobre el mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en cumplimiento de la Resolución ag/res. 2451 (XXXIX-O/09), se manifiesta la necesidad de crear *normas específicas para tutelar la violencia de la mujer*.

Por lo que respecta al término feminicidio de *femicide* data de 1976 empleado por Diana Russell, directamente vinculado a la violencia de género y dista del término feminicidio, y legislativamente algunos países castigan el femicidio: Chile (2010), Costa Rica (2007), Guatemala (2008) y Nicaragua (2012), mientras que otros lo denominan feminicidio: El Salvador (2012), México (2012) y Perú (2011).

Por otro lado, la expresión fue empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de caso González y otras (“campo algodnero”) vs. México sentencia de 16 de noviembre de 2009), que condenó al Estado mexicano por violar derechos humanos en los casos de feminicidio sucedidos en Ciudad Juárez en contra de Esmeralda Herrera Monreal, Laura Berenice Ramos Monárrez y Claudia Ivette González, dos de ellas menores de edad, ocurridos en 2001 en un campo algodnero de Ciudad Juárez y por la violencia estatal ejercida en contra de sus familiares, considerando feminicidio como el “homicidio de mujer por razones de género”.

El artículo 132A que castiga el femicidio dice lo siguiente:

“Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco hasta treinta años de prisión”:

1. Cuando exista una relación de pareja o hubiere intentado infructuosamente establecer o restablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima.
2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.
3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima.
4. Cuando el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima.
5. Como resultado de ritos grupales o por venganza.
6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando la misma haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo, previo a su fallecimiento.
8. Para encubrir una violación.
9. Cuando la víctima se encontrare en estado de gravedad.
10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de “mujer”.

Como se desprende de lo anterior y siguiendo el artículo 1º de la Ley 82 de 2013 el *femicidio* consiste en “causar la muerte a una mujer basada en la pertenencia al sexo femenino, por causa de la discriminación o cualquier otra forma de violencia”. Con la expresión “causar la muerte” se concreta lo que tradicionalmente se ha conceptualizado como *homicidio*, a lo que la ley nacional e internacional prefiere referirse a *femicidio*, cuando recae sobre una mujer víctima de *violencia* en un contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado, y en cualquier tipo de relación, ya sea laboral, docente,

académica, comunitaria o de cualquier índole (art.2), y en la que se advierte que la tutela tradicional del homicidio es insuficiente como mecanismo para combatir los crímenes contra los derechos de las mujeres (MURILLO ESCALANTE/ LÓPEZ GONZÁLEZ).

Antes de terminar hay que señalar, que según el Ministerio Público en nuestro país se registró en el año 2014, 200 casos, en el año 2017 se registraron 9 víctimas fatales y 3 en grado de tentativa y por el momento en el año 2018 hasta el 31 de julio hay 11 víctimas fatales.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de femicidio por razón de su ubicación tiene por objeto proteger la vida de la mujer, contra las actuaciones que “*el género masculino actúe contra la víctima por su condición de mujer*”, según indica el artículo 1 de la Ley 82 de 2013, causándole la muerte.

El derecho a la vida es un derecho humano, reconocido legislativamente a todas las personas, sin ninguna clase de discriminación en atención a sexo, raza, credo, ideología, etc., de ahí que se proclame que nadie puede disponer injustamente del derecho a la vida de otro, sin que la sociedad le exija responsabilidad por ese hecho. De lo contrario, dicha sociedad estaría amparando el germen de su propia destrucción.

Se trata de un comportamiento en la que el sujeto activo, le *causa la muerte a una mujer* basada en la pertenencia al sexo femenino, por causa de discriminación o cualquier otra forma de violencia” (art.4o), y por su naturaleza, se realiza en el marco de las *relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*; en el ejercicio de poder de género contra la mujer; manifestación de control y dominio contra la mujer; por discriminación contra la mujer; repercusiones en acceso, disponibilidad de los bienes materiales de la mujer, que el género masculino actúe contra la víctima por su condición de mujer, según indica el artículo 1 de la Ley 82 de 2013.

Por otro lado, aducen otros que en el femicidio estamos ante un delito pluriofensivo, porque se afectan otros bienes jurídicos (REID),

ya que la protección no apunta directamente a las mujeres, al menos no como fin en sí mismo, sino que apunta a la protección de la institución de la familia, en tanto “núcleo familiar”. Ello queda en evidencia cuando no protege todo tipo de violencia a mujeres, sino que solamente aquella realizada por hombres que han tenido relaciones afectivas con dichas y determinadas mujeres .

Se estima (TOLEDO) que la protección consecuente en el femicidio, se enfoca, en el plano simbólico y normativo, no en las mujeres –aunque sean éstas las principales víctimas de la violencia doméstica, intrafamiliar o en la pareja– sino en ciertas relaciones o vínculos que se estiman merecedores de una protección especial por parte de la ley, pues son parte o pueden serlo, de relaciones de familia.

Ahora bien, a nuestro modo de ver la tutela penal recae sobre la vida de la mujer que está viva, y el tipo penal es claro en cuanto a que *existe exclusividad en la protección penal de la vida de la mujer*, descartando otro tipo de personas, y castigándolo con pena de veinticinco a treinta años de prisión, fundamentando su mayor penalidad no solo por el hecho que se causa la muerte a una mujer, sino porque se realiza en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres; en el ejercicio de poder de género contra la mujer.

Y, precisamente, la pertenencia al sexo femenino es uno de los factores que justifican el incremento punitivo, o la razón de ser de lo que se ha dado en llamar “agravante de género”. Se trata de uno de los factores determinantes, por cuanto el fundamento de la mayor penalidad no reside únicamente en la sola condición sexual de la víctima (se mata por el hecho de ser mujer) sino también en la señalada relación de desigualdad entre el hombre y la mujer, desigualdad que conlleva, desde luego, una mayor dosis de lesividad en la conducta del sujeto masculino (BUOMPADRE).

En efecto, el feminicidio es una de las formas extremas de violencia de género está conformado por el conjunto de hechos violentos misóginos contra las mujeres que implican la violación de sus derechos humanos, atentan contra su seguridad y ponen en riesgo su vida.

Culmina en el asesinato de algunas niñas y mujeres. Hay infinidad de sobrevivientes (LAGARDE).

En el femicidio, la tutela penal va dirigida hacia la vida de la mujer, es decir, al género femenino por los actos ejercidos por el hombre, por causa de discriminación, y en el contexto de la Ley 82 de 2013: una circunstancia subjetiva de matar por (ser mujer), y por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer, en concreto, por discriminación, y en contexto de relaciones desiguales de poder.

Y al respecto indica DADOR (2013), que es este abuso, esta visión de propiedad que hay respecto de la mujer es la que fundamenta el homicidio. Estamos hablando de un delito contra la vida, eso es el feminicidio, no es un maltrato expresado en tipo de lesión grave. Incluso en materia de lesiones, no es lo mismo la lesión simple de la lesión en el contexto de pareja, que debiera ser una lesión agravada. Antes de terminar, ACALE SÁNCHEZ (2013) opina que el bien jurídico es de exclusividad femenina su vida de pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino, y desde esa perspectiva, no parece que se haya abierto un camino adecuado para acabar con el intolerable problema de la violencia que sufre la mujer en el ámbito de la pareja.

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA

A. Tipo de Injusto: Tipo objetivo y Tipo subjetivo

El artículo 132 A dice así:

“Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco hasta treinta años de prisión”:

1. Cuando exista una relación de pareja o hubiere intentado infructuosamente establecer o restablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima.

2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.
3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima.
4. Cuando el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima.
5. Como resultado de ritos grupales o por venganza.
6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando la misma haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo, previo a su fallecimiento.
8. Para encubrir una violación.
9. Cuando la víctima se encontrare en estado de gravidez.
10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer.

Sujeto activo del delito es *quien*, por lo que se infiere del uso de esa expresión que el agente que causa la muerte a la mujer por el solo hecho de serlo, es cualquiera persona, sin embargo, tal afirmación no es correcta ya que la única persona que puede realizar la acción descrita en el tipo, es de *sexo masculino*.

Para algunos autores, la utilización por parte de los legisladores en los tipos penales de la palabra “quien” para referirse al sujeto activo tratan de disimular la gravedad y deslegitimación de la violencia contra la mujer que ejerce el hombre, y “Quien” es una forma como se reproduce la neutralidad del derecho penal como una característica patriarcal, esta ley es una para las mujeres (ISPANEL, 2008).

Sobre este aspecto, se ha indicado que siguiendo el contexto de la ley, el Sujeto Activo es el hombre, porque es una ley hecha para

la mujer en contra de la violencia que le produce la muerte, porque en esta relación desigual de poder, da como resultado una posición de subordinación para la mujer, existen manifestaciones de violencia como medio de control o dominio que conducen de la violencia a la sumisión de la mujer hacia el hombre, la discriminación en su contra y a veces hasta la muerte (ISPANEL, 2008).

En el derecho comparado, sin embargo, podemos señalar, que en algunas legislaciones el sujeto activo viene identificado de manera expresa, siendo *el hombre* el agente del delito (Código Penal de Nicaragua), a lo que la doctrina se refiere a la *sexualización del sujeto activo* tiene su principal crítica en su asimilación a un Derecho Penal de Autor contrario a un Derecho Penal del Acto, que marca el desarrollo moderno y garantista de esta rama jurídica (RAMÍREZ, 2009). También se ha indicado, que éstas, al suponer un sujeto activo masculino, importarían una vulneración al principio de culpabilidad, al transformar la condición de hombre en una presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad en estos delito (TOLEDO).

Ahora bien, en cuanto a quienes en concreto del sexo masculino pueden ser sujeto activo del delito, según las investigaciones se ha hecho un perfil de los perpetradores en el orden siguiente: amigo o vecino, desconocido generalmente vinculado al narcotráfico, novio o ex novio, pariente, ex compañero de hogar, padrastro (NÚÑEZ MONCADA, 2012).

Desde la perspectiva de nuestra legislación penal, se alude a la pareja, ex pareja, carácter laboral, compañero de trabajo, jefe, de carácter docente o por cualquier otra persona, o por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer.

A ese respecto se indica, que son los homicidios de mujeres cometidos por sus maridos, o novios, como los cometidos por otros conocidos o extraños, siempre que exista una motivación de género o sexista, en su acción como ocurre en los casos de violencia sexual y homicidio seriales o masivos de mujeres, los homicidas de mujeres por honor o por dote en ciertos países, etc. (TOLEDO VÁSQUEZ, p.3)

Ahora bien, en cuanto a la consideración de que el *hombre* solo puede ser sujeto activo del delito, se estima como una gran injusticia decir que sólo el hombre puede cometer el femicidio, descartando el hecho que la conducta se realice por una mujer, con las circunstancias de ejecución que requiere dicho tipo penal, por lo que dicho tipo penal parece ser resultado de una dinámica entre los géneros, esperando en el futuro la construcción de otro tipo penal que defina la muerte dolosa de un hombre ocasionada por una mujer para cumplir con la equidad de género y quizá se denomine masculinicidio, lo que redundaría en una burla total, desde el punto de vista técnico legislativo y de política criminológica (MURILLO ESCALANTE, LÓPEZ GONZÁLEZ).

Para otros, la consideración del hombre como sujeto activo, al final de todo este proceso, queda claro que la titularidad del bien jurídico es exclusivamente femenina –la pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino– al coste de presumir, por un lado que todas las mujeres por el hecho de serlo y de establecer una relación sentimental con un hombre son (o se convierten) en inferiores a éstos, y que todos los hombres comulgan con un desprecio absoluto hacia las mujeres, situación intolerable para acabar con el problema de la violencia que sufre la mujer en el ámbito de la pareja (ACALE SÁNCHEZ, 2009).

En consecuencia, (BUOMPADRE), siendo el sujeto activo el hombre carece de relevancia lo que el agresor sienta con respecto a su sexualidad, tiene que tratarse de un hombre (sexo masculino), por lo que dos lesbianas convivientes, por ejemplo, no pueden cometer femicidio entre ellas; tampoco una pareja de homosexuales hombres, ni un grupo polígamo, deben cumplir con el requisito de la heterosexualidad (REID).

Antes de terminar, otro aspecto controversial que se indica en la figura del femicidio, es que, al suponer un sujeto activo masculino, importarían una vulneración al principio de culpabilidad, al transformar la condición de hombre en una presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad en estos delito (TOLEDO).

En cuanto al *sujeto pasivo*, no se presentan problemas interpretativos, solo puede ser la mujer víctima de violencia de cualquier edad (art.132^a.), dentro de los parámetros de la norma antes citada, y se protege su vida como en cualquier homicidio, aunque la condición de sujeto pasivo sea distinta. No se trata de causarle la muerte a *cualquier mujer en* cualquiera circunstancias, sino sólo aquélla muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, “basada en una relación desigual de poder” (BUOMPADRE).

En estos términos, debe quedar claro que la pertenencia al sexo femenino, es insuficiente, y deben existir motivos de discriminación, manifestaciones de control y dominio contra la mujer, en una relación situacional de relaciones desiguales de poder del sujeto activo con respecto a la mujer, y en general una violencia en el contexto de género, según indica el artículo 1 de la Ley 82 de 2013.

Lo anterior ha sido criticado dado que el legislador ha concedido mayor protección a personas en ciertas y determinadas situaciones en detrimento de otras especialmente vulnerables en similares circunstancias, que podría ser cuestionable desde el principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas (BUOMPADRE).

En primer término, el código se refiere a que la mujer debe haber tenido *una relación de pareja* previa (no de matrimonio), unión de hecho o no, o hubiere intentado infructuosamente establecer o restablecer una *relación de esta naturaleza (se identifica al acoso sexual)* por razones de confianza, de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad, o simplemente porque se haya generado el delito por razón de su condición de mujer, o tenga vínculos de parentesco.

Según las investigaciones el perfil de la víctima va en el orden siguiente:

1. Son personas que han desarrollado a lo largo de su vida, una baja autoestima
2. Se ve a sí misma como una persona dependiente.

3. Se siente desesperanzada y sin recursos de cualquier tipo para salir del situación de maltrato
4. Asigna excesivo poder en su pareja y no se ve valiéndose por sí misma, en cuanto a protección y seguridad.
5. Se sienten culpables del posible fracaso de la relación y se atribuyen la responsabilidad d aloque sucede incluso en las agresiones, justificando y reforzando los episodios de violencia. Se sienten muy desvalorizadas y desconfiadas de sus propias capacidades.
6. El miedo y la angustia les impide mostrar el problema y pedir ayuda
7. Tienden a aislarse y a ocultar a los demás lo que están viviendo para protegerse y proteger a su agresor (NÚÑEZ MONCADA, p.78).

No contempla la ley, la violencia que ocurre al interior de parejas de homosexuales y lesbianas, por ejemplo, quedarían excluidos de esta normativa, debiendo ser juzgados como delitos comunes, a pesar de tratarse de una forma clara de violencia de género, y como indican algunos, la regulación del femicidio, llamadas a contribuir a superar la discriminación en contra de las mujeres, puede tener a su vez otros efectos en el sentido de reproducir nuevas formas de discriminación (TOLEDO).

En lo que respecta a las edades, son variadas por ejemplo, el Observatorio de Violencia de Género de ORMUSA, de la República de El Salvador, en 2013, registró un total de 215 asesinatos de mujeres. De los 215 casos, 70 mujeres tenían entre 18 y 30 años y 40 eran niñas y adolescentes menores de 17.

La conducta típica consiste en “causar la muerte” a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias previstas en el artículo 132A, y para ello como indica la Ley 82 de 2013, no solo consiste en *dar muerte a una mujer*, dado que es necesario que se dentro del marco general del tipo:

- a) En las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres

- b) Y por su condición de ser mujer
- c) En el ámbito público o ámbito privado

En este contexto, la conducta prohibida del tipo penal es la acción que tiene como resultado dar muerte a una mujer, por su condición de ser mujer, como resultado de la voluntad del hombre dentro del marco de las relaciones desiguales de poder entre el hombre y la mujer dentro de una o más circunstancias calificativas específicas de mantener o haber mantenido una relación de pareja o intimidad con la víctima descritas en la ley. Con reiteradas manifestaciones de violencia contra la víctima, como resultado de ritos grupales, como se ha manifestado al interior de grupos de maras que tienen estas prácticas (ISPANEL, 2008).

No se trata de dar muerte a una mujer simplemente, pues habrá que valorarse si se da en *relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*, si se trata de actos de extrema violencia, en virtud del cual se vislumbra en el agente una actitud de menosprecio, en general por su condición de ser mujer.

En tal sentido, tiene que tratarse de muertes intencionales y violentas contra la mujer, por el hecho de serlo, las cuales son privadas de la vida en un ejercicio de control y de poder afectando la vida, como principal bien jurídico protegido, como indica el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y desde luego, este se constituye en un factor determinante, ya que no se castiga por la condición sexual de la víctima (se mata por el hecho de ser mujer) sino también en la señalada relación de desigualdad entre el hombre y la mujer, desigualdad que conlleva, desde luego una mayor dosis de lesividad en la conducta del sujeto masculino (BUOMPADRE).

A este respecto se ha indicado que la violencia a que se alude no es la violencia del acto concreto sino una violencia estructural contra las mujeres. Esta manera de aprehender los hechos, conforme a las ciencias sociales, es utilizada para construir la categoría jurídico penal denominada “delito de feminicidio” y clasificarla, diferenciándola de los delitos de homicidio (matar una persona) (HURTADO POZO).

En cuanto al tipo de femicidio, el tipo penal comprende tanto el *femicidio íntimo* (son aquellos asesinatos cometidos por hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afines a éstas, y es uno de los más frecuentes), así como el femicidio no íntimo, que en este último supuesto involucra el ataque sexual de la víctima, y que son cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines a éstas, y no por ello dejan de estar contemplados otras formas de femicidio, Femicidio sexual sistemático, y es indiferente que se realice en el ámbito público como privado.

En estos términos, comprendería los casos en los cuales se le causa la muerte a mujeres como resultado extremo de la violencia de género, que ocurre en el ámbito privado como público y comprende aquellas muertes de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas o familiares, las asesinadas por sus acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer y quedaron atrapadas en la acción femicida diferenciándola de los delitos de homicidio (matar una persona).

En lo que respecta a los medios de ejecución, las muertes registradas en los países determina que ha habido premeditación, dado que los hombres llevaron a sus mujeres con engaños para quedarse con ella a solas, otras con alevosía, dieron muerte con martillazos, baleadas, a golpes, incineradas, y otras murieron como consecuencia de quemaduras.

Por otro lado, el comportamiento del sujeto es *doloso*, requiere que se causa la muerte a la *mujer* en los términos que establece la ley. En consecuencia, no solo se exige el “animus necandi”, sino el propósito de causar la muerte por el hecho de que la víctima es una mujer, elemento fundamental en el delito de femicidio.

Con toda razón se afirma, que el agente ejecuta el hecho contra la víctima que es mujer por el hecho de su condición como tal, es decir, hay una circunstancias subjetiva de matar (ser mujer), a lo que hay que añadir que se da muerte en un ámbito específico que es, precisa-

mente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es el contexto de género, que precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas (BUOMPADRE, 2013).

Para otros (BRINGAS FLORES, 2012), así como el homicidio y el asesinato se diferencian estelarmente por la resolución criminal necesaria, evidenciada por los motivos y la forma en que se ejecuta la muerte de otro, de similar manera (pero respecto a las relaciones de género) debe entenderse la diferencia entre el disvalor penal hecho entre el homicidio y el feminicidio.

En consecuencia, en el femicidio se reconoce un especial elemento subjetivo, distinto al dolo de matar (*animus necandi*) pero concurrente con él, que es el de dar muerte mujer por su condición de mujer sometida a una constante situación de desigualdad.

B. Antijuricidad y Culpabilidad

En el tema de la antijuricidad y de eximentes de culpabilidad, se introduce en el Código Penal del 2007, tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013, el artículo 42 A que dice lo siguiente:

“No podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas para impedir la investigación penal ni como eximentes de culpabilidad para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar el delito de violencia contra las mujeres o cualquier persona”.

A este respecto, debe recordarse que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, amplía la interpretación del concepto de los derechos humanos mediante el reconocimiento formal del papel desempeñado por *la cultura y la tradición* en la limitación del ejercicio por la mujer de sus derechos fundamentales. La cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer. Reconociendo esa relación, en el preámbulo de la Convención se destaca “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de

la mujer en la sociedad y en la familia”. En consecuencia, los Estados Partes están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5).

Por otro lado, las Naciones Unidas, han manifestado que las leyes no deben permitir la eximente del “honor” para los delitos de violencia contra las mujeres y las niñas. Los legisladores deben derogar las disposiciones penales que permiten la eximente del “honor” o cualquier otra ideología que pueda interpretarse como “honor”, como la moralidad, la costumbre o la ética<http://www.endvawnow.org/es/articles/738-despenalizacion-del-adulterio-y-eximentes.html>

De igual forma, se ha recomendado excluir las disposiciones que permiten la reducción de condena o la impunidad en casos de crímenes casos de violencia contra las mujeres y las niñas cuando:

- El asesinato se cometió como crimen pasional;
- La víctima no era virgen;
- El perpetrador presencié el acto de adulterio o la relación sexual extraconyugal o sospechaba de su existencia;
- El perpetrador cometió el crimen de “honor” basándose en la conducta de la víctima, su desobediencia u otro “acto ilícito o peligroso” por su parte;
- El violador contrae matrimonio con la víctima. <http://www.endvawnow.org/es/articles/739-disposiciones-condenatorias.html>

Todo lo anterior es relevante, porque todavía existen legislaciones en la que no existe condena de homicidio en caso de adulterio, como sucede con la República de Uruguay, y en otros se justifica la muerte de niñas y mujeres por motivos de honor, como es el caso de Pakistán, entre otros. Tales disposiciones permitían y permiten justificar el crimen realizado por el agresor en contra de su víctima, conocido

en España como el “privilegio de la venganza de la sangre” (1870), prevista hasta 1963, en otros casos opera como atenuante.

Otros países como México, dentro de los códigos penales de nueve Estados de la República (Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Jalisco, Michoacán, Coahuila, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas) perdura la figura de “Homicidio por Razón de Honor” u “Homicidio por Emoción Violenta por Agresión a sus Sentimientos Afectivos” a través de la cual, el asesinato por adulterio es considerado como un delito no grave, y su condena es mucho menor (TAPIA, 2012).

En todo caso debe quedar claro, que en nuestro país tales situaciones no tienen cabida, puesto que ya existe un fundamento jurídico que prohíbe tales eximentes, a manera de ejemplo se ha eliminado desde hace mucho tiempo la concepción que el honor mancillado por adulterio, justifica la muerte de la mujer (COBO DEL ROSAL, 1963).

C. *Formas de aparición*

La consumación, se presenta cuando se provoca o se causa la muerte de una mujer dentro de las circunstancias que establece el artículo 132A, y en el contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado, y en cualquier tipo de relación, ya sea laboral, docente, académica, comunitaria o de cualquier índole (art.2).

Para su consumación, el tipo penal no requiere que la muerte del sujeto pasivo se haya dado en el marco de una situación de convivencia o de ex convivencia, ni que se trate de una pareja, o ex pareja, hayan tenido o no convivencia. Es suficiente (y necesario) a los fines consumativos que la muerte se haya producido en un contexto de género, esto es, en un ámbito desigual de poder entre el hombre y la mujer. No es posible concebir un femicidio o un homicidio del hombre autopercibido femenino, si no se perpetra en un contexto de género, circunstancia que nos regresa a situaciones conflictivas que ya hemos analizado anteriormente (BUOMPADRE/ZAMBRANO, 2012).

En cuanto a la tentativa es posible, por ser un delito material (Buompadre).

D. *Consecuencias jurídicas*

La pena es de veinticinco hasta treinta años de prisión, castigándose de esta manera más grave, inclusive con penas superiores cuando la víctima es un pariente cercano, por lo que a nuestro juicio las penas debieron ser idénticas, a fin de que no conlleve a una discriminación.

Con ello, se presentan indudablemente cuestionamientos, puesto que hay una penalización mayor cuando es mujer el sujeto pasivo, que cuando se trata de otras personas, inclusive cuando sea del sexo masculino.

E. *Consideraciones de Política Criminal*

Con la inclusión del femicidio en las legislaciones penales se da un giro en el sentido de que los tipos delictivos que previamente fueron cimentados *en términos de neutralidad* con respecto a los sexos, normativamente es variado, pues ahora se habla de género (BUOMPADRE, 2013), de violencia de género. La “violencia de género o violencia contra la mujer”, por el contrario, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.

En lo que respecta a su ubicación y tutela penal, nuestro país lo considera como un delito contra la vida e integridad personal, encontrándonos que existe una diversidad de criterios legislativos, así por ejemplo, en el caso de Nicaragua es considerado como “delitos de violencia contra las mujeres, pero no por ello puede obviarse que hay una multiplicidad de bienes jurídicos que concurren como son tales como la tranquilidad y estabilidad de la familia y la protección de los menores. Se trata pues de un delito pluriofensivo, que afectan diversos bienes jurídicos de la víctima y de aquellos que conforman su entorno familiar.

Y ciertamente, se discute si la protección penal va dirigida directamente a las mujeres, o si por el contrario es la protección de la institución de la familia, en tanto “núcleo familiar”, aunque en nuestro país tenemos que concluir que por su ubicación, es la vida de la mujer.

Se constata con el femicidio, que la violencia contra la mujer no es un fenómeno nuevo, su reconocimiento como problema social y no íntimo o privado, ha tenido una evolución legislativa en el caso de nuestro país, del castigo de los malos tratos en el ámbito familiar, violencia intrafamiliar a violencia doméstica, y femicidio, a partir de la Ley 82 de 2013.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de castigar el homicidio de una mujer como una *figura autónoma*, es un tema abierto a debate, y hay opiniones a favor y en contra, y antes de emitir opinión al respecto, es necesario revisar la legislación existente en su momento, previo a la Ley 82 de 2013.

En primer lugar, tenemos que señalar, que el Código Penal del 2007, contemplaba una agravante genérica en el homicidio, como *consecuencia de un delito de violencia doméstica*.

En segundo lugar, el artículo 132, en su numeral 13, aludía a causar la muerte de una persona en acto de discriminación o racismo.

Ahora bien, el legislador como se ha comprobado no consideró ninguna de las situaciones anteriores, fueron desestimadas, y tampoco se planteó otra alternativa distinta que no fuera crear la figura autónoma del femicidio.

Las razones son obvias, se siguió el clamor ciudadano (2013) y el legislador respondió creando el delito de femicidio como figura autónoma, influenciado a su vez por las corrientes legislativas centroamericanas y de México, que previamente lo habían tipificado como tal.

La fundamentación para ello es la creciente violencia contra las mujeres que es necesario visibilizar a través de una *una normativa especial*, aseverando que la normativa actual es insuficiente y que no fue creada para proteger a las mujeres (TOLEDO, 2013).

Según la exposición de motivos de Proyecto de Ley 392, se manifiesta que “Colocar el asesinato de mujeres sólo como una agravante puede desviar la atención del tema de fondo: la existencia de una violencia extrema, estructural y sistemática contra ellas, sus cuerpos y su dignidad, enmarcada en una cultura machista y misógina que no sólo

las discrimina y niega sus derechos, sino que oculta, tolera y minimiza estos crímenes, cobijados por autoridades corruptas y leyes ambiguas o carentes de mecanismos que den resultados concretos. Todo ello sumado a la falta de voluntad política de muchas autoridades”.

También el Proyecto de Ley 401 de 2011, “en su exposición de motivos indicaba que” el aumento preocupante de feminicidios y de la violencia contra las mujeres, la insuficiencia de la ley de violencia doméstica, el incumplimiento de leyes nacionales y convenios internacionales y el incumplimiento y casi inexistencia de las políticas públicas de prevención y protección de las mujeres es un reto que reclama reflexión, compromiso y medidas urgentes en nuestro país. Informa que Panamá ocupa el tercer lugar, de 70 países, en cuanto al porcentaje anual de feminicidios, lo que representa el doble de la media de América Latina, que a su vez es el doble de la media de Europa. Sostiene que la ley contra la violencia doméstica no cubre los otros tipos de violencia que sufre la mujer en nuestro país ni es específica para la protección a las mujeres, ya que incluye a adultos y menores de ambos sexos, adultos mayores y personas con discapacidad y se circunscribe al ámbito privado, “mientras que la mujer sufre violencia tanto en el ámbito privado como en el público, en todas las esferas”.

La tipificación autónoma del delito de femicidio merece nuestra atención desde el punto de vista dogmático, y aunque es aceptable, no deja de ser criticable, pero debe quedar claro que reconocemos el derecho de todos los ciudadanos a una protección penal de la vida (BUOMPADRE, 2013).

Como indican algunos (ACALE SÁNCHEZ, 2009) hay un cuestionamiento constitucional en cuanto a su tipificación autónoma dado que favorece más a la mujer, se le concede mayor protección a personas en ciertas y determinadas situaciones en detrimento de otras.

En el derecho comparado, podemos señalar, que en algunas legislaciones el sujeto activo viene identificado de manera expresa, siendo *el hombre* el agente del delito (Código Penal de Nicaragua), a lo que la doctrina se refiere a la *sexualización del sujeto activo* tiene su principal

crítica en su asimilación a un Derecho Penal de Autor contrario a un Derecho Penal del Acto, que marca el desarrollo moderno y garantista de esta rama jurídica (RAMÍREZ, 2009).

También se ha indicado, que éstas, al suponer un sujeto activo masculino, importarían una vulneración al principio de culpabilidad, al transformar la condición de hombre en una presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad en estos delito (TOLEDO).

En estos términos, “frente a este panorama”, nos preguntamos: ¿cuál es el fundamento de aplicar la pena más grave del ordenamiento jurídico-penal al homicidio de la ex pareja o novia, con quien ya no se tiene una relación de convivencia, o que nunca la hubo, y se castigue con menor pena el homicidio de un anciano, un niño o una persona especialmente vulnerables (hijo, madre, abuela) con quienes se puede estar compartiendo (o haber compartido) una situación de convivencia?, ¿por el sólo hecho de ser mujer, o por haber estado casada o en pareja con el agresor? (BUOMPADRE, 2013).

Además de lo anterior, habría que preguntarse las razones para castigar más gravemente una relación de pareja, con respecto a la situación del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, situaciones en las que se mantiene la relación vincular y de vida en común entre el autor y la víctima (parentesco o vínculo matrimonial), según indica BUOMPADRE (2013).

Otro aspecto que debe señalarse, es que el tipo penal del femicidio, en concreto se refiere a una relación heterosexual, a lo que advierten algunos que esto implica una *hiperprotección de la mujer* con exclusión del varón, elemento que también puede generar algún problema de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, “ya que no solamente se aprecia un diferente tratamiento punitivo en torno de los sujetos del delito” (la pena es más grave cuando el sujeto pasivo es mujer y es menos grave cuando el sujeto pasivo es hombre y resulta víctima de la agresión de una mujer) sino también en el homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual (hombre-hombre, mujer-mujer); y por otro lado, exhibe un marco punitivo de

gran severidad para aquellos hechos de violencia que involucran una cuestión de género y no así e no así en circunstancias en que no existe de por medio un contexto de tal naturaleza (BUOMPADRE, 2013).

El debate sobre la tipificación autónoma del delito de femicidio sigue abierto, y se examina aspectos relativos al principio de culpabilidad en la que la doctrina se encuentra dividida, CENSORI (2014) es de la opinión que no vulnera el principio en estudio, pues no todo hombre que mata a una mujer sería posible de incurrir en el tipo penal del femicidio / feminicidio, sino tan sólo aquél que realiza su conducta mediando violencia de género –definido en el artículo 4 de la ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, mientras que otros consideran que al suponer un sujeto activo masculino, importarían una vulneración al principio de culpabilidad, al transformar la condición de hombre en una presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad en estos delito (TOLEDO, 2009).

De igual forma, se plantean problemas en el ámbito procesal en cuanto que se exige que se de en una situación de relaciones desiguales de poder, que deberán ser comprobada, a la vez que habría que analizar también si la mayor penalidad prevista para las hipótesis de femicidio no resulta violatoria del principio de inocencia, entonces da toda la sensación de que la carga de la prueba de la inexistencia de tal contexto de género debe quedar en cabeza del agresor, con lo cual estaríamos admitiendo –si la interpretación es correcta– que el inc.11 del art. 80 establece una presunción iuris tantum “contra reo”, ya que los motivos que el legislador tuvo en cuenta para aumentar la penalidad (contexto de género) podrían no concurrir en todos los casos (BUOMPADRE, 2013) .

Para algunos autores, la tipificación autónoma del femicidio, que introduce los nuevos tipos penales carece de fundamento sólido que los sostenga; que las presunciones que allí se hacen, vuelven a poner de manifiesto la inferioridad real de la mujer respecto al hombre, y que el endurecimiento de la pena no es una forma idónea para sacar a la mujer del lastre cultural que durante generaciones ha tenido –y

sigue teniendo— que soportar; el recurso al endurecimiento de la pena para acabar con el machismo imperante en la sociedad es una tentativa completamente inidónea por falta de idoneidad del instrumento utilizado para ello: el Derecho penal (ACALE SÁNCHEZ, 2009).

Lo que sí es cierto, es que con el femicidio lo que se pretende dar es visibilidad a la violencia contra la mujer, queda pues un bien jurídico de titularidad exclusivamente femenina —la pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino) en la que se crea una falsa expectativa a la sociedad, de que la mujer realmente va a ser protegida, aunque solo sea dicha protección simbólica (MURILLO ESCALANTE/ LÓPEZ GONZÁLEZ, 2013).

La creación del delito de femicidio no es más que un derecho penal simbólico, ya que lo único que realiza el derecho penal es enviar el mensaje a la sociedad de que estos comportamientos son delitos y no deben ser tolerados (Buompadre, 2013).

Para ACALE SÁNCHEZ (2009) no sabemos si la sexualización legal-punitiva en este caso, ha de servir para resolver (o paliar) el problema de la violencia de género que sufren las mujeres a manos de los hombres con los que están o han estado unidas sentimentalmente, para el caso de feminicidio íntimo, por ejemplo. Existe el riesgo de utilizar el Código Penal de forma puramente simbólica.

En consecuencia, afirman otros no es con falsas expectativas del Derecho Penal simbólico, que el legislador debe corresponder a la sociedad en una democracia representativa, sino con leyes que respondan a un minimalismo penal más efectivo, o sea, disminuir las figuras típicas para hacer más efectivo y funcional al Derecho Penal y no con un maximalismo que impida su eficacia (MURILLO ESCALANTE, 2013).

Ciertamente, que esta criminalización del femicidio deberá evaluarse en el futuro, como afirma la doctrina, desde los cuestionamientos antes señalados y del endurecimiento de la pena para acabar con el machismo imperante en la sociedad (ACALE SÁNCHEZ, 2009), en otro caso, porque en el futuro ante la construcción del tipo penal que

solo permite al hombre ser sujeto activo del femicidio, posiblemente nada impida que también para cumplir con la equidad de género, se construya la figura del masculinicidio (MURILLO ESCALANTE).

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M., *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal, Redur, 7 de diciembre de 2009*, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero7/acale.pdf>,

ANTONY, Carmen, “Compartiendo criterios y opiniones sobre femicidio / feminicidio”, en CHIAROTTI, Susana, “Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio”, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer —CLADEM—, Lima, 2011, publicado en http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=780:contribuciones-al-debate-sobrela-tipificacin-penal-del-feminicidio-femicidio&catid=38:publicaciones-regionales, ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986 ARANGO DURLING, Virginia y MUÑOZ ARANGO, Campo Elías, *El homicidio agravado por razón de parentesco y el Femicidio*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2015, BERDUCIDO, Héctor, *Análisis ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer* <http://hectorberducido.files.wordpress.com/2008/10/analisis-ley-contra-el-femicidio-y-otras-formas-de-violencia-contra-la-mujer.pdf>, BERNAL PINZÓN, Jesús. *El Homicidio. Comentarios al Código Penal Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1971, BRINGAS FLORES, Sandra Maribel, ¿Necesidad de sexualizar el derecho penal? A propósito de la Ley no.2981 Derecho y Cambio Social, 2013, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Los delitos de género en la Reforma penal (Ley No.26.791)*, *Pensamiento penal*, 2013, BUOMPADRE, *Es necesario acreditar en el proceso la “posición de dominio o actitud machista” en casos de violencia de género?*. especial referencia, *Pensamiento penal*, 2013, CENSORI, Luciano, *El delito de femicidio y su constitucionalidad*, *Revista.pensamiento.penal*, 2014.

COBO DEL ROSAL, MANUEL *El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)* *El BienJuridicoEnElAdulterioArticulo449DelCodigoPen-2782028.pdf*, 1963, CORREA CORREDOR, Mariela Yolanda Corredor//Noris Mendoza-Perez/Clara Milena Rincon-Gauauque, Yenny Marcela Arenas-Rueda, Erick Johan Aguilar-Noriega, Jose Eliecer Villamiozar,- Mendoza, *El feminicidio: realidad*

o *mentira dentro de la política pública colombiana* diciembre, 2013, en Revista Universidad Cooperativa de Colombia, Vol. 15 No. 18, <http://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/648>, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso GONZÁLEZ (Campo algodónero – Femicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua) y otras vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, GARITA VILCHEZ, Ana Isabel, Naciones Unidas, *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y El Caribe*, Unete Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas para poner fin a la violencia contra las mujeres, Naciones Unidas, 2012, GONZALEZ BATISTA, José, *Aumentan femicidios en Panamá*. <http://www.critica.com.pa/sucesos/aumenta-femicidio-en-panama-van-36-muertes-de-mujeres-381262>, GUERRA, Edward, *La justicia investiga 6 posibles femicidio*, *Estrella de Panamá*, viernes 20 de febrero de 2015, IS-PANEL, Ana Patricia, *Análisis jurídico-doctrinario ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Universidad de San Carlos de Guatemala, <http://digi.usac.edu.gt/bvirtual/informes/rapidos2008/INF-2008-038.pdf>, JIMENEZ DE ASUA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 2a. edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1956. pág. 1120, 1975, LAURENZO COPELLO, Patricia, *La violencia de género en la ley integral*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, LAURENZO COPELLO, Patricia, *Apuntes sobre el femicidio*, Revista de Derecho Penal y Criminología, No.8 (julio de 2012), págs. 119, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131208_03.pdf, MAQUEDA ABREU, *La violencia de género: concepto y ámbito*, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-189s.pdf>,

HISTORIA DE UN DADOR TOZZIN, Ma. Jennie, *Debate Inacabado La penalización del femicidio en Perú*.

<http://www.upc.edu.pe/sites/default/files/page/file>, LAGARDE, Marcela, *El femicidio es un crimen de Estado*

MERAFIGUEROA, Jorge, *Femicidio* http://www.boelllatinoamerica.org/downloads/Tipificar_el_femicidio_un_debate_abierto.pdf, MILLER RAMÍREZ, Gladys/ANTONYGARCIA, Carmen, *Femicidio en Panamá 2008*, MUNÉVAR, Dora Inés, M, *Delito de Femicidio muerte violenta de mujeres por razones de género*, <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n1/v14n1a06>, MUÑOZ POPE, Carlos, *El delito de Homicidio en el Código Penal*, en Tribuna Penal, Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Univeersidad de Panama, 1981, MURILLO ESCALANTE, María del Refugio/ LOPEZ GONZALEZ, María Cristina, *El femicidio como resultado del derecho penalsimbolico*, http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/penal/MURILLO_ESCALANTE,

www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/penal/MURILLO_ESCALANTE,

NUÑEZ Moncada, Sahira Karine, *El femicidio y su posible regulación en la legislación hondureña*, ORMUSA, <http://observatoriodeviolencia.ormusa.org/femicidios.php>, RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz *Cuando la muerte se explica por el género. Problematizando la tipificación del femicidio/femicidio* http://www.academia.edu/4127935/Problematizando_la_tipificacion_del_femicidio-femicidio, RED CHILENA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y SEXUAL, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, 2009 http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/Tipificar_el_femicidio_un_debate_abierto.pdf, REID, Nicolas, *Un delito propio. análisis crítico de los fundamentos de la ley de Femicidio*, Revista de Estudios de la Justicia – N° 16 – Año 2012, http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/RIED.pdf, TAPIA, Antonia, *México. Homicidio por razón del honor: cuando la vida de la mujer no vale nada*. Publicado en mar 22, 2012 por Revista Furias in Internacionales, N° 10 <http://revistafurias.com/?p=2020> TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili, *Femicidio*, Publicado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009, La controversial tipificación del femicidio/feminicidio. Algunas consideraciones penales y de derechos humanos, <http://www.ujed.mx/ovsyg/documentos/Biblio%20-%20Tipificacion.pdf>.

CAPÍTULO IV

EL HOMICIDIO POR ENCARGO

I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Mediante Ley 121 de 2013, se adiciona el artículo 132B creando la figura autónoma de Homicidio por encargo y se reforma del numeral 5o del artículo 132 desapareciendo la agravante previa consagrada en el Código Penal del 2007, en el homicidio por precio, recompensa o promesa remunerativa. Con ello se pretende, frenar el aumento violento de homicidios perpetrado por sicarios en nuestro país, que están vinculados al tráfico de drogas u otros delitos, y que son una forma de delincuencia organizada.

El artículo 132 dice lo siguiente:

“Quien cause la muerte a otro por encargo, remuneración o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada será sancionado con prisión de veintiocho a treinta años. La misma pena se aplicará a quien o quienes encarguen la muerte, a los miembros de la organización que colaboren con este propósito y a cualquier otra persona que colabore”.

En realidad, no se trata de ningún hecho delictivo innovador pues previamente las legislaciones han incriminado lo que se conoce como Homicidio agravado por razón de precio, recompensa o promesa remunerativa, y la normativa responde a influencias legislativas de derecho comparado y a normativa internacional para combatir la delincuencia organizada, como se desprende del Proyecto de Ley 651

y de la Ley 121 de diciembre de 2013 (art.1o), que establece en su artículo 13, como delito grave el denominado *sicariato*.

El sicariato es un fenómeno que tiene antecedentes en el Derecho Romano, en la Lex Cornelia 81 a.C, que en derecho comparado, es una modalidad agravada del homicidio o por el contrario es un ASESINATO, como sucede en este último caso en la legislación Española. “En el sicariato, el servicio es contratado para un ajuste de cuentas (traición, venganza), justicia por propia mano (violación, crimen) o acto de intimidación (competidor, política) a cambio de una compensación económica previamente pactada. Se trata de un servicio a la carta y al mejor postor que lleva a la existencia de distintos tipos de mercados que se conforman según la cualidad de la víctima (juez, comerciante, vecino); la razón del contratante (venganza, soplón); el contexto del evento (vulnerabilidad, riesgo); las condiciones del sicario (freelance, tercerizado); y, según el lugar donde se cometerá el acto (barrio, municipio o internacional)”(CARRIÓN, 2008, p.5).

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, al igual que sucede con la figura del homicidio, se tutela la vida humana, que en este caso se ve afectado por la conducta del agente, que denota en sí una mayor peligrosidad. En consecuencia en este tipo de Homicidio que no es más que por remuneración o promesa remunerativa, desde la perspectiva objetiva, hay una especial peligrosidad que comporta la profesionalidad del autor o su falta de relación con la víctima, lo que puede asegurar su impunidad, en otro en lo subjetivo, la mayor pena explicaría por ser la expectativa de retribución un móvil especialmente reprobable (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.38).

Y por lo que respecta al homicidio simple, la esencia de la agravación radica en el hecho de ser moralmente más reprochable el homicidio causado en virtud de precio, recompensa o promesa remunerativa, por cuanto que la ausencia de motivos o móviles personales aumenta el grado de impunidad del mismo. También, no puede obviarse que el móvil del agente del delito y la cobardía que pone de manifiesto el mandante explican el aumento de la pena para esta clase de hecho (ARBOLEDA VALLEJO/RUIZ SALAZAR, 2001, p. 29).

Ciertamente, que el planteamiento del legislador para fijar una penas más grave, (QUERALT, 1996, p. 25) reside en el doble hecho de lo inesperado del ataque viniendo de un desconocido y en la dificultad de establecer el móvil”.

Para terminar, existen enormes deficiencias en la descripción de este precepto que constituyen un desafío para la dogmática, pues a todas luces lo que persigue el legislador es crear un tipo penal, con una construcción en un lenguaje común dirigido a la mayoría de los ciudadanos, aunque no por ello sea criticable desde el punto de vista técnico legislativo.

II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA

A. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo del delito es cualquiera persona que cause la muerte a otro por encargo o remuneración, siendo un delito común, mientras que el *sujeto pasivo* es la persona privada de su vida, como consecuencia de este hecho.

En lo que respecta al perfil del sujeto activo, expresa CARRION (2008, p.5) que el sicario es un tipo joven que ha sido reclutado de sectores de ex policías, ex militares, narcotraficantes, guardias privados, guardaespaldas, guerrilleros, pandilleros, paramilitares, brigadas barriales, entre otros. Estas personas pueden ser contratadas de forma individual en ciertos barrios, discotecas, cantinas, billares, burdeles y hasta por Internet; y también a través del crimen organizado bajo la forma tercerizada, lo cual garantiza el trabajo y la inmunidad.

Este delito, si bien supone la intervención de dos sujetos: el que da la remuneración o por cualquier otro móvil no determinado en la Ley, y el que realiza el hecho motivado por la remuneración o cualquier otra finalidad, no es un delito plurisubjetivo. Lo que sí es cierto, que el delito implica un acuerdo expreso entre ambos sujetos, no bastando el tácito (LLOBET RODRÍGUEZ, 2001, p.118)

Al igual que sucede con el delito de homicidio que hemos estudiado previamente, la conducta en el homicidio por encargo con-

siste en *causar la muerte*, aunque en este último caso la esencia del delito radica en que el legislador expresamente manifiesta que es por *encargo, remuneración o en cumplimiento de órdenes de un grupo de delincuencia organizada*.

La norma determina que se causa la muerte por encargo o por remuneración o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada. Por *encargo*, implica que se causa la muerte a otro en virtud de una petición o solicitud de otra persona, mientras que por *remuneración*, es el homicidio cometido a cambio de una paga en dinero. También la muerte se provoca en *cumplimiento de órdenes de un grupo de delincuencia organizada*, que determina que se trata de sujetos que forman parte de la misma, y en general como se aprecia de estos tres supuestos se observa un desprecio por la vida humana.

En ese sentido en primer término, el tipo previsto en el artículo 132B, que castiga el homicidio por encargo o remuneración tienen antecedentes previos legislativos (salvo la referencia a cumplimiento de órdenes de un grupo de delincuencia organizada, y por ende los tres supuestos, tienen cabida perfectamente en el homicidio agravado *por precio, recompensa o promesa*, siendo innecesario la creación autónoma de este delito.

En efecto determina la doctrina que estas modalidades tienen antecedentes en el *crimen inter sicarios*, del Derecho romano (LUZÓN CUESTA, 2011, p. 29), y todas obedecen a un *mandato oneroso*, con la salvedad que ahora se le quiere visibilizar mediante la expresión homicidio por encargo. En consecuencia, no estamos ante un hecho nuevo, siempre ha existido, aunque en los últimos tiempos ha ido evolucionando progresivamente, y se le identifica con la expresión *sicariato*.

Por lo que respecta a los móviles en este delito, el Código alude a la *remuneración*, que significa, pago de un trabajo o servicio, expresión que es sinónimo de paga, recompensa, asignación, precio, que usualmente tiene un contenido económico, aunque la doctrina se manifieste en algunos casos en sentido contrario. En cuanto al homicidio por encargo o en cumplimiento de órdenes de un grupo

de delincuencia organizada, el causar la muerte, pareciera tener otros fines como por ejemplo, para conseguir un cargo dentro de una organización o por una recompensa en general, sin embargo, nada impide que tenga también otros motivos económicos, (GONZALEZ RUS, 2005, p.99).

En segundo término, se incurre en una deficiente técnica legislativa en cuanto al segundo párrafo del mismo precepto, ya que la intervención del mandante siempre ha tenido consecuencias jurídicas, y por otro lado, la participación criminal es punible. Y es que es un hecho reconocido en la doctrina mayoritaria que deduce que la responsabilidad de quien da la remuneración, como de quien recibe tal beneficio por el homicidio, son responsables. Sin lugar a dudas tal solución es correcta, ya que quien induce a otro para que cause la muerte teniendo como motivo una remuneración por tal homicidio, sin duda debe ser sancionado en base al mismo delito.

En este delito, sin embargo, no nos encontramos ante un hecho plurisubjetivo, pues a pesar de existir la intervención de dos personas al menos, sólo quien recibe la remuneración es quien puede ser considerado como autor de la infracción.

En el tipo subjetivo, la norma castiga un hecho realizado con dolo, que exige en este caso que el agente actúe con un dolo diferente, de obtener una remuneración o cualquier otra ventaja o beneficio ofrecidos con anterioridad a su actuar (LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLASQUEZ, 1996, p. 54). Con todo acierto, es ese especial móvil el que motiva al agente a la realización de este delito, y que por consiguiente fundamenta la penas más grave que para el homicidio simple.

B. Otros aspectos de este delito

En primer lugar, la admisibilidad de las causas de justificación es indiscutible en general.

Por otro lado, por ser el delito de homicidio, un delito material o de resultado material, la consumación del mismo está condicionada por la muerte del sujeto pasivo, y en el caso de la tentativa es posible.

Para efectos de la consumación, es irrelevante el incumplimiento de lo prometido.

Por lo que respecta a la autoría y participación criminal, Es autor, quien cause la muerte a otro por encargo, remuneración o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada, mientras que en la participación criminal, el mandante es decir, el que ofrece la remuneración para causar la muerte, actúa a título de instigador, sino interviene durante la ejecución del hecho, a contrario sensu responde como autor. Nada impide, que pueda darse la participación criminal a nivel de complicidad.

En síntesis, queda entendido que el asesino o el que comete el hecho es el *sicario*, mientras que quien hace el ofrecimiento, si no interviene en la ejecución del plan resultara por lo general un inductor, si interviene será coautor en el hecho (QUERALT, 1996, p. 27).

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas, este delito se castiga con pena de veintiocho a treinta años.

Bibliografía

- ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986, ARANGO DURLING, Virginia, *Los homicidios agravados por razón de los motivos determinantes en el Código Penal de 2007*, en Boletín de Informaciones Jurídicas virtual, No.55, enero-junio, 1916, Universidad de Panamá, CABALLERO, Gerardo, *Proponen crear delito de sicariato. ¿Qué tanto servirá?* El Comercio, mayo 6 de 2015, <http://elcomercio.pe/politica/justicia/proponen-crear-delito-sicariato-que-tanto-servira-noticia-1809090>, CARRIÓN, Fernando, *Análisis jurídico sobre el sicariato*, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fernando_carrion, *El sicariato: una realidad ausente* <http://www.flacsoandes.org:8080/bitstream/10469/2973/1/BFLACSO-CS23-04-Carri%C3%B3n.pdf>, DELGADO CASTRO, César, *El sicariato como modalidad del crimen organizado*, http://actualidadpenal.com.pe/detallenoticia.html?cod_area=02¬i=3 GARCIA MAÑÓN, Ernesto, *Homicidio simple y homicidio agravado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, GANZENMULLER Carlos/ ESCUDERO José Francisco/ FRIGOLA Joaquín, *Homicidio y asesinato*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1996, GOMEZ LOPEZ, Orlando, *El Homicidio*, Tomo I - II, Editorial

Temis, Bogotá, 1993, GOMEZ MENDEZ, Alfonso, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad Externado de Colombia, 1998; REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Editorial Porrúa, México, 1997; SPROVIERO, Juan H., *Delitos de homicidio*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1996, SUAZO LAGOS, René, *Delitos contra la vida e integridad corporal*, 2a. edición, Tegucigalpa, 1995, TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos contra las personas*, Ediciones jurídicas, Cuyo, Buenos Aires, 2000, ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *El homicidio simple*, Editorial Uno, Guayaquil, 1980, ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Delitos contra las personas, El homicidio simple*, Tomo I, Edino, Guayaquil, s/f.

CAPÍTULO V

EL HOMICIDIO CULPOSO

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de las figuras delictivas anteriores, en las que subyace la forma dolosa de comisión del hecho delictivo, en el art. 133 del Código vigente, modificado por la Ley 68 de 2009, encontramos la única forma culposa a propósito del delito de homicidio, que dice lo siguiente:

“Quien culposamente, cause la muerte de otro será sancionado con pena de prisión de tres a cinco años. Si del hecho resulta la muerte de varias personas o la muerte de una persona y la lesión de otras personas, la sanción será de tres a seis años de prisión.

Esta pena será aumentada hasta dos terceras partes cuando:

1. El autor sea un conductor de transporte público, colectivo o selectivo, y cometa el hecho durante la prestación del servicio.
2. El autor cometa el hecho mientras conduce un equipo de carga pesada, corrosiva, inflamable o se trate de una sentencia de cualquier naturaleza que por su acción o difusión resulte peligrosa.
3. El autor cometa el hecho mientras conduce un vehículo bajo el efecto de bebidas alcohólicas, alucinógenas o sustancias que de cualquier forma sean alteradoras de sus facultades síquicas o fisiológicas.

4. El hecho ocurra por omisión o negligencia de las personas en quienes recaiga la obligación de garantizar las medidas de seguridad para los trabajadores y transeúntes, en las áreas de construcción.

El artículo 134 dice lo siguiente:

“Las sanciones señaladas en el artículo anterior se aumentarán en la mitad de la pena cuando el delito en él previsto sea cometido en accidente de tránsito terrestre, aéreo o marítimo, en cualesquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando el autor se encuentra en estado de embriaguez o bajo la influencia de droga ilícita.
2. Cuando es producto de una competencia de velocidad entre vehículos de motor en lugar no destinado para ese fin.
3. Cuando el agente abandona sin justa causa, el lugar del hecho.
4. Cuando cualquiera de las conductas anteriores las realice quien conduzca un vehículo que está prestando un servicio público de transporte.

Además de la pena prevista en este artículo, se impondrá la suspensión de la licencia de conducir por igual término de la pena”

Si bien en el Código vigente se consagra en su art. 28 una noción de culpa, válida para todas las figuras delictivas previstas en el Libro Segundo que trata de los delitos en particular, solo tiene vigencia cuando el propio legislador ha descrito un determinado comportamiento en forma culposa, tal como se desprende del texto del inciso primero del artículo 26 del mismo código.

En efecto, el código actual, al igual que el código anterior, sólo sanciona formas culposas cuando el propio código crea la figura culposa, quedando impune cualquier otro comportamiento culposo que sea merecedor de pena por el hecho de no estar descrito en la ley pe-

nal. Esto es, sin lugar a dudas, una manifestación tácita del principio de legalidad.

En el Código Penal vigente, la culpa es excepcional. La regla general es que los delitos previstos en el Código son dolosos, salvo los casos en que expresamente se consagra la forma de comisión culposa, es necesario destacar que en la legislación penal española, se consagra la imprudencia profesional, cometida mediante vehículo de motor

Finalmente, debe llamar la atención el numeral 4o del artículo 133 antes citado, que erróneamente asimila la muerte culposa por *omisión, a los supuestos de negligencia* de aquellas personas que tienen la obligación de garantizar las medidas de seguridad para los trabajadores y transeúntes, en las áreas de construcción

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al igual que ocurre en el homicidio doloso, en el homicidio culposo se protege el bien jurídico vida humana independiente.

Dada la relevancia del bien jurídico protegido en la norma estudiada, el legislador se ha visto en la necesidad de describir esta forma delictiva, que sin duda tiene una gran incidencia en las estadísticas criminales del país, pues prácticamente hay un promedio de una muerte por accidente de tránsito cada día en los últimos años, frente a la cifra de homicidio dolosos que anualmente es menos significativa.

Todo lo expuesto anteriormente sobre este tema a propósito del homicidio simple del Art. 131 tiene vigencia al ocuparnos de esta figura delictiva.

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA

A. *El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo*

Todo lo que hemos expresado anteriormente sobre el tipo objetivo en el homicidio simple del art. 131 tienen validez a propósito del homicidio culposo.

Las agravantes de naturaleza personal (pariente cercano, padre o madre adoptante e hijo adoptivo) existentes en el homicidio agravado carecen de relevancia en esta ocasión.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, la esencia del homicidio culposo radica en el problema de la *culpa*. Como hemos señalado, nuestro Código no señala qué debemos entender por culpa, pero alude a ella como bien anotamos anteriormente en su artículo. 28 que expresamente dispone lo siguiente:

“Actúa con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y las condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, actúa confiando en poder evitarlo”.

De lo antes expuestos se deduce que el homicidio culposo supone en el sujeto que causa la muerte de otro *inobserva* el deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales o causar la muerte de otro que previó como posible pero que confió en poder evitar con su actuar.

Se aprecia, entonces, que el legislador ha ideado una fórmula general para aludir a la culpa sin tener que mencionar todas sus distintas modalidades, como ocurría en la legislación anterior.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la culpa puede manifestarse de una de estas cuatro formas: a) negligencia; b) imprudencia c) impericia; y, ch) inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o prescripciones de la autoridad (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA VILLALAZ, 1980, p. 152 - 3).

La negligencia supone un no hacer, que desconoce el mandato de evitar la producción de un determinado resultado dañoso; *la imprudencia* supone un actuar del que emana un daño o un peligro que no debió producirse pues el sujeto no debió haber realizado tal comportamiento o debió haberlo realizado de otra manera no peligrosa o lesiva a los bienes jurídicos protegidos; *impericia*, que implica carecer de cierta habilidad técnica para realizar determinados actos en ejerci-

cio de una profesión, arte u oficio; y, finalmente, *inobservancia* de las leyes, reglamentos, órdenes o prescripciones de la autoridad supone el detallado acatamiento de las normas que regulan la actividad de la que resulta el daño o peligro producido por el sujeto con su actuar.

De estas cuatro formas de culpa que se reconocen en la doctrina penal moderna las dos últimas merecen una mayor consideración. En efecto, en cuanto a la *impericia* es preciso destacar que la misma se da usualmente en el curso del ejercicio profesional o técnico, por cuanto que supone la falta de destreza o habilidad para realizar determinada acción. Por lo que respecta a la *inobservancia* de las leyes, reglamentos, órdenes o prescripciones de la autoridad, es importante destacar que la misma se da al realizar alguna actividad que no requiere una cualificación o habilidad determinada, pero si la regulación o reglamentación de la actividad misma de forma tal que el sujeto conozca en todo momento qué está permitido y qué está prohibido en tal actividad.

Es evidente que en los casos de impericia se dan a propósito de los homicidios causados por falta de destreza en la actividad médica, mientras que la inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes y prescripciones de la autoridad se da cuando se conduce a mayor velocidad que la permitida en determinado lugar, entre otros muchos ejemplos.

En estos casos, la actuación o comportamiento inicial desplegado por el sujeto es lícito, pero la actuación posterior culposa es la que produce el resultado muerte que configura el ilícito objeto de estudio.

Es importante destacar, en consecuencia, que en el homicidio culposo no es delictivo el comportamiento en sí, sino la forma como el sujeto lo realiza y que produce el resultado muerte.

B. Formas de aparición

No se admiten las formas imperfectas de ejecución, ya que el mismo es un delito culposo en donde el sujeto despliega un comportamiento lícito que no va dirigido a la producción dolosa del resultado muerte.

La tentativa, por tanto es inadmisibile. La consumación se produce cuando ocurre la muerte del sujeto pasivo por falta del deber de cuidado del sujeto activo o, porque a pesar de representarse el hecho de la posible muerte de la víctima, confió en poder evitarla.

En cuanto a la autoría, autor del homicidio culposo es el sujeto que actúa culposamente, es decir, quien infringe el deber de cuidado y causa la muerte del sujeto pasivo.

En el delito que analizamos no caben las formas de participación (complicidad e instigación) pues los partícipes no tienen la intención (voluntad) de intervenir en el hecho del autor que ni siquiera tiene interés de producir el resultado fatal de forma intencional.

C. Consecuencias jurídicas

La pena prevista para el homicidio culposo es de prisión de tres a cinco años.

En los artículos 133 y 134, existen circunstancias objetivas de agravación de la pena, que permiten aumentar la pena de prisión cuando:

- ocurran varias muertes;
- ocurra una sola muerte y la lesión de otras personas,
- que se den otras situaciones respecto del autor del hecho (art. 133) o de cualquiera de las indicadas en el artículo 134, en las que se advierte un exagerado casuismo.

El fundamento de las agravantes tiene, sin lugar a dudas origen en determinados hechos que se han producido en nuestro medio, que han provocado muerte y lesión de las personas con motivo de la ingestión de drogas o alcohol, en otros casos porque se refleja la falta de responsabilidad y de solidaridad por parte del agente del delito, que abandona el lugar de los hechos.

Finalmente, la norma también incluye los homicidios culposos realizados por quien conduce un vehículo que está prestando un servicio público, hecho que ha traído luto a numerosos hogares de nuestro país.

Bibliografía

ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986; BERISTAIN, Antonio, *Eutanasia, Dignidad y muerte*, Depalma, Buenos Aires, 1991; CABELLO MOHEDANO, Francisco, GARCIA GIL, José Manuel/ VIQUEIRA TURNEZ, Agustín, *Entre los límites personales y penales de la Eutanasia*, Universidad de Cádiz, 1990; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, Editorial Edijus, Zaragoza, 1999, GAFO, Javier (ed), *La eutanasia y el arte de morir*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990, GILL Hipólito, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Panamá, 1999; GOMEZ LOPEZ, Orlando, *El Homicidio*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1993; GOYENA DE LA MATA, “La imprudencia médica” en *Delitos contra las personas*, Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1990; JUANATEY DORADO, Carmen, *Derecho, suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994; LUNA MADONADO, Aurelio, *El derecho en las fronteras de la Medicina*, Universidad de Córdoba, Facultad de Medicina, 1985; POLLARD, Brian, *Eutanasia*, Rialp, Madrid, 1991; REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Editorial Porrúa, México, 1997.

CAPÍTULO VI

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA EUTANASIA

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Eutanasia, significa “muerte tranquila”, muerte dulce, pacífica que se hace sin dolor ni sufrimiento.

El tema de la eutanasia siempre es objeto de polémica tanto por los juristas, los médicos o desde el punto de vista religioso y moral, presentándose argumentos en pro y contra de esa medida, que día a día propugna el lema del “derecho a morir con dignidad”, tomando en cuenta el principio de libre autonomía individual.

Desde el punto de vista religioso, la eutanasia es “moralmente inaceptable”, es una grave violación de las leyes de Dios, “pues la vida humana es sagrada y nadie puede atribuirse el derecho a disponer directamente de ella, cualesquiera que sean los motivos”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En el ámbito jurídico, la situación es distinta, ya que hay países que lo permiten, mientras que otros la rechazan y otros no la contemplan en su legislación vigente.

En Estados Unidos cinco estados cuentan con leyes que permiten la eutanasia, en Bélgica, Holanda, Luxemburgo entre otros, mientras que en otros se permite el suicidio asistido, y en España, se castiga la

producción de la muerte de enfermo terminal a petición de este con pena atenuada.

Ahora bien, por lo que respecta a la consideración de una causa de justificación o de inculpabilidad por razón de haberle prestado auxilio a la víctima para evitar sufrimientos inútiles a quien expresamente lo ha manifestado de su decisión de no querer vivir más, a nuestro juicio es en cierto sentido problemático.

Sin embargo, solo valga señalar, que autores como MUÑOZ CONDE (2013, p.69), entre otros, aprecian el estado de necesidad como causa de justificación, bien por la vía de colisión de deberes (deber de respetar la vida versus deber de eliminar el sufrimiento), bien por la ponderación de intereses (muerte versus sufrimiento), siempre y cuando se presenten requisitos, entre otros:

1. Enfermedad grave y de riesgo mortal irreversible o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (por ejemplo, cáncer terminal).
2. Petición expresa, seria e inequívoca del enfermo.

En el caso de nuestro país, la figura de la eutanasia, no aparecía contemplada en el Código Penal de 1982, ni mucho menos en la legislación vigente, de ahí que de materializarse la misma, es decir, el quitarle la vida al paciente por parte de su médico o de cualquier otra persona, mediante una petición expresa de “no querer vivir más” es castigado técnicamente como homicidio doloso y no cuenta para ello la finalidad del médico u otra persona, que en todo caso sólo servirá para disminuirle la responsabilidad penal.

Por lo que respecta, a la asistencia por parte del médico u otra persona, con consentimiento del paciente para que lo ayude a quitarle la vida, nuestro legislador protege por encima de su titular (paciente) de manera absoluta la vida, de ahí que se le considere como una ayuda o auxilio al suicidio.

Finalmente, la doctrina jurídica y religiosa coinciden en que los casos de ORTOTANASIA, es decir, la prolongación de la vida del paciente próximo a muerte por tratamiento, es moralmente aceptable,

cuando el paciente los rechaza, a la vez que se coincide que el uso de analgésico para aliviar al moribundo con riesgo de abreviar sus días.

III. LA EUTANASIA EN EL ORDENAMIENTO PENAL PANAMEÑO

El Código Penal Panameño no se ocupa de la eutanasia, por lo que cualquier muerte causada dolosamente para acortar el sufrimiento del paciente, es sin duda, alguna, un delito de homicidio.

La discusión que debe darse sobre este particular es si estamos en presencia de un homicidio simple o un homicidio agravado, pues en ocasiones el sujeto lo lleva a cabo la muerte luego de una minuciosa preparación.

Bibliografía

AGUILAR- GUERRA, Rafael, *Eutanasia, mitos y realidades*, Editorial Tamher, C. A., Caracas, 2003; ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986; ARANGO DURLING, Virginia, *Responsabilidad penal por actos médicos*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2003; BERISTAIN, Antonio, *Eutanasia, Dignidad y muerte*, Depalma, Buenos Aires, 1991; CABELLO MOHEDANO, Francisco, GARCIA GIL, José Manuel/ VIQUEIRA TURNEZ, Agustín, *Entre los límites personales y penales de la Eutanasia*, Universidad de Cádiz, 1990; GAFO, Javier (ed), *La eutanasia y el arte de morir*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990, GILL Hipólito, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Panamá, 1999; GOMEZ LOPEZ, Orlando, *El Homicidio*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1993; GOYENA DE LA MATA, “La imprudencia médica” en *Delitos contra las personas*, Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1990; JUANATEY DORADO, Carmen, *Derecho, suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, LUNA MADONADO, Aurelio, *El derecho en las fronteras de la Medicina*, Universidad de Córdoba, Facultad de Medicina, 1985, MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/ GUERRA VILLALAZ, Aura E., *Derecho Penal Panameño, Parte General*, 2da. edición, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1980; NIÑO Luis Fernando, *Eutanasia, morir con dignidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, POLLARD, Brian, *Eutanasia*, Rialp, Madrid, 1991; REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Editorial Porrúa, México, 1997, ROXIN, Claus/ MANTON-

VANI, Ferrando, BAQUIN, Jesús/ OLMEDO, Miguel, *Eutanasia y suicidio, Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, 2001; SERRANO RUIZ CALDERON, José Miguel, *Eutanasia y vida dependiente*, Ediciones internacionales universitarias, Madrid, 2001; TOLEDANO TOLEDANO, Jesús R., *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Atelier penal, Barcelona, 1999.

CAPÍTULO VII

INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 135 del Código Penal del 2007, decía lo siguiente: “Quien induzca o ayude a otro a suicidarse incurrirá en prisión de uno a cinco años, si el suicidio se cumple”.

Sin embargo, con posterioridad tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013, la norma dice lo siguiente:

“Quien induzca o ayude a otro a suicidarse incurrirá en prisión de uno a cinco años, si el suicidio se cumple.

La pena será de doce a quince años de prisión y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada cuando se induzca a una mujer al suicidio mediante el maltrato”.

En el caso que nos ocupa, nos interesa estudiar los aspectos más relevantes de la inducción o ayuda al suicidio, ya que nuestro Código no sanciona el suicidio, por obvias razones prácticas, o su ejecución imperfecta por razones político-criminales, ha sido necesario incriminar tales formas de participación criminal que serían impunes ante la no punición del suicidio mismo.

A nuestro juicio, el legislador se ha visto en la necesidad de incriminar las conductas de inducción o ayuda al suicidio pues de lo contrario las mismas serían impunes, ya que por ser el suicidio un acto

de disposición del sujeto sobre su propia vida, hecho no considerado punible desde el punto de vista penal, tales comportamientos del tercero serían impunes por razón de la disposición de su propia vida de parte del suicida.

Con esta fórmula legislativa, el consentimiento del suicida es irrelevante para eximir de responsabilidad a quien interviene en la disposición de su propia vida, pues precisamente es el bien jurídico vida “un bien tan precioso” que el legislador le niega al propio sujeto toda eficacia jurídica a su personal decisión de suprimir su vida.

Por otro lado, es necesario señalar que el suicidio, es decir, “la supresión voluntaria y consciente de la propia vida” (FRAGOSO, 1981, p. 99) no constituye infracción penal en nuestro ordenamiento, y el suicidio imperfecto tampoco.

Ahora bien, “mediante la Ley 82 de 2013, se introduce una agravante en el delito de inducción o ayuda al suicidio cuando se induzca a una mujer al suicidio mediante el maltrato”, que si bien podría aducirse que es positiva, no por ello crea un privilegio a la mujer, lo que no permite y a la vez excluye la aplicación de la agravante a otras personas que no ostentan tal calidad.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se protege, sin lugar a dudas, la vida humana independiente, que merece protección tanto cuando es un tercero el que la destruye como cuando es un tercero el que induce o ayuda a que el suicida se quite la vida.

En opinión de MUÑOZ CONDE (2013, p. 58) “la vida es objeto de protección en el ámbito penal de un modo absoluto, incluso frente a la voluntad de su titular., que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten”. “Mediante la incriminación de la conducta de inducción o ayuda al suicidio se protege, advierten MUÑOZ RUBIO/ GONZALEZ FERRER (1980, p. 135), como en el homicidio, la

vida humana independiente, que puede ser vulnerada por su propio titular a causa de la acción del que instiga o ayuda al suicidio”.

Por tratarse de la vida, bien jurídico por excelencia, en algunas legislaciones se incriminan el suicidio no consumado cuando se producen lesiones graves. Este es el caso de la legislación italiana, en donde se tutela la vida e integridad física a través de la punibilidad del intento de suicidio seguido de lesiones graves.

Esta última fórmula encuentra acogida en TORIO (1981) para quien “sólo el suicidio consumado debería dar lugar a la pena en casos de instigación o auxilio. En el sentido del Código penal italiano, podría extenderse la punibilidad, a lo sumo, a supuestos de tentativa de suicidio con resultado de lesiones graves”.

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA

A. *Tipo de injusto: Tipo objetivo y Tipo subjetivo*

Sujeto activo de la infracción bajo estudio puede ser cualquiera, ya que la norma no exige ninguna cualidad especial, se trata de un sujeto indiferenciado, salvo lo previsto en la figura agravada cuando se realice contra una mujer, únicamente puede ser el hombre, siguiendo la Ley 82 de 2013. Por otro lado, nos parece necesario señalarlo, pero el suicida no es tampoco sujeto activo de este ilícito.

Y a propósito del sujeto activo, se indica que en el caso de la inducción debe ser directa y eficaz, siendo indiferente el medio empleado para hacer surgir la determinación de quitarse la vida en el otro, por lo que el suicida debe decidir privarse de la vida a causa de la inducción del agente del delito (MUÑOZ CONDE, 2013, p.61).

Sujeto pasivo es la persona a quien se dirige la inducción o ayuda al suicidio, “que puede ser persona de cualquier sexo, salvo el supuesto contemplado, en el caso de que se dirija contra una mujer, objeto del maltrato, y que se realiza por el” solo hecho de ser mujer, en un contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado y en cualquier otro tipo de relación, ya sea laboral, docente, académica, comunitaria o de cualquier índole (art.2 Ley 82/2013).

Es necesario que el *sujeto pasivo* sea una persona con voluntad y capacidad de discernimiento, ya que de lo contrario la inducción o ayuda al suicidio no tendría eficacia jurídica y el comportamiento del sujeto se tornaría en una conducta típica de causar la muerte de otro, es decir, homicidio, por tanto, cuando el sujeto que se suicida es un *inimputable* o actúa por error, miedo o coacción moral.

Por otra parte, cuando el sujeto pasivo tenga anulada sus facultades por razón de utilización de medios para tal fin, tampoco estaremos en presencia de suicidio sino, en todo caso, homicidio simple. Con toda razón se afirma que, no existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida. La voluntad de darse muerte ha de ser, además, libre y consciente, de tal manera que si el suicida es incapaz de auto determinarse, se convierte en un mero instrumento del inductor que, al tener el dominio del hecho, actúa en realidad como un verdadero autor, mediato, de homicidio o asesinato. Igualmente existe homicidio o asesinato en autoría mediata cuando se aprovecha el error de alguien, dándole, por ejemplo, un veneno y diciéndole que es una bebida refrescante (MUÑOZ CONDE, 2013, p.61).

En estos términos, se manifiesta que cuando las mujeres víctimas de violencia conyugal permanecen durante muchos años conviviendo con el agresor, experimentan cambios en su personalidad. Se vuelven temerosas, huidizas, inseguras. Se sienten cada vez más débiles, debido a que se les van agotando las energías que necesitan para poder sobrevivir en esas condiciones. Puede ocurrir que en su deseo de liberarse aparezcan fantasías de suicidio. Pero ¿con qué fuerzas llevarlo a cabo? Es por este motivo que muchas mujeres llegan a desear que el marido les dé muerte para poner punto final a su martirio. Estas dos posibilidades, el suicidio de la mujer víctima de violencia o su muerte a manos del marido violento, son frecuentes epílogos de situaciones crónicas de violencia conyugal, para cuya denominación la Organización Panamericana de la Salud ha utilizado el término femicidio (GALLEGO).

En la figura que nos ocupa, como en todos los casos de homicidio, el *objeto material* del delito es la persona que sufre o recibe la

acción por el sujeto activo. Tanto sujeto pasivo, como objeto material coinciden en la misma persona en este caso. Si bien se trata de una identificación necesaria en todos los hechos delictivos, en el caso que nos ocupa ello si ocurre.

En lo que respecta a la conducta típica de la figura delictiva que estudiamos se establecen *dos modalidades para la realización del hecho delictivo*: a) inducir a que otro se suicide y, b) ayudar al suicidio de otro. Veamos cada modalidad por separado.

a) *Inducir a otro a suicidarse* supone crear en el suicida la resolución de cometer el suicidio, que puede ser una persona de cualquier sexo. De ahí, por tanto, que no será considerado inductor del suicidio de otro quien únicamente refuerza la resolución ya tomada por el suicida, es atípica tal conducta (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.45).

En el Derecho español el Profesor GIMBERNAT (1974, p. 212 - 3) ha señalado que “para que exista inducción será preciso que el sujeto despierte, en quien no tenía hasta entonces la intención de matarse, la decisión de poner voluntariamente fin a su vida. Si no se despierta esa decisión y el agente se limita únicamente a reforzar el propósito de quien ya está determinado a suicidarse entonces estaremos, no ante una inducción, sino ante un auxilio moral al suicidio”.

La inducción aparece, entonces, como la forma de *determinar* al sujeto a que se suicide, y constituye una conducta que se desarrolla sin necesidad de contribución material al suicidio mismo.

Resumiendo, entonces, la inducción al suicidio supone: a) actuación positiva; b) actuación de carácter moral; c) actuación eficaz haciendo nacer la resolución de suicidio y, d) actuación sobre persona determinada (BAJO FERNÁNDEZ (2003, p. 93), por lo que la decisión de quitarse la vida es a causa de la inducción (MUÑOZ CONDE, 2016, p.61).

Vale en esta ocasión lo señalado anteriormente en cuanto a la capacidad del suicida.

b) *Ayudar a otro a que otro se suicide* supone una contribución material o moral de parte de quien proporciona tal ayuda de manera comisiva.

En la doctrina extranjera la ayuda omisiva al suicidio de otro, es un tema muy controvertido, pues se llega admitir el castigo del auxilio omisivo (BAJO FERNÁNDEZ, 2003, p. 91), aunque el asunto sea problemático al tratar de determinar la posición del garante (MUÑOZ CONDE, 2013, p.63) . Se trata, sin lugar a dudas, de una forma de comisión por omisión en donde la posición del garante exige el evitar el resultado del suicidio (Cfr. BAJO FERNÁNDEZ- MUÑOZ CONDE, 2013, p. 67) tales como por ejemplo, no cortar la soga del ahorcado, cuando aún no está muerto, el no avisar al médico, cuando el suicida se está desangrando, de ahí que “de no ostentar ese deber de garantía su comportamiento sólo puede entenderse como omisión del deber de socorro” (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1967, p. 30, BAJO FERNÁNDEZ, 2003, p. 92).

Esta modalidad de ayuda supone la contribución material o moral al suicidio, por lo que la misma se puede manifestar de diversas maneras. En efecto, constituye una ayuda al suicidio el hecho de proporcionar el medio o dar las instrucciones necesarias para que el suicida utilice correctamente el medio de que dispone.

En el primer caso, la ayuda es de tipo material, mientras que en el segundo supuesto, la ayuda es de tipo moral e intelectual.

Fuera de lo antes expuesto, cualquier tipo de ayuda que suponga una intervención de mayor envergadura en la ejecución del suicidio, como por ejemplo, realizar los actos propios de causar la muerte del suicida, no quedan comprendidos dentro de la figura analizada, siendo tal comportamiento punible a título de homicidio.

Por el contrario, la aportación mínima de parte de quien ayuda al suicidio debe suponer, para que se dé la figura delictiva, un mínimo de eficiencia causal respecto de la misma muerte, pues de lo contrario la acción desplegada por el sujeto que ayuda no constituye una ayuda punible.

Además, de lo anterior hay otro aspecto importante es la “muerte del suicida” en la estructura del tipo. La doctrina moderna viene discutiendo el papel de la muerte del suicida en la estructura del delito estudiado, así para algunos es una condición objetiva de punibilidad, para la doctrina mayoritaria, en cambio, entiende que la muerte es el resultado típico (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.44).

En estos términos, RODRÍGUEZ DEVESA (1994, p.65) afirma que la “muerte del suicida” es una condición objetiva de penalidad. No puede ser un resultado que cualifique, porque la inducción no seguida de resultado alguno no puede considerarse como “delito básico”, sino que es irrelevante con arreglo a los principios que informan la materia en el derecho común español. No puede formar parte del tipo, porque el suicidio *per se* es impune. La consecuencia que de ahí se deriva es que, “si el suicidio queda en mero intento, no existe delito: no caben ni la tentativa ni la frustración”.

Para BAJO FERNÁNDEZ (2003, p. 259), por el contrario, la muerte del suicida es el resultado típico en el delito estudiado, ya que “constituye exigencia del tipo de injusto que exista una *relación de causalidad* entre el comportamiento de auxiliar y el resultado muerte”.

A nuestro juicio, la muerte del suicida es una condición objetiva de punibilidad, ya que la inducción o auxilio al suicidio dependerá necesariamente de que se produzca la muerte del suicida.

De esta forma, es impune el comportamiento de quien induce o ayuda al suicidio de otro y la muerte no se produce, ya que el tipo penal respectivo exige como presupuesto de punibilidad que se dé la muerte del suicida.

En estos casos, cuando a consecuencia de la inducción o ayuda se producen lesiones, tal comportamiento es impune al igual que la acción desplegada por el suicida, ya que las lesiones resultantes no se sancionan en nuestro ordenamiento causando el responsable de las mismas es la propia víctima, pues el ordenamiento patrio no incrimina las “autolesiones”.

En cuanto al tipo subjetivo, es necesaria la concurrencia de dolo para que se dé la infracción penal, por lo que resulta incompatible con la existencia de “culpa”, ya que es precisamente en la inducción al suicidio existe la voluntad de hacer surgir en el suicida la idea de cometer el suicidio.

A propósito de la “ayuda” al suicidio, la culpa estimamos que no es viable. La ayuda al suicidio de otro, es decir, la complicidad en el suicidio ajeno, supone necesariamente la existencia de dolo en el actuar del partícipe, ya que sólo la ayuda dirigida hacia la producción de la muerte del suicida tiene relevancia para los efectos de la modalidad analizada.

La modalidad delictiva analizada, por tanto, también supone la existencia de dolo en el sujeto que ayuda al suicidio de otro, siendo suficiente la existencia de dolo directo en el agente.

B. Formas de aparición

La figura se *consume* cuando el que induce o ayuda al suicidio de otro determina o contribuye a que se produzca la muerte del que se suicida.

Por tratarse de una figura delictiva que exige la muerte del suicida, las formas imperfectas de ejecución (tentativa) no son admisibles.

En cuanto al *Autor* de la infracción estudiada sólo es quien induce o ayuda a que otro se suicide, que en el caso del segundo párrafo debe ser un hombre, una persona que tenga relación de pareja, cónyuge u otro.

En aquellos casos en que el sujeto induce, o ayuda a una persona inimputable o que actúa por error, miedo o coacción para que se suicide, y el suicidio se produce, la infracción punible consumada es la prevista en el artículo 131 o 32 (homicidio simple o agravado, según el caso) y no la que ahora estudiamos.

Por tratarse de una figura excepcional, en donde se eleva a rango de modalidad autónoma formas de participación criminal, la instigación y la complicidad a la inducción o ayuda al suicidio no son admisibles.

C. *Determinación de la penalidad*

La pena prevista para el caso que nos ocupa es de uno a cinco años de prisión.

Si bien es cierto que estamos en presencia de un delito sancionado con menos gravedad que el homicidio simple, ello no significa que estamos en presencia de una modalidad privilegiada del mismo.

La pena será de doce a quince años de prisión y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada cuando se induzca a una mujer al suicidio mediante el maltrato, y sobre este tratamiento, consideramos que es desacertado su inclusión dentro del catálogo de penas (art.50) en el Capítulo II Penas principales (art. 62A), dado que tiene la connotación de medida de seguridad.

Por otro lado, es necesario tener presente el 42-A al Código Penal, cuyo tenor legal reproducimos a continuación:

“No podrán invocarse costumbres o investigación penal ni como eximentes de culpabilidad para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar el delito de violencia contra las mujeres o cualquier persona”.

En el caso del delito bajo examen la sanción cuando se trate de una mujer, no es únicamente la pena de prisión de doce a quince años para el agresor, sino también la pena principal de tratamiento terapéutico multidisciplinario (art.50), que de acuerdo con el artículo 62-A que se adiciona en la reforma penal de 2013, comprende lo siguiente:

“El tratamiento terapéutico multidisciplinario consiste en un programa de intervención para evaluación diagnóstica pre tratamiento, intervención psicoeducativa y evaluación de eficacia y seguimiento de programa, estructurado según la conducta punible, realizado por profesionales titulados, cualificados y acreditados en ciencias del comportamiento y psicología y psiquiatría clínicas, con la colaboración de trabajo social y en-

fermería en salud mental, dirigido a modificar las actitudes, creencias y comportamientos de la persona agresora”.

A nuestro modo de ver la agravante incluida en la reforma penal de 2013, crea problemas respecto al principio de igualdad ante la ley, al darle un tratamiento especial a la mujer, sin dejar, de señalar, que el tratamiento terapéutico multidisciplinario, denota una deficiente técnica legislativa, ya que estamos ante una medida de seguridad y no una pena, incongruente con el artículo 8o del Código Penal vigente, que consagra que solo a los inimputables se les puede aplicar las medidas de seguridad.

Para terminar, es necesario tener presente que para que se dé la agravante es imprescindible que se realice el hecho dentro de las circunstancias que establece la Ley 82 de 2013, con respecto a la mujer en relaciones desiguales de poder, de lo contrario no es aplicable la misma.

Bibliografía

BARBERO, Marino, *El suicidio*, Cuadernos Taurus 73, Madrid, 1966; DURKHEIM, Emilio, *El suicidio*, Editorial Reus, Madrid, 1928; FERRI, Enrique, *Homicidio-Suicidio*, Traducido por Concha Peña, Reus, Madrid, 1934; JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; JUANATEY DORADO, Carmen. *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe, *Inducción y Auxilio al suicidio*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1958; RODRIGUEZ MOURULLO, Gónzalo, *La omisión de socorro en el Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1967, TORIO LOPEZ, Ángel “Instigación y auxilio al suicidio, homicidio, consentido y eutanasia como problemas legislativos” en Estudios penales y criminológicos, IV, Santiago de Compostela, 1981; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Inducción y auxilio al suicidio” en Estudios penales, Santiago de Compostela, 1974.

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE EL DELITO DE ABORTO

CAPÍTULO I

NOCIÓN DEL DELITO DE ABORTO

Delitos contra la Vida Humana Dependiente

I. CONCEPTO

A. Concepto médico

Desde el punto de vista médico, se entiende por *aborto* la interrupción del embarazo, provocado o no, antes de que el feto sea viable fuera del vientre materno, antes de las 22 semanas o la expulsión de un feto con peso menor o igual a 500 gramos, y 25 centímetros de talla, cuando no se conoce su edad gestacional.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, (Informe técnico 46,1970) el aborto se define como la terminación del embarazo antes de la viabilidad fetal. La viabilidad del feto la define la OMS, como “*la capacidad que tiene el feto para llevar una vida extrauterina independiente. La viabilidad suele definirse en función de la duración del embarazo o del peso del feto, y en ocasiones de la longitud de éste. Tradicionalmente se admite que el feto es viable a las 28 semanas de embarazo, que corresponden aproximadamente a un peso fetal de 1000 gramos. Esta definición es puramente empírica y se basa en la observación de los niños que no alcanzan ese peso tienen pocas probabilidades de sobrevivir, mientras que la mortalidad desciende en niños cuyo peso corresponde a 1000 gramos o más?*”.

Para la Medicina Legal, sin embargo, aborto “es la interrupción del embarazo, en cualquier época de su evolución, siempre que se haya provocado violentamente” (URIBE CUALLA, p. 437). El término “violentamente” debe sustituirse por “intencionalmente”, pues entendemos que no todo aborto intencional se realiza utilizando medios “violentos”. Aplicar una inyección que provocará el aborto no supone la utilización de medios violentos pero sin lugar a dudas es un aborto provocado deliberadamente con “dolo”.

Antes de terminar, modernamente algunos autores consideran que el concepto médico legal es insuficiente, por lo que proponen lo siguiente: “Es la interrupción provocada de la vida humana, en cualquier momento del desarrollo embrionario, independientemente del lugar de comienzo, con muerte del producto de la fecundación, fuera de los eximentes legales” (BANTI, 2011).

B. Concepto jurídico

Por regla general la mayoría de las legislaciones incriminan el delito de aborto sin definir su concepto o precisar sus elementos.

Existen tantas definiciones del aborto desde el punto de vista jurídico, según la posición de uno u otro autor respecto del mismo.

Jurídicamente solo es delito el aborto provocado, de forma que toda interrupción espontánea de la gestación no constituye infracción punible.

Sólo es punible el aborto realizado deliberadamente sobre la mujer embarazada, con ánimo de destruir el producto de la concepción, sea que la muerte del feto sea produzca dentro del seno materno, al momento de producirse la expulsión del mismo o cuando se halla fuera del vientre materno.

La doctrina penal moderna, como hemos anotado anteriormente, no ha uniformado criterios respecto de este delito, por lo que se mantiene en la actualidad este tema sujeto a intenso debate.

Para algunos autores, como MAGGIORE (1956, p. 140) “es interrupción violenta o ilegítima de la preñez dentro o fuera del útero

materno”; en opinión de PEÑA CABRERA (1988, p. 119) es “la interrupción dolosa del proceso fisiológico del embarazo, causándose la muerte del producto de la concepción, dentro o fuera del claustro materno, viable o no”.

Por su parte sostiene RODRIGUEZ DEVESA (1994, p. 81) que el aborto “consiste en la muerte del feto mediante su destrucción mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada”, mientras que para MUÑOZ CONDE (2013, p.7) es la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la embarazada, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina.

En nuestra opinión, por aborto debemos entender la destrucción del embrión o feto realizada en forma ilegítima y con la intención de causar dicha muerte, criterio que nos ubica dentro del límite mínimo (fecundación y anidación), y el límite máximo antes del parto.

II. ELEMENTOS ESENCIALES

La generalidad de la doctrina pone de manifiesto que son dos los elementos esenciales que caracterizan al delito de aborto. Por un lado, a) *la existencia de un embarazo* (existencia de un embrión o feto); por el otro, b) *la interrupción ilegítima del proceso de la gestación (destrucción o muerte del embrión o feto)*.

Así, por ejemplo, en nuestra doctrina patria se pronuncian MUÑOZ RUBIO/ GONZALEZ FERRER (1980, p. 212) para quienes “desde un punto de vista netamente objetivo, y tomando en consideración el concepto legal del aborto, se deducen dos elementos esenciales para que el delito de aborto se verifique, a saber: 1) La existencia del embrión o feto, o sea del producto de la concepción (*status praegnationis*); y 2) La interrupción ilegítima del proceso biológico del embarazo (destrucción del embrión o muerte del feto)”.

Distinta es la posición de FEBRES CORDERO (1993, p. 260 - 4), para quien son necesarios los siguientes requisitos: a) Existencia del embarazo; b) Muerte del fruto de la concepción; c) Ejecución de ac-

tos positivos encaminados a producir la muerte del feto; ch) Relación de causalidad; y, d) Intención de causar la muerte del feto.

A nuestro juicio, los dos elementos esenciales expuestos por MUÑOZ RUBIO/ GONZALEZ FERRER (1980, p. 212) constituyen los requisitos indispensables para que podamos hablar del delito de aborto, ya que, en esencia, coinciden con la posición mayoritaria de la doctrina.

Veamos a continuación estos elementos:

- Existencia de un embarazo (existencia de un embrión o feto).
- La existencia de la preñez, es decir, de una mujer embarazada es el presupuesto indispensable para que podamos hablar del delito de aborto (NÚÑEZ, 1978, p. 162).

Es necesario destacar, sin embargo, que el delito en cuestión exige algo más que el embarazo mismo: es preciso, por otra parte, que el producto de la concepción, o sea, la unión del espermatozoide y el óvulo (teoría de la fecundación), se haya fijado en la matriz de la mujer (teoría de la anidación, generalmente ocurre 14 días después de la fecundación), pues de lo contrario todavía no estaríamos en presencia del embarazo o gestación propiamente dicho..

De esta forma, estimamos que es atípico el comportamiento de quien produce la muerte del producto de la concepción (el llamado *cigoto*), antes de la fijación del mismo en el claustro materno, ya que, como bien ha puesto de manifiesto atinadamente ROXIN (1976, p. 75 - 83), tal “anidación puede tardar en producirse aproximadamente hasta trece días después de la concepción”, ya que “hoy está generalmente reconocido que todavía no se puede hablar de “embarazo”, cuya “interrupción” se podría discutir, en el momento de la concepción (unión del óvulo con el espermatozoide), sino sólo cuando el “cigoto” resultante de la fusión de las células sexuales ha anidado en la matriz de la mujer”.

Por otra parte, es preciso dejar claramente establecido que las maniobras abortivas sobre mujer no embarazada, atípica en el delito de aborto, pueden ser constitutivas de otras diversas infracciones, se-

gún el daño causado a la mujer (homicidio o lesiones culposas, por ejemplo).

Interrupción ilegítima del proceso de la gestación (destrucción o muerte del embrión o feto). La muerte del embrión o del feto es el otro requisito indispensable para que se configure el delito de aborto.

No es necesario que el mismo sea viable para que se dé el aborto, ni que se haya producido la expulsión del embrión o del feto del claustro materno, pues es indiferente para la existencia del aborto que la muerte de aquél se produzca dentro del seno materno o fuera del mismo.

Es importante destacar que la destrucción del embrión o la muerte del feto deben ser producidas ilegítimamente, es decir, antijurídicamente, pues en aquellos supuestos en que tal comportamiento esté amparado por alguna causa de justificación el aborto no es punible, ya que no hay ilicitud en la conducta realizada.

En consecuencia, en aquellos casos en donde concurra alguna de las eximentes consagradas como causas de justificación o alguna de las previstas en el Art. 144 del Código Penal, nos encontramos en presencia de un comportamiento lícito y conforme a derecho.

Finalmente, es preciso destacar que en ambos casos, la destrucción del embrión o la muerte del feto, para ser constitutiva de delito deben ser realizadas en forma *dolosa*, ya que en nuestro ordenamiento tanto el aborto culposo como el preterintencional son impunes. En este sentido el Art. 90, número 2 consagra la atenuante común de “no haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo”.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Uno de los temas más polémicos relacionados con el aborto es el relativo al “bien jurídico protegido” en este delito.

En tiempos antiguos, ha demostrado IRURETA GOYENA (1932, p. 16), el aborto era en sí un comportamiento impune. Con postero-

ridad debida, en gran parte, a la influencia del cristianismo, todo aborto era punible. Así pues, el código penal de Uruguay de 1934 no incriminaba como delito el aborto, el Italiano de 1930, regulaba este ilícito como un delito “contra la integridad y la sanidad de la estirpe”, Y, con al respecto ANTOLISEI destacaba la estrecha relación existente, para aquella época, entre el régimen político imperante y la ideología subsumida en la escala de valoración recogida en el Libro Segundo del Código Rocco. No obstante esta situación, el estudio del aborto se incluye por este autor entre los *delitos contra las personas* (cfr.: Págs. 20-21- 86 y sgts). Algunas otras legislaciones, como la española, consideraban el aborto como un delito que atentaba contra “el interés nacional de prevenir la disminución de la natalidad” (CUELLO CALÓN, 1975, 529).

Ahora bien, el bien jurídico protegido por el delito de aborto es producto no de la sistemática que cada legislación tenga al respecto, sino de la esencia misma del valor que se pretende proteger. En ese contexto, un detenido análisis pone de manifiesto que el aborto protege, en primer término, la *vida del embrión o el producto de la concepción*, mientras que en segundo término, aunque en ocasiones con la misma jerarquía que el derecho a la vida del embrión o del feto, protege la vida e integridad de la mujer cuando se causa sin el consentimiento de la misma.

En consecuencia, debemos tener presente que en aquellos abortos causados por la propia mujer, o consentimiento por ésta para que otro se lo practique, ella es sujeto activo del delito y por esta razón no puede ser al mismo tiempo sujeto de la infracción.

En efecto, indica el maestro RODRIGUEZ DEVESEA (1994, p. 77) lo designa como un delito “contra la vida humana no independiente”, a pesar de estar en presencia de un delito “que lesiona o pone en peligro diversos bienes jurídicos” a su juicio el “punto de vista humana, es el de mayor importancia ética”.

Estas consideraciones ponen de manifiesto la desigual valoración que motiva distintas penas para el homicidio y para el aborto. A pesar

de ser ambos delitos infracciones contra la vida, en el homicidio se protege la vida humana (sin excluir que en algunos casos se tengan en cuenta otros intereses vida, salud, libertad, dignidad de embarazada) independiente, mientras que en aborto solamente se tutela la vida humana dependiente, lo que justifica que se sancione con mayor severidad aquellos delitos que, el homicidio, dañan la vida de un ser humano independiente. Sólo en casos excepcionales, por ejemplo aborto sin el consentimiento de la mujer o en contra del mismo con resultado muerte, puede justificarse la imposición de penas realmente graves, que prácticamente se identifican, al menos en su límite mínimo, con el homicidio simple.

No en vano HURTADO POZO (1994, p. 14) ha señalado atinadamente que el “bien jurídico protegido, fundamentalmente, es la vida del nuevo ser durante el embarazo. Este es el criterio rector, aun cuando en el segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o la vida de la madre, y más lejanamente el capital demográfico de la sociedad. No tener en cuenta esta situación crearía problemas casi insolubles en los casos de colisión de distintos bienes jurídicos.

En igual sentido, han opinado otros que constituye la vida prenatal o vida humana independiente, o bien puede tener un carácter múltiple que afecta a la vida del feto, al interés demográfico del Estado, incluso a la autodeterminación y dignidad de la mujer, la vida e integridad física de la mujer embarazada, su salud o su dignidad. (LAMARCA, 2016, p.30, MUÑOZ CONDE, 2013, p.75.

Para otros, sin embargo, como indica SERRANO GÓMEZ (2017, p.49) el interés demográfico tiene menos interés, por lo que la vida del concebido y en su caso el de la madre constituye el bien jurídico protegido, aunque tal protección puede entrar en conflicto en algunas situaciones.

En resumen, la regulación penal del aborto en Panamá tutela la vida en formación o esperanza de vida, y en segundo lugar la vida, salud e integridad personal de la mujer embarazada.

IV. LOS SUJETOS DEL DELITO DE ABORTO

A. *El Sujeto Activo*

El sujeto activo del delito de aborto, es por regla general, indiferente, se trata de un delito común, que puede ser realizado por cualquier persona (inclusive el compañero o conviviente), según se desprende de los artículos 142 y 143, es decir, el sujeto activo es el tercero que provoca el aborto de la mujer con o sin consentimiento de ella.

No obstante lo anterior, en el aborto causado por la propia mujer o consentido por ella (art. 141), el sujeto activo es la propia mujer en estado de embarazo, y en este caso nos encontramos ante un delito especial, pues requiere que el agente de la infracción sea una mujer en estado de embarazo (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 236; GUERRA DE VILLALAZ, 2002, p. 62).

B. *Problema del Sujeto Pasivo*

La cuestión del “sujeto pasivo” en el delito de aborto es otro de los temas conflictivos en este ilícito.

Su solución, en mayor o menor medida, dependerá de la concepción que cada uno tenga sobre el “bien jurídico” tutelado por el delito de aborto, ya que necesariamente la determinación de este concepto está en relación directa al bien protegido por el legislador.

En este sentido, si partimos del supuesto que sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ, 1980, p. 224- 225), la solución de esta problemática habrá de reconocer que el sujeto pasivo del aborto es, en primera instancia, el embrión o feto, según las distintas etapas de crecimiento del *cigoto* fijado en el claustro materno.

Decimos en primera instancia, ya que en aquellos casos de aborto provocado por la propia mujer o provocados por otro con el consentimiento de ésta, sólo el embrión o el feto, según el proceso de crecimiento del mismo, será el sujeto pasivo del ilícito.

No obstante lo antes expuesto, secundariamente también puede ser sujeto pasivo del delito la propia mujer que sin su consentimiento o contra su voluntad sufre un aborto no deseado.

En este caso debemos tener presente el derecho de la mujer a conservar su vida e integridad personal que pueden ser afectados por el aborto o las maniobras abortivas, en cuyo caso queda de manifiesto que tanto el embrión o feto como la mujer son sujetos pasivos de la misma infracción punible. No debemos perder de vista, en consecuencia, que en este caso nos encontramos ante un delito *complejo*, ya que se tutela una diversidad de bienes distintos cuyos titulares no coinciden necesariamente en una misma persona.

Los límites temporales que determinan la existencia del sujeto pasivo han sido objeto de mucha discusión, ya hemos visto al estudiar el homicidio, que la protección a la vida humana independiente se inicia con el nacimiento del ser humano, de forma tal que el límite máximo de protección que la ley concede al feto termina precisamente con el nacimiento de la criatura.

Por el contrario, la determinación del límite inicial de protección gira entre dos momentos diversos: a) el momento de la fecundación (concepción) y b) la fijación del *cigoto* en la matriz de la mujer.

Como quiera que arriba hayamos manifestado nuestra opinión, que es concordante con la postura de ROXIN ya citada, estimamos que la protección penal del embrión se inicia desde el momento en que el óvulo fecundado se fija en el seno materno.

Finalmente, debe tenerse presente que existe una diferencia entre el homicidio que protege la vida humana independiente, es decir al ser humano con vida, respecto del feto o embrión o la expectativa de vida (ST18/81947).

V. DETERMINACIÓN DEL “OBJETO MATERIAL”

En todos los supuestos de aborto, el objeto material del delito, modernamente denominado *objeto de la acción*, es el embrión o feto, sobre el cual recaen las maniobras destinadas a destruirlo.

De esta forma, todo comportamiento realizado sobre un embrión o feto muerto son impunes, ya que falta el objeto material sobre el cual debe recaer la acción delictiva.

A igual solución (carencia de objeto material) llegamos cuando se constata que se trata de maniobras abortivas sobre aquello que médicamente se conoce como *mola* hidratidiforme (MH), que constituye un grupo de enfermedades trofoblásticas de la gestación, en otras palabras, consiste en un embarazo anormal caracterizado por degeneración hidrópica de las vellosidades coriales y proliferación trofoblástica con desarrollo embrionario anormal o ausente (GALAZ MONTOYA y otros, 2015).

Por otra parte, otro sector de la doctrina coincide que hay objeto material tratándose de los casos de “embarazo ectópico” es decir, los casos en que el óvulo anida y se desarrolla fuera de la cavidad uterina (cfr. HUERTA TÓCILDO, 1977, p. 48 - 49).

Desde otro punto de vista, sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ (2003, p.294) admite que no puede hablarse de aborto en los casos de “fecundación in vitro” cuando el óvulo fecundado se encuentra aún en la fase de laboratorio, pues en este caso aún no hay embarazo, e incluye las molas (neoplásticas trofoblásticas gestacionales), los embarazos ectópicos ya mencionados, y hace especial énfasis, en que tampoco es punible, las situaciones de la píldora del día siguiente, e igual criterio es compartido por MUÑOZ CONDE (2013, p.77) porque supondría prohibir estas técnicas.

Luego de todas estas explicaciones, estimamos que es oportuno tratar de precisar la noción de embrión y feto, que en tantas ocasiones utilizamos.

A nuestro juicio, embrión es el cigoto fijado en el claustro materno hasta el tercer mes de su desarrollo; feto, por el contrario, es el embrión desarrollado entre el tercer mes y el parto.

Adicionalmente el embrión o feto, y eventualmente, la mujer también pueden ser objeto material del delito de aborto, ya que es precisamente sobre su cuerpo, en el aborto sin su consentimiento o contra

su voluntad, sobre el que se realizan maniobras abortivas que incluso le puedan causar lesiones o la muerte (GUERRA DE VILLALAZ, 2002, p. 65).

Antes de terminar, es necesario señalar que el objeto material viene determinado por un límite mínimo (fecundación y anidación) y el límite máximo antes del parto (LAMARCA PÉREZ, 2015, p.77). En el caso del límite mínimo, se ha tratado de solucionar este problema a través de dos teorías: la de la fecundación y la de la anidación. Respecto de la primera, se plantean problemas procesales, pues lo normal es que se busque el aborto cuando se sospeche o se confirme el embarazo (SERRANO GÓMEZ, 2016, p.47), mientras que con la teoría de la anidación se inclina por la de la implantación del ovulo fecundado en el útero materno, a los 14 días de la fecundación (MUÑOZ CONDE, 2013, p.76), entre otros, porque es a partir de ese momento cuando se produce una vinculación entre la embarazada y el embrión.

Bibliografía

- ACOSTA, Mariclaire y otros, *El aborto en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976; ALBERDI, Cristina/ SENDON, Victoria, *Aborto, Si o No*, Bruguera, Barcelona, 1977; ARANGO DURLING, Virginia, *El aborto y su despenalización en Panamá*, La Prensa, 18 de febrero de 2018, ARROYO ZAPATERO, Luis, “Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo” en *II Jornada Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal*, Ávila, Alcalá de Henares, 1981; BANTI, Enrique, *Evolución del concepto médico legal de “aborto”*, Cuadernos de Medicina Forense Argentina • Año 3 - N° 1 (31-34), BERISTAIN Antonio, “Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas” en *II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal*, Ávila, 1981; BROWN, Harold, *El aborto, morir antes de nacer*, Editorial ATE, Barcelona, 1983; BLASQUEZ, Niceto, *La dictadura del aborto*, Cuadernos BAC, Madrid, 1978;- *El aborto, No matarás*, Bac Popular, Madrid, 1977, BARBABOSA KUBLI, Agustín, *El aborto, Un enfoque multidisciplinario*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; BUENO ARUS, Francisco, *El proyecto de Ley Italiano sobre interrupción del embarazo*, *Documentación Jurídica*, No. 16, octubre-diciembre, 1977; BURKE, Cormac, *El aborto*, El Mundo Cristiano, Madrid, 1976; CALANDRA, Dante/ DEL VALLE, Elsa/ OLIVARES, Domingo/ REGUERA, César/ MORMANDI, Osvaldo, *Aborto, Estudio clínico, psicológico, social y ju-*

ridico, Editorial México Panamericana, Buenos Aires, 1973; CASTILLA GONZALO, José, *De la mano de la medicina legal por el nuevo Código Penal Español*, Universidad de Málaga, Málaga, 1996; CUELLO CALON, Eugenio, *Tres temas penales*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1955; DE ALMEIDA COSTA, Antonio Manuel, *Aborto e Diritto Penale*, Coimbra, Lisboa, 1984; GALAZ MONTOYA, C. I., RAZO AGUILERA, G., GONZALEZ, y otros., Aspectos genéticos de la mola hidatidiforme, Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinosa de los Reyes, 2015; GARCIA MAAÑON, Ernesto, *Aborto e Infanticidio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982; GARCIA MARIN, José María, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina* (pasado y presente de una polémica), Edersa, Madrid, 1980; GARCIA VITORIA, Aurora, *El tipo básico del aborto*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1981; Traducción Luis Bittini, Ediciones Sígueme, Madrid, 1972; Gil, Hipólito, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Panamá, 1999; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Por un aborto libre” en *Estudios de Derecho Penal*, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1980; GUERRA DE VILLALAZ, Aura, *El delito de aborto provocado, Un enfoque jurídico*, Panamá, 1980; HERRERA JARAMILLO, Francisco, *El derecho a la vida y el aborto*, Eunsa, Pamplona, 1984; HUERTA TOCILDO, Susana, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977; IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, Tomo V (delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces), Casa A Barreiro y Ramos, S.A., Montevideo, 1932; JARVIS THOMPSON, Judith y otros, *Debate sobre el aborto*, Cinco ensayos de filosofía moral, Ediciones Cátedra, Madrid, 1983; JIMENEZ VARGAS, J. y LOPEZ GARCIA, G. *¿A que se llama aborto?* Editorial Magisterio Español, S. A., Madrid, 1975; JIMENEZ VARGAS, J./ LOPEZ GARCIA, G. *Aborto y contraceptivos*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1983; LANDROVE DIAZ, *Política Criminal del aborto*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1986; LAURENZO COPELLO, Patricia/ MARTINEZ, José Agustín, *Aborto ilícito y derecho al aborto*, Imprenta La Milagrosa, Compostela, Habana, 1942; LERET DE MATHEUS, María Gabriela, *Aborto, Prejuicios y Ley*, B. Costa-Amic. Editor, México, 1977; MARIN GOMEZ, José Ángel, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, 1996; MACHADO, Giovanna, *En defensa del aborto en Venezuela*, Editorial Ateneo de Caracas, Caracas, 1996; MARIQUEZ BUSTOS, Edmundo, *Protección penal de la vida en su primera etapa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963; MARTELET, Gustave, *Aborto. 2,000 años a favor de la vida*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1977; MIR, Santiago, *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983; MILANESI, María Lucila, *Aborto provocado*, Editora Da Universidade de Saó Paulo, 1970; MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/

GONZALEZ FERRER, Campo Elías, *Derecho Penal Panameño, Parte Especial*, Tomo I, Universidad de Panamá, 1980; HERNANDEZ ORDÓÑEZ, Mario Alberto, *Fundamentos de Medicina Legla*, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), 2014; MUÑOZ ARANGO, Campo Elías, *Aborto ético e inexigibilidad*, Boletín de Informaciones Jurídicas No.51 virtual, enero-junio, 2014, Universidad de Panamá, ORTEGO COSTALES, *La legalización del aborto*, Universidad de Salamanca, 1984; PELOSSI, Dener N., *Problemática en el delito de aborto e Infanticidio*, Lerner editores, Buenos Aires, 1976; RIOCEREZO J.M., *Criminales de la paz, La lucha contra el aborto*, Sudium, Madrid, 1974; RODRIGUEZ DEVESA, “El proyecto de reforma” del “art. 417 bis del Código Penal” en el Libro de Julián MARIAS y otros *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte” en *Comentarios a la Legislación Penal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1982; ROMEO CASABONA, Carlos Ma. *El médico y el Derecho penal*, I, Bosch casa editorial, Barcelona, 1981; ROXIN, Claus, “La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo” en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976; SANCHEZ, Luis Enrique, *El aborto, Un tema para debate*, Editorial Ayso, Madrid, 1982; SCHEPELER RAVEAU, Manuel, *El delito de aborto*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967; TOULAT, Jean, *El aborto ¿Crimen o liberación?*, Bilbao, 1975; TRILLO Federico/ FIGUEROA M./ CONDE Julián Marías y Otros, *En defensa de la vida*, editorial Edilibro, Madrid, 1983; URIBE CUALLA, Guillermo, *Medicina legal psiquiatría*, Valenzuela, Carlos, Scientific ethics oftherapeuticabortionhttp://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext, VILLATORO, Asunción/ ORAICH, Magda, *¿Que es el aborto?* Gráficas Europeas, Barcelona, 1977; YAGUEZ, Ricardo de Ángel, y otros, *Ley del aborto, Un informe universitario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1985.

CAPÍTULO II

TIPOS DE ABORTO EN PARTICULAR

I. PLANTEAMIENTO

Nuestro Código Penal se ocupa del delito de aborto en la Sección 3ª del Capítulo I, Título I (Delitos contra la vida y la integridad personal) del Libro Segundo, en los artículos 139 a 144 inclusive.

En los artículos antes mencionados se incriminan las siguientes conductas: 1. aborto causado por la misma mujer o consentido por ella; 2. aborto causado por un tercero con el consentimiento de la mujer; y, 3. aborto causado por un tercero sin o contra el consentimiento de la mujer.

A continuación, nos ocuparemos de cada una de estas figuras en particular.

II. ABORTO CAUSADO POR LA MISMA MUJER O CONSENTIDO POR ELLA

A. Introducción

El artículo 141 del Código Penal textualmente dispone lo siguiente:

“La mujer que cause su aborto o consienta que alguien se lo practique, será sancionada con prisión de uno a tres años”.

La norma objeto de estudio protege al “feto” o “producto de la concepción”, ya que bajo ningún concepto puede pretenderse que es

la vida de la mujer el bien jurídico protegido, ya que no puede ser ésta al mismo tiempo, sujeto activo y pasivo de la infracción penal.

Sobre este particular nos remitimos a lo expuesto con anterioridad a este respecto.

B. Análisis de la figura

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo de esta infracción es la propia mujer en estado de embarazo, que por su propia actividad se causa ella misma el aborto o que consiente que otro se lo cause (practique). Es por tanto, un delito especial, que sanciona únicamente a la mujer que se causa el abortivo (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ, p. 62).

En lo que respecta a la conducta del tercero que coadyuva con la mujer cuando es ésta la que se causa ella misma el aborto se incrimina a título de participación criminal, como tendremos ocasión de comprobar más adelante. Por el contrario, la conducta del tercero que causa el aborto de la mujer con su consentimiento se incrimina en base al delito previsto en el artículo 142, como veremos en su oportunidad (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, HURTADO POZO, p. 93).

Sujeto pasivo de esta infracción es el *feto o producto de la concepción* ya que es el titular del bien jurídico protegido.

Desde el punto de vista de QUERALT (1992, p. 45) en la legislación española el sujeto pasivo es la Sociedad, pues como “ya sabemos, no pueden serlo ni la propia mujer ni el feto: la primera porque no tendría sentido castigarla por la lesión de un bien jurídico de la que ella fuera su titular de derechos ni de obligaciones”.

El *comportamiento delictivo* incriminado en la norma estudiada abarca dos formas distintas de actuar: por un lado, el aborto que se causa la propia mujer embarazada; por otro lado, el que la mujer se deje causar el aborto por alguien (un tercero) que lo practica con el consentimiento de la misma mujer.

Se trata, sin lugar a dudas, de dos conductas muy distintas entre sí, ya que en el primer caso estamos ante un actuar desplegado por

la propia mujer para causarse ella misma el aborto, mientras que en el segundo caso, se trata de dar su consentimiento para que sea un tercero el que cause el aborto.

Al igual que el Código Penal de 1982, el Código vigente describe la conducta de la mujer con el verbo “causar”, de forma tal que es posible la causación del resultado punible mediante actos positivos o negativos, solución que al amparo del Código anterior era inaceptable según algunos autores patrios (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ, 1980, p. 75).

En efecto, al usar el Código vigente el verbo “causar” nada impide que el aborto se produzca mediante actos positivos o negativos, es decir, *por comisión o por omisión*, ya que lo que se incrimina en realidad es la producción de un determinado resultado, como en el homicidio, lo que es perfectamente posible mediante un hacer o un no hacer, tal como se expuso al respecto en aquel delito.

La realidad cotidiana, sin embargo, es muy distinta de la antes expuesta. En efecto, en la gran mayoría de los casos la producción del aborto se debe a actos positivos que se orientan hacia la destrucción del feto o del producto de la concepción, de forma tal que los supuestos omisivos no se conciben o, al menos, se reducen a ciertos supuestos de comisión por omisión (cfr.: GARCÍA VITORIA, p. 1981, p.100 - 102).

Un detenido análisis de las dos figuras consagradas en el artículo estudiado pone de manifiesto claras diferencias entre las mismas.

En efecto, la primera figura castiga el verdadero auto aborto, es decir, sanciona el aborto que se causa la propia mujer. HURTADO POZO (1994, p. 62) prefiere denominar esta figura como “auto aborto activo”, pues la mujer es quien realiza la conducta descrita como punible al causar ella misma su propio aborto.

La otra figura, por el contrario, sanciona el que la mujer que consiente a que alguien se lo practique. En este caso, la mujer no solamente presta su consentimiento para que un tercero cause el aborto, si no que con su comportamiento activo y causal coopera en el aborto

para que alguien se lo realice. A este aborto lo denomina HURTADO POZO (1994, p. 62) como “auto aborto pasivo”.

En esta última figura, sin embargo, la mujer no es partícipe del aborto realizado por el tercero, pues en realidad su intervención es de tal magnitud que de no existir la norma bajo estudio tal conducta sería de participación necesaria, ya que el delito requeriría de la intervención de por lo menos dos personas (el tercero y la mujer que consiente en que se le cause el aborto).

Sobre el consentimiento y su relevancia en esta figura nos ocuparemos al tratar de la anti juridicidad.

Para finalizar este apartado, es preciso destacar que los medios utilizados para causar el aborto pueden ser de diversa naturaleza, pues se admite cualquiera para tal fin (químico, mecánico, psíquicos, etc.).

De otra parte, la figura delictiva analizada requiere la existencia del *dolo*. El sujeto debe tener conocimiento de la significación de su actuar, al tiempo que realiza el comportamiento prohibido deseando la destrucción del feto o del producto de la concepción.

Muy controvertida es la posibilidad de aceptar la existencia del “dolo eventual” en esta figura delictiva, y ello se debe, fundamentalmente, a las diversas concepciones en los diversos textos penales, aunque a nuestro modo de ver, nada obsta para que se admita la posibilidad del dolo eventual en esta infracción penal.

Existirá aborto cuando un sujeto con ánimo de causar la muerte de una persona vierte cierta sustancia en una bebida, sabiendo que tal sustancia producirá determinada reacción en la víctima que le causará la muerte, pero también producirá graves trastornos entre las otras personas que beban la sustancia envenenada, entre las que sabe habrá una mujer embarazada que sufrirá probablemente un aborto por ingerir tal sustancia en la bebida y aún continúa con su actuar. En este caso, existirá homicidio simple y aborto, pues éste último era una consecuencia probable del actuar original.

En lo que respecta a la culpa, por el contrario, no existe en nuestro ordenamiento penal discusión alguna, toda vez que los supuestos culposos son excepcionales y los mismos deben estar consagrados expresamente cuando se desee sancionar la conducta culposa de un determinado actuar, podemos afirmar categóricamente que el aborto culposo es impune en nuestra legislación penal.

2. Antijuricidad

Los principales problemas relativos a la antijuricidad y la justificación en el delito de aborto vienen referidos a la colisión de derechos entre la vida, y el producto de la concepción.

Tradicionalmente la solución se obtiene por la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación de carácter general, aunque modernamente los códigos actuales consagran normas especiales a propósito de la justificación en este delito por razones de política criminal.

Otra cuestión de suma importancia a este respecto, radica en torno a la relevancia del consentimiento de la mujer en el auto aborto, sea activo o pasivo según la terminología de HURTADO POZO.

En efecto, una vez más queda patente que tal consentimiento carece de relevancia para eximir de responsabilidad penal a la mujer o al tercero que causa el aborto de la misma con su consentimiento, pero ello no basta para que deba reconocerse su valor en aquellos textos que sancionan el auto aborto con menor pena que la prevista para el aborto causado por un tercero con el consentimiento de la propia mujer, ya que en éstos caos la pena para el tercero es más grave que la prevista para la mujer en el auto aborto, a pesar de existir el consentimiento de la misma.

En estos casos de aborto con el consentimiento de la propia mujer, si bien es cierto que tal consentimiento sólo tiene valor para enmarcar la conducta del sujeto en el aborto consentido del artículo 141, el consentimiento mismo carece de relevancia para eximir de responsabilidad al sujeto por el aborto, ya que se trata de bienes jurídicos

indisponibles en donde la eficacia del consentimiento no llega al extremo de favorecer la impunidad del delito.

Aunque queda patente el escaso valor del consentimiento frente a la existencia de la figura delictiva analizada, es obvio que tal consentimiento debe ser eficaz, es decir, otorgado en forma válida.

Carecerá de eficacia el consentimiento dado por una menor de edad, una enferma mental, entre otras, pues el mismo está viciado según las reglas generales del Derecho, perfectamente aplicables en esta oportunidad.

De lo antes expuestos, se deduce que en aquellos supuestos en donde no exista consentimiento de la mujer embarazada o el mismo esté viciado, existirá aborto sin el consentimiento de la mujer o contra tal consentimiento, siendo entonces aplicable la figura delictiva prevista en el artículo 143 del Código Penal, cuyo análisis acometeremos más adelante.

3. Formas de aparición

El delito de aborto es un delito de resultado material y por tanto se *consuma* en el momento en que se produce la destrucción del feto o del producto de la concepción.

La muerte del embrión o feto determina la consumación del delito bajo estudio cuando es la mujer embarazada la que se causa el aborto o cuando ello ocurre causado por un tercero (alguien) que le practica el aborto a la mujer embarazada.

Es indiferente que la muerte del feto o producto de la concepción ocurra dentro o fuera del vientre materno, ya que ello es irrelevante en el caso que nos ocupa.

La tentativa como forma imperfecta de ejecución es admisible.

En cuanto al *autor* del delito bajo estudio lo es únicamente la mujer embarazada que se causa ella misma el aborto o consiente que alguien se lo practique con su consentimiento.

El sujeto que interviene en la conducta realizada por la propia mujer embarazada que causa su propio aborto responde como partícipe de este delito; por el contrario, el tercero que causa el aborto de la mujer embarazada con su consentimiento no es partícipe de este delito según el propio Código, ya que tal comportamiento está elevado al rango de figura autónoma en el artículo 142.

En vista de lo expuesto, caben las formas de participación criminal a propósito de la primera figura prevista en el artículo estudiado, en tanto que la intervención de los partícipes en la segunda modalidad del artículo 142 se castigará en base al artículo 141 del Código Penal, pues éstos intervienen en el aborto causado por un tercero con el consentimiento de la mujer.

4. Consecuencias Jurídicas

La figura bajo estudio incrimina el auto aborto con pena de uno a tres años de prisión, y la norma no consagra circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, pero son admisible algunas de las circunstancias atenuantes comunes consagradas en el artículo 90 del Código. A este respecto, valga señalar, que en otras legislaciones la consecuencia jurídica en el autoaborto doloso, es la aplicación de una pena de multa.

Por último, es preciso destacar la existencia de algunas eximentes de responsabilidad penal que tornan impune el aborto en algunos casos, como tendremos oportunidad de examinar más adelante.

III. ABORTO PROVOCADO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

A. Introducción

El artículo 142 del Código Penal textualmente dispone lo siguiente:

“Quien provoque el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, será sancionado con prisión de tres a seis años”.

La norma bajo estudio, al igual que el artículo anterior, protege la vida “feto” o “producto de la concepción” (sujeto pasivo), y de manera indirecta la vida de la mujer también es objeto de protección, aunque haya consentido para que el sujeto activo le provoque el aborto (STS 8/8/2003).

B. Análisis de la figura

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Resulta de interés destacar, que la mujer embarazada que presta su consentimiento para que alguien le practique el aborto *no es sujeto activo* de esta infracción, como ya tuvimos oportunidad de señalar con anterioridad, pues su actuación sólo puede ser sancionada en base a lo dispuesto en el Art. 141, como ya quedó explicado.

Dada la especial configuración de esta hipótesis delictiva, la participación de la mujer que presta su consentimiento para que el tercero le provoque el aborto da origen a una figura *plurisubjetiva*, pues se requiere la intervención de más de una persona para que se produzca la infracción correspondiente (Cfr. MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 242).

Sujeto pasivo de la infracción, sin embargo, es el “feto” o “producto de la concepción” ya que a pesar de ser una simple *esperanza de vida*, es merecedor de tutela estatal.

En esta modalidad delictiva también es sujeto pasivo de la infracción penal la propia mujer que otorga su consentimiento, ya que en la norma también se protege su propia vida e integridad, aunque sea de modo mediato.

La *conducta punible* está identificada en el tipo por el verbo “*provocar*”, es decir, causar, ocasionar o producir la destrucción del feto o producto de la concepción.

Por tratarse de un delito de resultado material, la acción debe estar orientada hacia la destrucción del feto o producto de la concepción, sujeto pasivo inmediato o directo en esta infracción.

La acción delictiva desplegada por el sujeto activo va orientada directamente a la muerte del feto o producto de la concepción, sin importar que ello ocurra dentro o fuera del seno materno.

En esta figura, el consentimiento de la mujer desempeña un papel importante, ya que la mujer no se limita a tolerar, sin más actuación, la conducta del sujeto activo del delito, pues con su comportamiento favorece el actuar de aquel, sin que por ello sea considerada como coautora o cómplice en esta figura delictiva. Por ello no en vano, se ha señalado que “la conducta de la propia mujer al consentir, supone algo más significativo e inequívoco que *una mera pasividad de no obrar y aún de no evitar*, puesto que equivale a la entrega de su propio cuerpo para que pueda proceder a la intervención abortiva” (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 243).

Queda evidente, luego de lo antes expuesto, que estamos en presencia de un delito de comisión, en el que es *inadmisible la omisión*.

Para terminar, la norma bajo examen está configurada en base al comportamiento *doloso* del sujeto activo, siendo suficiente la existencia de un simple dolo directo, y no cabe la culpa.

2. Antijuricidad

Sobre esta modalidad delictiva es posible la existencia de algunas causas que borren la antijuricidad de la conducta típica.

En aquellos casos en que sea un médico el que provoque el aborto de la mujer con su consentimiento, con la finalidad de salvar a la mujer de un peligro verdadero para su vida o integridad personal, habrá de reconocerse la justificación del médico que actúa en estado de necesidad.

En la figura delictiva que nos ocupa, el consentimiento de la mujer embarazada juega un papel trascendente, ya que de no existir el mismo, o por estar viciado éste, la figura delictiva deja de ser la estudiada para aplicarse el artículo 143 del Código Penal que sanciona el aborto provocado sin el consentimiento de la mujer o contra el mismo.

En este caso, el consentimiento válido de la mujer embarazada solo permite la incriminación de la conducta punible en base a un tipo delictivo más benigno, ya que de lo contrario la ausencia del consentimiento tornaría la conducta del sujeto en un comportamiento punible de mayor gravedad ante la ley penal.

3. Formas de Aparición

Este delito se *consuma* cuando se produce el aborto de la mujer embarazada por la actuación del tercero que lo practica con el consentimiento de la mujer, siendo indiferente que se haya producido o no la expulsión del feto del vientre materno.

La *tentativa* como forma imperfecta de ejecución es perfectamente admisible, por tratarse de un delito de resultado material.

Es *autor* de esta infracción únicamente quien provoque el aborto de la mujer embarazada con el consentimiento de ésta. Solo quien lo provoca o causa es responsable del hecho a TÍTULO de autor de la infracción.

Quienes toman parte en la realización del hecho o prestan al autor o autores una ayuda sin la cual el aborto no se hubiera realizado, no pueden ser considerados como autores, en todo caso son cómplices primarios y llevan una pena igual a la prevista para el delito de aborto de que se trate.

Las restantes formas de participación criminal, como la instigación y la complicidad secundaria son admisibles como figuras accesorias al autor de la infracción.

4. Consecuencias jurídicas

La sanción prevista para el delito examinado es de prisión de tres a seis años.

La conducta de la mujer no queda incriminada en este artículo, como bien hemos advertido anteriormente, pues a ella se le aplica el artículo 141 del mismo Código.

IV. ABORTO PROVOCADO SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

A. Introducción

La conducta del tercero que causa el aborto de una mujer sin su consentimiento o en contra del mismo está incriminada en el artículo 143 del Código, en los siguientes términos:

“Quien provoque el aborto de una mujer sin su consentimiento o contra su voluntad, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Si, por consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo sobreviene la muerte de la mujer, la sanción será de prisión de cinco a diez años.

Las sanciones que aquí se establecen se aumentarán en una sexta parte si el culpable de la provocación del aborto es el compañero o conviviente”.

El *bien jurídico protegido* es doble, ya que se tutela tanto la vida e integridad de la mujer como al feto o producto de la concepción.

Se trata, por lo tanto, de un bien jurídico protegido complejo, ya que trata de proteger bienes jurídicos que pertenecen a distintos titulares.

Por tratarse de un delito en donde se provoca el aborto sin el consentimiento de la mujer, o en contra de su voluntad, es evidente que surge en primer plano la protección penal que se le otorga a la mujer embarazada, que puede ver afectada su vida o integridad personal por razón del aborto provocado indebidamente.

También es digno de protección penal la expectativa de vida inherente al feto o producto de la concepción, ya que la conducta del sujeto va dirigida fundamentalmente a la destrucción del embarazo y la consiguiente muerte del feto o producto de la concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno.

B. Análisis de La Figura

1. El tipo de injusto: Tipo Objetivo y Tipo subjetivo

La norma no exige ninguna calidad especial en *el sujeto activo* de la infracción estudiada, por lo que tendremos que concluir que estamos en presencia de un delito con un sujeto activo *común o indiferente*. Únicamente no puede ser sujeto activo del delito la propia mujer embarazada, ya que en tal caso a ella se le aplicara lo dispuesto en el art. 141 antes señalado.

Por lo que respecta al *sujeto pasivo*, el mismo puede ser tanto el feto o producto de la concepción en forma directa, es decir, el nasciturus (SERRANO GÓMEZ 2003, p.74) como la mujer embarazada que puede ser afectada por las maniobras abortivas o el propio aborto en sí.

Ahora bien, algunos (CUGATI MAURI/ÁLVAREZ GARCÍA y otros, 2023, p.155) son de la opinión siguiendo criterios jurisprudenciales, en concreto de España, que en este delito solo la gestante puede ser considerada sujeto pasivo del delito, ya que sólo las personas pueden ser titulares de derechos, por lo que debe negarse al nasciturus ese estatus por no ser titular del derecho a la vida

La *acción* punible gira en torno al verbo “provocar” el aborto de la mujer sin que medie consentimiento de la misma.

Sobre el consentimiento de la mujer, la norma establece que la falta o ausencia del mismo puede manifestarse de doble manera: 1) provocando el aborto sin que la mujer haya expresado su consentimiento o, 2) provocando el aborto a sabiendas que la mujer no lo consiente.

En el primer caso, el legislador presume que no se le solicitó a la mujer su consentimiento, mientras que en el segundo supuesto la norma deja entrever que la mujer negó el consentimiento para que se le practicara el aborto.

A propósito de las formas de acción, la conducta punible debe consistir en una acción positiva, que puede manifestarse a través de diversos medios empleados por el sujeto, tal como hemos manifestado a propósito de las figuras anteriores.

En cuanto al *aspecto subjetivo* en el delito que nos ocupa gira en torno al dolo, ya que el sujeto en el momento de provocar el aborto debe tener conocimiento del estado de embarazo de la mujer y el ánimo y voluntad de interrumpir el proceso biológico del embarazo.

Con respecto a la clase de dolo, la norma no hace referencia a finalidad, alguna por parte del sujeto activo, por lo que habremos de concluir que basta la existencia de dolo directo.

2. Antijuricidad

La Antijuricidad del consentimiento de la mujer en la figura que nos ocupa supone atipicidad, por cuanto que tal consentimiento da origen a una figura delictiva distinta en beneficio del tercero que provoca el aborto (Art.141).

En el caso que nos ocupa, sin embargo, la conducta del tercero que causa el aborto sin el consentimiento de la mujer o en contra de ella, puede verse amparado por una causa de justificación cuando el mismo médico que en el desarrollo de sus deberes médicos destruye el producto de la concepción para salvar a la mujer de un peligro existente en perjuicio de la misma.

Para la impunidad de tal comportamiento del médico será necesario, en todo caso demostrar que el mismo se ha manejado en todo momento dentro del ámbito profesional, como perito en medicina que es (ROMEO CASABONA, 1981, p. 185- 200).

3. Formas de aparición

El momento *consumativo* del delito estudiado se presenta cuando se provoca el aborto mismo. Estamos por tanto, ante un delito de resultado material. La consumación depende de que se produzca el aborto por un tercero en los términos ya mencionados.

No obstante, sino se produce el resultado deseado, estaremos ante una tentativa punible.

Autor de la infracción es el tercero que provoca el aborto de la mujer sin su consentimiento o contra su voluntad.

Son admisibles las formas de *participación criminal*..

4. Penalidad

La pena prevista para el autor de la infracción en el primer párrafo del artículo 143 es de cuatro a ocho años de prisión.

En el segundo párrafo, la pena será de prisión de cinco a diez años, cuando sobreviene la muerte de la mujer, y se aumentará al autor en una sexta parte si el sujeto responsable del aborto es el compañero o conviviente.

5. Carácter del resultado “muerte de la mujer” en esta figura

De acuerdo con el párrafo segundo de este artículo, si a consecuencia del aborto o de los medios utilizados para provocarlo sobreviene la muerte de la mujer la pena ya no será de prisión de cinco a diez años de prisión.

Como podremos observar, estamos en presencia de un delito *cualificado por el resultado* en donde se sanciona la producción del resultado “muerte” de la mujer a consecuencia del aborto o de los medios usados para provocarlo.

Bibliografía

- Bueno Arus, Francisco, *Una nota sobre el aborto en Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1982; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Consideraciones criminológicas-jurídicas del aborto en Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982; GUERRA DE VILLALAZ, Aura, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Universidad de Panamá, Panamá, 1984; HERRERO, David, “Aborto, administración y Seguridad Social”, en *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983; MARTINEZ VAL, José María, “Derecho a la vida y delito de aborto”, en *Revista LEX No. 17*, septiembre- diciembre 1980; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Aborto espontáneo y provocado*, No. 461, Ginebra, 1970, SIMONIN, C., *Medicina Legal*, Trad. G. L. Sánchez M., Edit. Jims, Barcelona, 1974, USANDIZAGA, José Antonio, “Aborto provocado: opinión de un ginecólogo” en *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983.

CAPÍTULO III

POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO EN PANAMÁ

I. INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL Y PROBLEMÁTICA DEL ABORTO

Con este título HURTADO POZO (p. 46) estudia una serie de temas muy polémicos en torno al delito de aborto, figura delictiva en cuya regulación histórica han incidido consideraciones de toda índole (jurídicas, religiosas, sociales, políticas, económicas, médicas, etc.).

El citado autor en la legislación peruana se pregunta si ¿un alto índice de la cifra negra indica necesariamente la necesidad de acentuar la represión? Una respuesta a esta importantísima interrogante no puede ser proporcionada frente al medio panameño.

Las cifras negras de la criminalidad que disponemos, si es que las mismas existen en Panamá, no dan margen para ninguna respuesta. En los países en los que esta cuestión se ha estudiado con seriedad y rigor científico, se propugna por una desincriminación del aborto en algunos casos, ya que de todos modos siempre deberá existir este delito, al menos cuando se provoca sin o contra el consentimiento de la mujer.

Por otra parte, la polémica ha llegado incluso a discutir acerca de los anticonceptivos, cuyo uso en algunas legislaciones queda incriminado como delito. Este es el caso de la anterior legislación española que, no sólo castigaba el uso de los anticonceptivos, sino también el indicar dónde podían ser adquiridos.

II. TENDENCIAS DESINCRIMINADORAS

A. Aborto libre vs. “indicaciones” o “plazo”

Alguno de nosotros hemos estudiado el tema, en el que claramente se observan diversas posiciones en torno a la desincriminación del delito de aborto (ARANGO DURLING, 1984).

En ciertos países, la provocación del aborto se permitió o permite con suma amplitud. Otros, por el contrario, lo permitieron o permiten dentro de ciertas condiciones.

Este último supuesto alude al sistema de las indicaciones o al establecimiento de un plazo máximo para practicar el aborto impunemente.

De acuerdo con el llamado *sistema de las indicaciones* (LANDROVE, p. 56), se permite la práctica del aborto bajo determinadas circunstancias. Entre otras, consideraciones *terapéuticas, eugenésicas, éticas y sociales, también llamada económico-social*, en la que “el conflicto es más intenso y los intereses de la mujer prevalecen, admitiéndose que los resuelva poniendo término a la gestación (SILVA SÁNCHEZ, 2011,p.59)

La solución del *plazo* pone de relieve la impunidad del aborto realizado, generalmente, antes de las 12 semanas.

B. El sistema de las indicaciones

1. Indicación terapéutica

Es aquella en que se produce la interrupción del embarazo para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la mujer.

De acuerdo con esta indicación, el aborto puede provocarse en cualquier estado del embarazo, cuando lo practique un médico con el consentimiento de la mujer embarazada, de su tutor, curador o su cónyuge, con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la embarazada, siempre y cuando que este peligro no pueda ser evitado por otros medios (BERISTAIN, 1981, p. 88) o “en los casos de conflicto entre la vida de la madre y de la criatura” (TRILLO - FIGUEROA, 1983, p. 107; LANDROVE, 1986, p. 56).

La interrupción del embarazo en base a esta indicación tiene su fundamento en que estamos ante un conflicto de intereses, en donde prevalece el derecho a la vida o a la salud de la gestante (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.61), que plantea un estado de necesidad.

En estos casos, previo informe médico, sea individual o de una Comisión, se autoriza la interrupción del embarazo, al cual, desde todo punto de vista, no se considera contrario a la ley.

2. Indicación eugenésica

La interrupción del embarazo en este caso se debe, fundamentalmente, a la finalidad de evitar que el hijo por nacer nazca deforme o con serias anomalías físicas o psíquicas que pueden tener origen en muy diversas causas.

En la actualidad, esta indicación es objeto de tremenda controversia, ya que los adversarios de la misma ponen de manifiesto la imposibilidad de predecir con cierta exactitud la existencia real del peligro contra la vida o la salud de la madre o la existencia de graves taras que afectarán el normal desarrollo del embarazo o la vida futura de la criatura.

En este contexto MUÑOZ CONDE (2023, p.93), manifiesta “que no pueden fundarse en las dificultades sociales que este tipo de seres que han tenido “graves anomalías en el feto”, sino en la propia situación excepcional en que se encuentra una embarazada que sabe que puede tener un hijo, antes deseado, en esas condiciones, lo que excede, de lo que es normalmente exigible”.

Acertadamente MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER (1980, p. 221) han puesto de manifiesto que esta indicación cobra mayor vigencia bajo la existencia de regímenes totalitarios, en los que se otorga “importancia fundamental a la política racial”.

Actualmente los avances de la ciencia médica ponen de manifiesto que determinadas enfermedades en la mujer embarazada, en los primeros meses del embarazo fundamentalmente, constituyen un pe-

ligro real y verdadero para el producto de la concepción, que luego puede nacer con graves taras o malformaciones.

A pesar de que prestigiosos autores, entre ellos nuestro maestro el Profesor RODRÍGUEZ DEVESA (El proyecto, p.210), se manifiestan decididamente en contra de esta indicación, con argumentos muy sólidos al momento de estudiar la conveniencia o no de la indicación bajo estudio, no podemos pasar por alto los importantes avances médicos que cada día abren nuevos horizontes en esta materia.

A este respecto, LANDROVE DÍAZ (1986, p. 79) ha expuesto con maestra objetividad la esencia de la indicación, en la que deben desaparecer viejos prejuicios ligados a dramáticos momentos de la historia de la humanidad, ya que ahora lo que se busca es, “simplemente, de impedir el nacimiento de infelices seres tarados con una enorme carga degenerativa”.

En consecuencia, debemos concluir que, a este respecto, la opinión del especialista es indispensable para precisar si existen las graves causas que justifiquen la destrucción de la gestación por causas eugenésicas (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 88).

3. Indicación ética

Esta indicación, también denominada *sentimental, humanitaria, jurídica* (LANDROVE, p. 192, p. 80) o *ético-social* (BUSTOS/ GRISOLIA Y POLITOFF, p. 238) permite la realización del aborto, cuando el embarazo proviene de la comisión de un delito en contra de la mujer.

En estos casos, se trata principalmente de la comisión de hechos delictivos de cierta gravedad, como por ejemplo, el delito de violación, en los que no parece justo exigir a la víctima que soporte un embarazo no deseado, y al que se ve obligada contra su voluntad.

Los peligros que entraña la indicación bajo estudio, son evidentes. Bajo ella, podrían producirse abortos impunes cuando la mujer argumenta la comisión de un hecho delictivo de gravedad que no se haya producido en la realidad.

Ello ha motivado que, en algunas legislaciones que la permite, se restrinja su aplicación, de forma tal que previamente se hayan comprobado algunos extremos de suma importancia para permitir el aborto.

Llevan razón, por tanto MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER (1980, p. 222) cuando señalan que “Se conceptúa que la tesis de licitud del aborto por razones éticas se fundamenta más que en la falta de consentimiento para el embarazo, en el hecho de que no ha mediado consentimiento de la mujer para el acto sexual en sí”.

Finalmente, es oportuno destacar la opinión de los autores VIVES ANTON, BOIX REIG y otros (1987, p. 571) que coinciden con el Tribunal Constitucional Español al destacar que estamos ante una situación de “inexigibilidad” en la que la ley no puede obligar a la mujer a continuar su embarazo, ya que debe ceder ante una consideración superior que es el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad y a la dignidad de la persona humana.

4. Indicación económico-social

A diferencia de las anteriores indicaciones, en donde la interrupción del embarazo se pretende, con mayor o menor acierto, justificar a partir de preeminencia de un determinado bien jurídico, en el caso que nos ocupa no ocurre así.

Esta indicación se fundamenta en que el aborto practicado basándose en esta causa pretende evitar el empeoramiento de la situación económica y social de la mujer y, en ocasiones, de la familia en donde tendría que desarrollarse eventualmente la criatura.

“Nace esta indicación –advierte LANDROVE DÍAZ– (1987, p. 88) para amparar los abortos voluntarios en aquellos supuestos en que la precaria situación económica familiar se vea agravada con la llegada de nuevos hijos no deseados. La desincriminación de tales supuestos -se afirma- si pondría un alivio para la economía familiar, no recargando un presupuesto exhausto y permitiendo una mejor atención de los hi-

jos ya habidos, y, al mismo tiempo, para toda la sociedad, al liberarla de una atención económica y educativa de ampliar repercusiones”.

Decidido adversario de esta indicación es el profesor RODRÍGUEZ DEVESA (1994, p. 210), pues si –en su opinión– aceptamos la validez de los argumentos que se esgrimen en favor de la misma, tendría que reconocerse también que no se podría a la madre “reprochar que por haber venido a peor fortuna de muerte a alguno de sus hijos para ajustar los ingresos a los gastos”.

C. La Solución “Del Plazo”

De acuerdo con el “sistema del plazo” el aborto es impune si es practicado, con el consentimiento de la mujer durante las primeras semanas del embarazo, y como consecuencia de tal indeterminación hubo discrepancias de criterios, como GIMBERTAT (1980, p. 18) y ARROYO ZAPATERO (1981, p. 19), que lo fijaron en las primeras “doce” semanas del embarazo; otros en hasta las primeras 20 o 24 semanas, de conformidad con sus legislaciones (TRILLO FIGUEROA MUÑOZ CONDE 1996, p.20) .

Para otros, el criterio aceptable según ARROYO ZAPATERO (1981, p. 85) es en “los primeros tres meses ya que la mujer resuelve libremente, y en su intimidad, el conflicto en que se encuentra”.

GIMBERTAT (1980, p. 431), por su parte, advierte de las ventajas de esta solución son evidentes frente al sistema de las indicaciones, toda vez que con el sistema de los plazos se obtienen dos ventajas: a) “La interrupción del embarazo queda autorizada para *todas* las mujeres” y b) “se evitan los abortos clandestinos con sus consiguientes riesgos para la vida y para la integridad física de la embarazadas”.

En sentido contrario, indica RODRÍGUEZ MOURULLO (1982, p. 71), que “de hecho origina una desprotección de la vida del “nasciturus” durante los tres primeros meses del embarazo, ya que en definitiva, deja a la libre decisión de la embarazada la interrupción del embarazo, sin necesidad de que tenga que alegar motivo o fundamento alguno para ello”.

Ahora bien, la solución del plazo que permite la destrucción del embrión en cualquier momento antes de los tres primeros meses del embarazo, ya ha sido determinada legislativamente en la actualidad en la gran mayoría de los países, y podría ser considerado como *un aborto libre*, pues puede practicarse el aborto sin restricciones durante ese periodo, tras haber sido informada de ese derecho (SILVA SÁNCHEZ, 2011, pl.59).

III. PLANIFICACIÓN FAMILIAR, CONTROL DE LA NATALIDAD Y ABORTO

Un verdadero estudio sobre cuestiones político-criminales en el delito de aborto no puede prescindir de temas como el de la planificación familiar y el control de la natalidad.

Y es que no podemos perder de vista que, en gran parte, el problema del aborto perdería cierta relevancia cuando en la legislación vigente se arbitran medidas de planificación familiar, de forma tal que el Estado oriente las necesidades y deseos de la pareja en su *justa dimensión*.

No podemos pasar por alto que una adecuada planificación familiar ayuda en gran medida para evitar situaciones desagradables, que lindan con lo punible, como ocurre con el aborto.

Por otra parte, la planificación familiar debe estar también dirigida a enseñar a la pareja las nuevas técnicas de control de natalidad, a través de una completa y adecuada educación sexual que no puede improvisarse ni enseñarse a medias.

La existencia de modernos métodos de control de la natalidad, que deben ser suministrados en forma gratuita por el propio Estado, juega un papel fundamental a propósito del aborto, que sin lugar a dudas constituye uno de los tantos medios de control existentes, pero sin duda el más inhumano y cruel.

Hoy día, cuando tanto se dice y afirma del aborto, la mayoría de las veces sin fundamento real, la planificación familiar y el control

de la natalidad, a partir de bases reales y con criterio científico, son necesidades imprescindibles a la que todos tienen derecho.

No reconocer esta realidad es proporcionar el aborto ilegal, con todas sus consecuencias negativas para las clases más necesitadas que se exponen a la pérdida de derechos de considerable magnitud (vida, integridad, salud) personal y libertad, entre otros).

IV. POLÍTICA CRIMINAL DEL ABORTO EN PANAMÁ. LAS EXIMENTES DEL ABORTO EN PANAMÁ

A. El Sistema Legal

El Código Penal del 2007, siguiendo la legislación anterior y de conformidad con los lineamientos de la doctrina penal moderna, prevé en el Art. 144 las eximentes de responsabilidad penal en el delito de aborto, en los siguientes términos:

“No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores:

1. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer para provocar la destrucción del producto de la concepción, ocurrida como consecuencia de violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial.
2. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer, por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción.

En el caso del numeral 1 es necesario que el delito sea de consentimiento de las autoridad competente y que el aborto se practique dentro de los dos primeros meses del embarazo, y en el caso del numeral 2, corresponderá a una comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud determinar las causas graves de salud y autorizar el aborto.

En ambos casos el aborto debe ser practicado por un médico en un centro de salud del Estado”.

El médico o profesional de la salud que sea asignado por la comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Sa-

lud o por sus superiores para la realización del aborto tiene el derecho de alegar objeción de conciencia por razones morales, religiosas o de cualquier índole, para abstenerse a la realización del aborto”.

Se trata, sin duda, de una norma de suma trascendencia, pues previo al Código Penal de 1982 el aborto era sancionado con penas relativamente severas, y solo a través de la fórmula del *estado de necesidad* se podía provocar el aborto sin consecuencias penales para los que en el mismo intervenían.

La norma transcrita pone de manifiesto la existencia de tres eximentes de responsabilidad penal en el delito de aborto, si bien la regulación de las mismas *prima facie* pareciera indicar que solamente se trata de dos eximentes únicamente.

En efecto, en el artículo antes mencionado se consagran como eximentes de responsabilidad penal del aborto en nuestra legislación, las siguientes causas:

- a) por razón de la comisión del delito de violación
- b) por razón de graves causas de salud pongan en peligro la vida de la madre;
- c) por razón de graves causas de salud pongan en peligro la vida del producto de la concepción;

B. Análisis de las eximentes del aborto en Panamá

1. Aborto por razón de la comisión del delito de violación carnal

a. Noción

Nuestro Código Penal permite la interrupción de la concepción cuando el embarazo se produce por razón de la comisión del delito de violación carnal en contra de la mujer.

Se trata, en definitiva, de un aborto impune por razones *éticas*, también conocido a través de la denominación *ético-social*.

El fundamento de la eximente radica en el hecho de no imponerle a la mujer la obligación de soportar el embarazo producto de la relación sexual a la que se vio obligada mediante la comisión del delito de violación carnal. Así, con atinada razón, se argumenta que “la tesis de la licitud del aborto por razones éticas se fundamenta, más que en la falta de consentimiento para el embarazo, en el hecho de que no ha mediado consentimiento de la mujer para el acto sexual en sí” (MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER, 1980, p. 222).

b. Requisitos

De la regulación contenida en el artículo 144 del Código Penal se desprende que los requisitos necesarios para que la interrupción del embarazo por razones éticas sea impune, son los siguientes:

- a) Consentimiento de la mujer; b) Existencia del embarazo a raíz de una violación en una instrucción sumarial; ch) Intervención de un médico; d) Utilización de un Centro de Salud del Estado; y, e) Provocar el aborto dentro de los dos primeros meses del embarazo.

Como quiera que algunos de estos requisitos hayan sido analizados al estudiar las anteriores eximentes, nos limitaremos únicamente al estudio de aquellos requisitos propios de esta eximente.

a. Existencia de un embarazo a raíz de una violación.

La finalidad del aborto ético es la de producir la destrucción del producto de la concepción cuando la misma ha sido producto de una violación carnal.

En nuestra legislación penal sólo el delito de violación carnal tiene relevancia para esta eximente. En otros textos legales, incluso el *estupro* y el *incesto*.

Las pocas estadísticas con que contamos nada señalan a este respecto. Los medios de comunicación, en algunas ocasiones, dan la noticia de la muerte de alguna mujer embarazada por razón de una violación carnal y que desafortunadamente recurrió a un particular, que en forma clandestina realizaba abortos.

b. Acreditar la violación en una instrucción sumarial

Para la existencia de la eximente, el Código exige que la violación carnal esté acreditada en una *instrucción* sumarial y que el hecho sea de conocimiento de la autoridad competente.

La intención del legislador, en nuestra opinión, ha sido la de exigir un mínimo de veracidad en cuanto a la constatación de la violación carnal, ya que exigir que la misma conste en una instrucción sumarial hará desistir a quienes falsamente quieran hacer uso de esta causal de interrupción del embarazo, pues a la mujer denunciante se le deberá tomar juramento ante el funcionario de instrucción (juez de instrucción, que en Panamá es un Fiscal) antes de hacer denuncia respectiva y leérselo la norma que incrimina la simulación de infracciones (Art. 351) en el Código Penal vigente.

De la misma forma, exigir que la violación conste en una instrucción sumarial supone que la mujer deberá ser examinada por el Médico Forense, quien en numerosos casos podrá constatar la ausencia de tal hecho con un simple examen médico examen de la mujer.

Cuando el Código exige que el delito sea de conocimiento de la autoridad competente, se plantea una de estas dos soluciones: a) que las sumarias estén siendo llevadas a cabo por el funcionario de instrucción competente o; b) las sumarias estén en poder del juez de la causa para su conocimiento.

Nosotros estimamos que pretender exigir que el delito sea conocimiento del tribunal de la causa antes de autorizar el aborto es sumamente reducido (al igual que ocurría con la legislación derogada) y que debe extenderse, al menos hasta los tres primeros meses del embarazo.

Varias razones nos llevan a estas recomendaciones. Fundamentalmente por las razones siguientes:

1. Porque la mujer embarazada puede desconocer su situación para cuando el embarazo tenga los dos meses;

2. Porque la mujer luego de saber con certeza que está embarazada, debe disponer de un tiempo o plazo para decidir si continúa con el embarazo o procede a su interrupción.

2. Aborto por razón de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre

a. Noción

De acuerdo con el artículo antes transcrito, en el caso que nos ocupa, la interrupción del embarazo por razón de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre es impune, si se realiza con el consentimiento de la mujer y se observan requisitos enumerados en el citado artículo.

En este caso, estamos en presencia de un aborto *terapéutico*, como bien ha puesto de manifiesto la doctrina patria (GUERRA DE VILLALAZ, 2002, p. 66).

El fundamento para eximir de pena a los que intervienen en la interrupción del embarazo no es otro que el reconocimiento legislativo del estado de necesidad, cuando para salvar la vida de la madre es necesario sacrificar al producto de la concepción.

Se trata de un claro ejemplo de “jerarquía de valores”, en donde el bien jurídico de menor valor debe ceder ante el bien jurídico de mayor valor. No en vano el homicidio es sancionado con una pena mucho mayor que el delito de aborto.

b. Requisitos

Del texto del mismo Art. 144 del Código Penal se desprende que los requisitos necesarios de la eximente en estudio, son los siguientes: a) Consentimiento de la mujer; b) Existencia de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la mujer; c) Autorización de una Comisión Multidisciplinaria; ch) Intervención de un médico; y, d) Utilización de un Centro de Salud del Estado.

b.1. El consentimiento de la mujer

El aborto provocado por graves causas, de salud que pongan en peligro la vida de la mujer, para su impunidad, requiere el consentimiento de la propia embarazada.

Es únicamente la mujer, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, la que tiene que tomar la decisión de interrumpir el embarazo, con la consiguiente muerte del embrión o feto, o arriesgar su vida para que el mismo nazca vivo, prescindiendo o despreciando la voluntad del padre del *nasciturus* (BUENO ARUS, 1977, p. 109).

A propósito del mismo consentimiento, es necesario que éste haya sido expresado con absoluta libertad, libre de coacción o violencia en contra de la propia mujer.

No en vano, se señala que “nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento curativo o una intervención quirúrgica contra su libre voluntad” (BUENOS ARUS, 1977, p. 952).

El Código nada señala a propósito de la interrupción del embarazo de una menor de edad o de una mujer que carece de discernimiento para otorgar su consentimiento. Estimamos, en esos casos, que deberemos recurrir al Derecho Civil a fin de solucionar estas situaciones.

Por lo que respecta a la resolución no.1 de 21 de abril de 1989, que regula el funcionamiento de la Comisión Multidisciplinaria del aborto, se establece que el consentimiento de la mujer debe constar por escrito (art.3º).

b.2 Existencia de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la mujer

La esencia de todo aborto por razones terapéuticas gira en torno a este requisito, el Código Penal, sin embargo, no precisa la noción de tales causas.

Será necesario, en consecuencia, recurrir a criterios meta jurídicos para saber qué debemos entender por tales causas graves de salud que pongan en peligro la vida de la mujer.

En general se entiende desde el punto de vista médico, que para que sea viable el aborto por causas terapéuticas, es necesario que se den las siguientes condiciones: 1. que la madre esté en peligro extremo, real y actual de perder la vida y no solamente su salud; 2. el peligro debe estar bajo la dependencia cierta de gestante, que ha creado o agravado el estado patológico; 3. que la interrupción de la gestación hará cesar seguramente el peligro; y, 4. que todos los medios curativos han fallado o no pueden ser ensayados para salvar la vida de la madre (SIMONIN, 1974, VALENZUELA, 2003).

Por lo que respecta al primero de ellos, es necesario destacar que el peligro que amenaza la vida de la madre debe ser de tal naturaleza, que el mismo no sea simplemente una “probabilidad”. Respecto del segundo, que el peligro se deba exclusivamente a causas que sólo emanen de la mujer, sea que las mismas hayan o no podido ser evitadas por la mujer. Sobre el tercero, que haya la certeza de que la interrupción del embarazo facilitará la curación de la mujer, sea que desaparezcan las graves causas que ponen en peligro su vida o que las mismas disminuyan.

Finalmente, que el aborto sea llevado a cabo cuando no quede otro remedio que pueda ser utilizado por los médicos.

Esta última consideración, no obstante, debe ser entendida en su justa dimensión. No propugnamos la práctica del aborto en estas condiciones cuando se trate de las más mínimas condiciones sanitarias, pues en tales casos podrá trasladarse a la mujer para su tratamiento y curación a centros hospitalarios con mayores recursos humanos y técnicos, pues las causas que motivan esta interrupción de la gestación no aparecen, generalmente, de pronto ni requieren ser tratadas al instante.

Para terminar, podemos señalar, algunos supuestos en la que es recomendable un aborto terapéutico, Embarazo ectópico, madre con septicemia (infección generalizada), con preeclampsia grave, embarazos complicados con cáncer, anemias congénitas, (anemia aplástica)[<http://medicina.uach.cl/noticia.php?id=1375><http://www>

fundaciondesafio-ec.org/pdf/desafiando/7_Desafiando_abortoterapeutico.pdf].

b.3. Autorización por una Comisión Multidisciplinaria

Nuestra legislación penal vigente sólo exime de pena el delito de aborto, en el caso que nos ocupa, cuando el mismo es autorizado por una Comisión Multidisciplinaria que previamente debe designar el Ministerio de Salud.

Además del consentimiento de la mujer y la existencia de graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la mujer, es preciso que la interrupción del embarazo sea autorizada por esta comisión Multidisciplinaria.

Ahora bien, la Comisión Multidisciplinaria, no fue creada de manera simultánea con la aprobación del Código Penal de 1982, pues no es hasta el 2 de agosto de 1988, que mediante resolución 01007 del 2 de agosto, del Ministerio de Salud, se determina como está integrada y posteriormente en el 21 de abril de 1989, por resolución no.1, se regula su funcionamiento.

En ese sentido, la comisión Multidisciplinaria, está integrada de manera general por profesionales de las ciencias médicas, como son entre otros, lo siguientes, el Jefe del Programa maternal del Departamento Materno Infantil del Ministerio de salud, quien lo preside, por el Jefe del departamento de obstetricia y Ginecología del Hospital Santo Tomas, el jefe del servicio de obstetricia y Ginecología del Hospital Santo Tomas, el jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Complejo Hospitalario Metropolitano de la Caja de Seguro Social, el Jefe de Servicio de Urgencia y administración del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Santo Tomas, y un abogado del Departamento de Asesoría legal del Ministerio de Salud.

b.4. Intervención de un médico

Además de los requisitos antes mencionados, el aborto practicado bajo causas terapéuticas o médicas debe ser realizado por un médico (ginecólogo u obstetra especialmente).

Es obvio que la naturaleza de la intervención del médico es la única que puede dar la seguridad de que efectivamente se protegerá la vida de la mujer, pues de lo contrario se estaría permitiendo que cualquier persona lícitamente provocara el aborto. La norma pretende evitar la práctica de abortos terapéuticos por personas no cualificadas profesionalmente, que de ordinario, no siempre, son las que producen abortos al margen de la ley.

Antes de terminar, en nuestra legislación el médico o profesional de la salud que sea asignado por la comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud o por sus superiores para la realización del aborto tiene el derecho de alegar objeción de conciencia por razones morales, religiosas o de cualquier índole, para abstenerse a la realización del aborto”.

b.5. Utilización de un Centro de Salud del Estado

Si se dan todos los requisitos antes señalados, el aborto bajo condiciones médicas o terapéuticas, para ser impune, debe ser practicado en un Centro de Salud del Estado.

Se pretende así evitar la práctica de abortos terapéuticos en clínicas privadas, de forma tal que se comercialice en beneficio de unos cuantos médicos y en detrimento de numerosas mujeres humildes que carecen de recursos económicos para pagar por esta intervención.

Por otra parte, no cabe la menor duda de que los Centros de Salud del Estado en los que se autorice la práctica del aborto por razones terapéuticas, cuentan con los modernos aparatos y el personal médico adecuado que son una garantía para la mujer, que no quedará librada a su suerte de algunas en pequeñas clínicas u hospitales privados en donde todo instrumento médico, incluso los profesionales capacitados, faltan.

3. Aborto por razón de graves causas de salud que pongan en peligro la vida del Producto de la concepción

a. *Noción*

De acuerdo con la parte final del número 2 del Art. 144 se permite el aborto si existen graves causas de salud que pongan en peligro la vida del producto de la concepción.

En este caso, el aborto realizado dentro de los parámetros establecidos por el Código Penal es impune.

Se trata, por tanto, de un aborto realizado cuando la vida del embrión o feto se encuentra en peligro y existen serias probabilidades de que nazca con alguna grave alteración (*aborto eugenésico*).

Los autores señalan que el fundamento de este tipo de aborto se encuentra en que es innegable que ciertas enfermedades, muy pocas afortunadamente, son capaces de afectar gravemente al embrión o feto, de forma tal que produzcan en el mismo una serie de daños o alteraciones que afecten gravemente su desarrollo intrauterino y, evidentemente, su vida futura.

A diferencia del aborto por razones terapéuticas, en donde se pretende salvar la vida de la mujer, en el caso que nos ocupa la vida de ésta, generalmente está fuera de peligro, pero es el producto de la concepción el que se halla en grave peligro.

b. *Requisitos*

Del texto del citado Art. 144, se deducen cuáles son los requisitos necesarios que el legislador exige como condición necesaria para la impunidad del aborto bajo esta indicación eugenésica.

En definitiva, son prácticamente las mismas que las consagradas para el aborto terapéutico, pero sólo con la diferencia de que el peligro no es para la vida de la mujer sino para la vida del producto de la concepción.

Tales requisitos, por lo tanto, son: a) Consentimiento de la mujer; b) Existencia de graves causas de salud que pongan en peligro la

vida del producto de la concepción; c) Autorización de una Comisión Multidisciplinaria; ch) Intervención de un médico, y; d) utilización de un Centro de Salud del Estado.

La identidad de requisitos entre el aborto terapéutico y el aborto eugenésico nos releva de tener que repetir nuevamente aquellas consideraciones exclusivamente de la diferencia fundamental existente entre ambos: las causas graves de salud que pongan en peligro la vida del producto de la concepción.

¿Qué debemos entender por graves causas de salud que pongan en peligro la vida del producto de la concepción? A este respecto, desafortunadamente, nada señala nuestro ordenamiento jurídico tampoco encontramos una solución a tal interrogante.

Ellos nos obligan, por tanto, a tener que recurrir a criterios médicos para establecer con precisión, si ello es posible, qué debemos entender por tales causas graves de salud.

Al tratar del aborto eugenésico, los médicos se ocupan de destacar en qué casos es posible que el producto de la concepción sea afectado por alguna enfermedad, que luego del nacimiento entorpezca el desarrollo de la vida de la criatura.

Pocos son los autores que se ocupan por indagar qué causas pueden provocar graves peligros para la vida del producto de la concepción.

Es importante destacar, sin embargo, que la regulación de esta eximente resulta sumamente reducida, ya que sólo en muy contados casos la medicina podrá establecer en qué casos estamos realmente frente a un peligro para la vida del producto de la concepción, no cubriendo la eximente el aborto producido por razón de graves taras físicas o psíquicas pues ellas generalmente no suponen un peligro para la vida de la criatura, que ciertamente tendrá un desarrollo funcional muy limitado.

La OMS (p.33) ha puesto de manifiesto que en los últimos años “se han logrado identificar al menos algunas anomalías fetales (vgr. El síndrome de Down por amniocentesis y cultivo celular, anecefalia

por ultrasonidos) en una fase del embarazo suficientemente precoz para poder provocar el aborto antes de que el feto sea viable”, pero en algunos de estos casos, la mera probabilidad de estas situaciones ha dado margen para que se practiquen numerosos abortos en embriones o fetos sanos, como también ha señalado la propia Organización Mundial de la Salud.

A este respecto el Prof. USANDIZAGA (p. 61) ha señalado recientemente lo muy limitado de los avances médicos aplicados intrauterinamente, aunque en su opinión “queda esperar un pequeño progreso en este sentido”. No obstante lo anterior, el citado autor pone de relieve los avances en materia de patología fetal, que “pueden permitir interrumpir el embarazo antes de su término, en épocas en que el feto puede ser tratado con eficacia fuera del útero; otras veces, porque permitirán prever una serie de medidas racionales para después del nacimiento, que tal vez puedan ser salvadoras para el feto”, ya que en su opinión en los casos “muy lamentables, en que se puede diagnosticar antes de alcanzada la viabilidad fetal una malformación o una enfermedad de imposible tratamiento, se suele establecer como solución el aborto”, *una auténtica eutanasia intrauterina*.

C. Naturaleza Jurídica de la eximente

Luego del estudio de las diversas eximentes de responsabilidad del aborto en nuestra legislación, nos interesa indagar acerca de la naturaleza jurídica de la misma eximente consagrada en el Art. 144 del Código Penal.

Alguien podría argüir, y con razón por supuesto, que esta indagación debimos haberla efectuado antes del estudio de las diversas eximentes en particular.

A propósito hemos preferido hacer tal indagación luego de tal estudio, pues consideramos difícil poder precisar la naturaleza jurídica de lo que no conocemos, referidas eximentes, contamos con los elementos de juicio necesario para enfrentar tal interrogante.

De la lectura del mismo Art. 144 pareciera desprenderse que estamos en presencia de un hecho punible (el aborto), que será impune

si se produce dentro de ciertas condiciones. De ser cierta esta interpretación, nos hallaríamos en presencia de un delito (acción, típica, antijurídica y culpable) no sometido a pena por razón de ciertas consideraciones especiales. Por tanto, ante esta situación, estaríamos en presencia de una *excusa absolutoria*, pues el Estado ha preferido no sancionar el aborto causado dentro de tales consideraciones.

Esta solución, sin embargo, tropieza con el problema de la responsabilidad civil que emanaría de tales hechos, los que a pesar de no ser punibles, constituirían hechos punibles sujetos a tal responsabilidad.

Otra interpretación, que nosotros preferimos es la de considerar por separado cada una de las eximentes y resolver la interrogante frente a cada una de ellas en particular.

Así, por ejemplo, por lo que respecta al aborto terapéutico, no cabe duda que estamos en presencia de una causa de justificación, pues el médico que salva la vida de la mujer actúa en el cumplimiento de un deber legal, pero la mujer actúa por razón de *estado de necesidad*.

Con toda razón indica, LAURENZO COPELLO (1992, p. 248), que solo en esta indicación se cumplen todos los requisitos del estado de necesidad justificante, pues dentro de la ponderación de los bienes jurídicos implicados, se aprecia una superioridad de interés de protección de la vida de la madre sobre el feto o el embrión.

En los otros casos de aborto, la intervención del médico se halla amparada en la misma justificante antes señalada, pero la eximente de responsabilidad penal se fundamenta en consideraciones diversas.

En efecto, cuando se trata del aborto eugenésico estimamos que la mujer se encuentra amparada en una causa de inculpabilidad, pues no se le puede exigir que soporte un embarazo a sabiendas que existe un alto riesgo de dar a luz una criatura que en el desarrollo de sus actividades se encuentre seriamente limitada por razón de enfermedades que la afectaron durante el embarazo.

Estamos, en consecuencia, nuevamente ante un “supuesto de no exigibilidad que da lugar a la prevalencia de la dignidad de la persona

humana en el mismo sentido señalado en la indicación anterior. Debe tenerse presente en cuenta que la maternidad situaría a la embarazada en el deber de tutela, educación y sostenimiento de un individuo que los va requerir de manera muy específica, afectando de forma capital a la vida de la madre que se sería brusca y traumáticamente alterada. En tales, ocasiones, parece lógico otorgar especial preferencia al consentimiento de la misma, la características pues, de esta indicación no es la de disminuir el valor de la vida en formación, sino la de incrementar el de libertad de la embarazada.

A propósito del aborto por razones éticas, pensamos que la mujer también se halla amparada por la misma causa de inculpabilidad citada, ya que a la mujer no se le puede exigir que soporte un embarazo cuando el mismo fue producto de una relación sexual no querida ni consentida.

Finalmente, algunos autores (cfr. LAURENZO COPELLO, 1992, ps. 248) consideran que en los supuestos de indicación eugenésica y ética estamos ante supuestos de estado de necesidad en los que se da una colisión de bienes de valor equivalente, aunque esto impide su consideración como auténticas causas de justificación.

D. Consideraciones finales

Luego de la exposición realizada, conviene considerar dos cuestiones íntimamente relacionadas con las eximentes del delito de aborto: a) el problema de la objeción de conciencia y; b) las consecuencias que emanan de esta regulación.

Respecto de la primera, es preciso señalar que el Código Penal de 1982, lamentablemente no se refirió al respecto, sin embargo, la legislación vigente de manera positiva establece este derecho del médico, ya que es perfectamente posible que algún médico requerido por su paciente se oponga, por razones de conciencia, a la práctica del aborto.

En todos los países en donde el aborto está permitido, se permite a los médicos que no deseen intervenir en los abortos permitidos que

así lo manifiesten con anticipación y esta situación no implica para ellos consecuencia jurídica alguna.

Por otra parte, respecto de las consecuencias que emanan de esta regulación es preciso destacar algunas de índole social, de índole médica y psicológica.

A propósito de las consecuencias sociales, es preciso destacar que si bien el procedimiento para la práctica del aborto legal permite la interrupción del embarazo sin consecuencias penales, si se practica dentro del marco legal antes estudiado, ello no indica que necesariamente habrán de desaparecer los abortos clandestinos o ilegales.

Desde otro punto de vista, la decisión que tome la mujer (abortar o no) puede traer daños para ella y, a veces, para las personas que la rodean (en particular, sus familiares y el padre del producto de la concepción), quienes en algunas de las veces no podrán perdonar esa decisión.

En este sentido, podrán presentarse desavenencias o conflictos familiares en los supuestos en que la mujer desee el aborto y el padre, u otro familiar, quiera que el embarazo llegue a feliz término.

En lo que respecta a las consecuencias de orden médico, no cabe duda que el aborto realizado por profesionales de la medicina en un centro de salud del Estado reduce los riesgos que afronta la mujer ante la interrupción del embarazo, ya que es indudable que las maniobras abortivas realizadas por personas no idóneas (salvo las realizadas por médicos que se dedican a esta actividad clandestinamente) producen generalmente altas tasas de mortalidad, ya sea por las condiciones antihigiénicas o por la práctica del aborto en una fase avanzada del embarazo, sin dejar de mencionar las frecuentes complicaciones que se producen como consecuencia del aborto (infecciones, shock, etc.).

Sobre este particular, también conviene destacar que todo aborto, sea legal o no, puede dejar complicaciones o secuelas en la mujer, según que el mismo se practique en una etapa inicial o avanzada del embarazo y que las mismas pueden ser de diversa índole (de naturaleza física o psíquica).

Finalmente, no debemos pasar por alto algunas consecuencias de índole psicológica sobre la mujer, que luego de la interrupción del embarazo puede quedar afectada por tener que haber consentido la destrucción del producto de la concepción, que en definitiva no es más ni menos que la muerte de su propio hijo en la etapa más delicada de la vida de éste.

Bibliografía

ARANGO DURLING, Virginia, *Las exigentes de responsabilidad penal en el delito de aborto*, Anuario de Derecho No.14, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1985 y “La Comisión Multidisciplinaria nacional del aborto terapéutico y el Código Penal” en *Boletín de Informaciones Jurídicas* No.30, Universidad de Panamá, 1989; BUENO ARUS, Francisco, “Una nota sobre el aborto” en *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981; GARCIA RAMIREZ, Sergio, “Consideraciones criminológico-jurídicas del aborto” en *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982; GUERRA DE VILLALAZ Aura, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Universidad de Panamá, 1984; HERRERO, David, “Aborto, Administración y Seguridad Social” en, *En Defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983; MARTINEZ VAL, José Ma. , “Derecho a la vida y delito de aborto” en *Revista LEX*, No. 17, septiembre - diciembre, 1980; ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, Aborto espontáneo y provocado, (No. 461) Ginebra, 1970; SIMONIN, C., *Medicina Legal*, Arad. G. L. Sánchez M., Edit. Jims, Barcelona, 1974; USANDIZAGA, José Antonio, “Aborto provocado: Opinión de un ginecólogo” en *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983, VALENZUELA, Carlos, Ética científica del aborto terapéutico, Rev. méd. Chile v.131 n.5 Santiago mayo 2003.

TERCERA PARTE

DELITOS CONTRA LA SALUD INDIVIDUAL

CAPÍTULO I

TUTELA PENAL DE LA SALUD INDIVIDUAL

I. GENERALIDADES

En la escala de valores del ser humano, luego del derecho a la vida el derecho a la integridad corporal es el valor que merece mayor protección en orden a bienes jurídicos de carácter individual.

Los códigos tradicionales incriminan los ataques contra este bien jurídico a través del delito de *lesiones*, figura que aparece generalmente a continuación del homicidio en los delitos contra la vida y la integridad personal.

En el derecho comparado, valga señalar, que se establecen de manera autónoma los tipos de lesiones; Leves, graves, menos graves y muy graves; así como también aquellas lesiones inferidas a los trabajadores, y los supuestos de auto-mutilación para exclusión de un servicio de inexcusable cumplimiento, y otros tipos marginales, tales como por ejemplo, el maltrato de obra hacia cualquier persona, a ciertos parientes, o el maltrato habitual sobre ciertas personas.

Nuestro Código vigente se ocupa del delito de lesiones personales en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo del Código Penal de 2007, en los artículos 136-140, que trata de los delitos contra la vida y la integridad personal, con las modificaciones de la Ley 82 de 2013 (art. 137) y la adición desafortunada del artículo 138A sobre violencia psicológica o emocional que, entre otros, favorece de manera *exclusiva* a la mujer.

Al incriminar los resultados que adelante veremos, el legislador completa la protección al derecho a la vida de todo ser humano, ya que tanto merece protección frente a su eventual destrucción como frente a una eventual disminución de funcionamiento de la salud del individuo.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de lesiones es una cuestión que ha sido muy debatida por la doctrina penal, *integridad corporal*, es decir, a la integridad física que se disminuye cuando se produce una disminución corporal (pérdida de un brazo, de una mano, etc.), para algunos, mientras que otros sustentan que es la salud individual, ya que el normal funcionamiento del cuerpo humano no se afecta exclusivamente cuando se produce una disminución corporal o física, sino también, en ocasiones, cuando se altera el funcionamiento de algún órgano o sistema del mismo cuerpo.

Esta última postura doctrinal, que parece ser la más correcta, pone énfasis en el concepto de *salud*, de forma tal que siempre habrá delito de lesiones cuando se altere significativamente la salud individual, posición que permite apreciar una doble dimensión del problema debatido, toda vez que la salud corporal se complementa con la salud mental, dando como resultado un concepto amplio que abarca un mayor grado de protección hacia el individuo.

En vista de lo antes expuesto, debemos concluir en que la *salud individual o personal*, no la colectiva o pública, es el bien jurídico protegido en el delito de lesiones personales.

Salud según la OMS es un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de enfermedad o invalidez, de manera que una persona en estado saludable, puede desarrollar normalmente sus funciones en la sociedad.

Al examinar las distintas figuras de lesiones en particular, tendremos la oportunidad de comprobar que el legislador ha elaborado confusamente algunos tipos delictivos, en donde se hace tanto men-

ción al *daño corporal* y al *daño psíquico*, sin dejar de lado la referencia a la *incapacidad por más de tantos días* como diversas manifestaciones de ataques a la salud individual.

En síntesis, se trata hechos que según veremos atentan contra la integridad corporal física o psíquica) que desde el punto de vista doctrinal dominante, no es más que la salud humana, la salud individual (García Valdés,/ Mestre Delgado/Figueroa Navarro, 2011,p.43, Silva Sánchez, 2011, p. 62).

III. CONCEPTO DE LESIÓN

Sostiene MUÑOZ RUBIO/ GONZALEZ FERRER (1980, p. 164) que lesión es “todo atentado llevado a cabo por la acción humana sin intención de causar la muerte, mediante el cual se afecta la salud corporal y psíquica de otro”.

Nuestro Código Penal no consagra una definición de qué debemos entender por lesión. Alude a ella, sin embargo, en su artículo 136 al utilizar la fórmula “Quien, sin intención de matar, cause a otro un daño físico o psíquico que le incapacite por un tiempo que oscile entre treinta y sesenta días será sancionado con prisión de cuatro a seis años”.

En nuestro ordenamiento penal vigente, el concepto de lesión surge a partir de la existencia de un daño físico o psíquico que incapacite por más de 30 días y menos de 60 días, pues cualquier daño por inferior término no es constitutivo de delito sino falta, que se sanciona de acuerdo a la Ley 16 de 2016, que regula la Jurisdicción Especial de Justicia Comunitaria. En ese contexto, el artículo 29 expresa que las agresiones físicas menores de treinta días, son de competencia del Juez de Paz.

Lo señalado hasta el momento pone de manifiesto el acentuado carácter de típico delito de resultado material, pues al legislador le interesa prohibir la producción de ciertos resultados causados sin la voluntad de acarrear la muerte.

En vista de lo antes expuesto, podemos señalar que por lesión debemos entender toda alteración de la salud causada sin intención de producir la muerte, cuando se produce una disminución funcional en el sujeto pasivo que le afecta sensiblemente o le incapacita por más 30 días y menos de sesenta.

No cabe duda que no estaremos en presencia del delito de lesiones cuando al sujeto se le corta el cabello o se le recortan las uñas. En ambos casos, sin embargo, hay una disminución en el cuerpo, pero tal disminución no es significativa ni importante.

IV. EL OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO

En el delito de lesiones cobra nuevamente vigencia, como en el homicidio y en el aborto, la determinación del objeto material y sujeto pasivo de la infracción.

El sujeto activo de estas infracciones puede ser cualquiera, siendo un delito común, mientras que con respecto al sujeto pasivo, es necesario aclarar que estamos en presencia de un delito cometido en otra persona, ya que el daño corporal o síquico constitutivo de lesiones debe recaer sobre otro.

Es impune, en consecuencia el delito de lesiones que se produce un individuo a sí mismo cuando tienen por objeto eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento, en otras palabras, las autolesiones.

Sobre el sujeto pasivo, es la persona que sufre el daño corporal o síquico realizado por el agente, siendo indiferente, hombre o mujer, adulto mayor o de otra naturaleza.

El objeto material, es la persona que se le ha causado el daño corporal o síquico que lo incapacita durante un término fijado en la ley (art. 136), es decir, en general la persona que se la ha ocasionado el daño físico o psicológico según lo previsto en los artículos 137, 138, 138A, 139 y 140.

V. CLASIFICACIONES DE LAS LESIONES

Las lesiones pueden clasificarse desde diversos puntos de vista. Veamos a continuación, algunos criterios de clasificación.

En atención al *resultado*: a) lesiones leves, b) lesiones graves y, c) lesiones gravísimas; en cuanto al *aspecto subjetivo*: a) lesiones dolosas y, b) lesiones culposas.

De acuerdo *con el resultado*, las lesiones pueden ser de tres clases: leve (art. 136), graves (art. 137 no. 1 y 7) y gravísimas (art. 137). Esta distinción se basa, fundamentalmente, en la mayor o menor gravedad del resultado producido, de forma tal que a cada una de ellas les corresponde una diversa penalidad respecto de las otras. Esta distinción, es importante por cierto, dado que si sufre cierta alteración con la introducción del actual artículo 138, que alude a las lesiones con resultados de muerte, figura delictiva que supone mayor gravedad que las tradicionales lesiones gravísimas.

Por lo que respecta *al plano subjetivo*, las lesiones pueden ser dolosas o culposas. Esta distinción se fundamenta a el elemento subjetivo del agente, de forma tal que entre las lesiones dolosas tenemos las previstas en los artículos 136, 137, entre otras, mientras que lesiones culposas sólo hay en el artículo 139 del Código Penal.

VI. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO

La eficacia del consentimiento del afectado en el delito de lesiones es una de las cuestiones más controvertidas en el delito estudiado en la actualidad. “El problema ha radicado fundamentalmente en determinar si la autorización que presta el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta que se enjuicia, impide el nacimiento de su antijuricidad, y, por ende, si puede considerarse como causa de justificación” (MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ, 1980, p. 264).

Unas legislaciones, por ejemplo, reconocen valor al consentimiento otorgado por el sujeto afectado, en otras, por el contrario,

expresamente no otorgaban eficacia al consentimiento, como sucedía con la legislación española en la reforma de 1963 al Código Penal de 1944, que por ejemplo, en el artículo 428 disponía: “Las penas señaladas en el capítulo anterior (Lesiones) se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediare consentimiento del lesionado”, aunque para la reforma de 1983, establecía que tenía eficacia, en los supuestos de trasplante, esterilizados y cirugía transexual llevados a cabo bajo ciertas condiciones.

En cuanto al parágrafo 228 del Código Penal alemán establece que “Quien efectúe una lesión a una persona con consentimiento del lesionado, entonces solo actuó antijurídicamente cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”.

Nuestro Código Penal vigente, como muchos otros, nada dispone al respecto, aunque modernamente la doctrina reconoce el valor del consentimiento otorgado por el sujeto que se somete a tales intervenciones médicas con fines curativos, ya que en tales casos no existe voluntad de parte de quien causa objetivamente el daño (el médico, generalmente) de inferior lesiones dolosas.

En estos supuestos, el consentimiento del sujeto tiene plena validez ya que se trata de comportamientos adecuados socialmente, en los que está ausente el *animus vulnerandi*, elemento esencial del delito de lesiones.

Refiriéndose a los comportamientos médicos antes mencionados como desarrollados con finalidades terapéuticas, ROMEO CASBONA (1981, p. 203) en España señala que “el elemento común es precisamente la finalidad curativa. Esta finalidad curativa va dirigida a la protección de bienes jurídicos: salud, integridad corporal del paciente o, incluso, su propia vida. Por tanto, la existencia del fin curativo impide, en principio, la del dolo de lesionar o de matar, en su caso”.

En opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1994, p. 48), “en los casos de tratamiento exitoso no hay lesión del bien jurídico tutelado en cuanto se incide positivamente sobre la salud”. En los casos de resultado negativo, la concurrencia del consentimiento del

paciente excluye la lesión del bien jurídico tutelado, pues se ejercita la capacidad de disposición sobre el mismo. Si se produce un resultado negativo y no concurre el consentimiento del paciente, se lesiona el bien jurídico tutelado, y se presenta en relación con el delito de lesiones, un problema de imputación objetiva, en el que es factor decisivo el que la actuación del médico se haya acomodado o no a la *lex artis*.

Diferente situación es la que se presenta cuando se trata de lesiones causadas en el ejercicio de un deporte. Aquí también el consentimiento tiene plena validez para borrar la antijuricidad.

En efecto, ello ocurre toda vez que el deportista consiente en un actividad o comportamiento que supone la existencia de ciertos riesgos, aceptados también por los otros jugadores que se le oponen, pero siempre dentro del acatamiento de una serie de reglas y normas que regulan el desarrollo del respectivo deporte.

Por tal razón, atinadamente se ha sostenido que el consentimiento en estos casos requiere “el cumplimiento por parte del autor de la *lex artis*”. De este modo se entiende que el boxeador o el jugador de fútbol está consintiendo en la actividad arriesgada realizada por su contrincante y en las consecuencias lesivas necesarias o posibles que se deriven de aquella actividad, siempre que se realice cumpliendo las reglas del juego (BAJO FERNÁNDEZ, 2003, p.360 y ss.).

Antes de concluir, es importante señalar la relevancia que tiene el derecho de corrección en el tema bajo análisis, que en ningún momento debe considerarse como un comportamiento impune, cuando el mismo se ejecuta de manera inmoderada, y a consecuencia de esto la víctima padece de una lesión o mutilación, situaciones que en el derecho comparado aparecen previstas de manera autónoma como maltratos de obra, y que para efectos de nuestra legislación están ubicadas dentro de la denominada violencia doméstica.

Bibliografía

ANTON ONECA, José, “Notas críticas al Código Penal, Las lesiones” en *Estudios de Deusto*, Volumen XIII, Volumen Homenaje al P. Julián

Pereda; ARROYO DE LAS HERAS, Alonso/ MUÑOZ CUESTA, Javier, *Delito de Lesiones*, Aranzadi, Editorial, Pamplona, 1993; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Estudios sobre el delito de lesiones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994; BERISTAIN, Antonio, Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal Español y Comparado, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, 1971 Madrid; BUENO ARUS, Francisco, “El proyecto de Ley Italiano sobre interrupción del embarazo” en *Documentación Jurídica*, 1977; CUELLO CALON, Eugenio, *En torno a la inseminación artificial en el campo penal*, CARDONA LLORENS, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Edersa, Madrid, 1988; CASTILLO GONZALEZ, Francisco, *La esterilización voluntaria en el Derecho Penal Costarricense*, Ediciones Pasdiana, San José, 1984; COBO DEL ROSAL, “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1964; DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Tirant lo blanch, Barcelona, 1997; GARCIA RAMIREZ, Sergio, “Consideraciones criminológico-jurídicas del aborto” en *Criminología, Marginalidad y Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982; HERRERO, David, “Aborto, Administración y Seguridad Social” en el Libro *En defensa de la vida*, Edilibro, Madrid, 1983; IRURETA GOYENA, José, *Obras completas*, Tomo V (*delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces*), Casa A Barreiro y Ramos, S.A., Montevideo, 1932; MAJADA PLANELLES, Arturo, *El problema de la muerte y las lesiones deportivas*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1946; MARTINEZ VAL, José Ma., “Derecho a la vida y delito de aborto” en *LEX* No.17, Panamá, 1980; MUÑOZ RUBIO Campo Elías, ¿Está permitido en la legislación panameña el trasplante de corazón?, *Revista LEX*, Septiembre-diciembre, 1977; MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/ GONZALEZ FERER, Campo Elías, *El delito de lesiones personales en el Código Penal Panameño*, Universidad de Panamá, 1979; NUDELMAN, Santiago, *El delito de Lesiones, Estudio penal y médico legal*, Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires, 1953; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, La reforma del consentimiento en las lesiones” en *Comentarios a la legislación penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo V, Madrid, 1985; ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, Aborto espontáneo y provocado, Ginebra, 1970; RIVAS GODIO, Luis Enrique, *Las lesiones leves en la reforma penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969; ROMEO CASABONA, Carlos Ma., *El médico y el Derecho Penal, la actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981; ROXIN, Claus, La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. De Diego Manuel Luzón

Peña, Reus, Madrid, 1976; SILVA SANCHEZ, Jesús María *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho Penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988; SIMONIN, C., *Medicina Legal*, Trad. G. L. Sánchez M. Edit. Jims, Barcelona, 1974; SISCO, Luis P., *Delitos cometidos en ejercicio del deporte*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

CAPÍTULO II

LOS TIPOS DE LESIONES EN PARTICULAR

I. PLANTEAMIENTO

El Código Penal consagra en la sección 2º del Título I del Libro Segundo los diferentes tipos de lesiones, en atención al resultado producido, así tenemos la figura básica (las llamadas lesiones leves) en el artículo 136, al que le siguen inmediatamente dos tipos adicionales que contienen formas agravadas por el resultado producido en los artículos 137 y 138, finalmente, las lesiones culposas en el artículo 139, y lo previsto en el artículo 140 cuando se trate de un servidor público de los mencionados en dicha disposición.

Por otro lado, de importancia resulta destacar que la figura del homicidio y lesiones en riña tumultuaria previsto en el artículo 140 del Código Penal de 1982, de manera positiva el codificador del 2007 la ha eliminado, pues es evidente que tales delitos desconocían de manera absoluta el principio de culpabilidad, toda vez que al no poder identificar con toda precisión al autor del daño (muerte o lesión) se castigaba a todos los que intervenían en la riña, ya que se presumían todos responsables del ejercicio de la violencia sobre la víctima, y no cabe duda que esta solución pugnaba con el principio de inocencia contenido en la Carta Constitucional.

Inicialmente el tipo básico de lesiones establecía una sanción de de prisión de dos a tres años o su equivalente en días-multa o arresto, cuando la incapacidad oscilaba entre treinta y sesenta días, sin em-

bargo, con la Ley 68 de 2009, aumenta la pena de cuatro a seis años de prisión. Además de lo anterior, las reformas mencionadas contienen una regulación deficiente, desacertada e incongruente, dado que tenemos un tipo básico de lesiones (art. 136) que determina una pena de prisión de cuatro a seis años, cuando la incapacidad oscila entre treinta y sesenta días, y más adelante en el artículo 140, que incrimina de manera novedosa e innecesaria, el delito de lesiones contra los servidores públicos, se fija pena de dos años de prisión, cuando la incapacidad no sea mayor de treinta días.

II. EL TIPO BÁSICO DE LESIONES

A. *La norma*

El tipo básico de lesiones en su artículo 136 del Código Penal del 2007, tras la reforma penal mediante Ley 68 de 2009, dice lo siguiente:

“Quien, sin intención de matar, cause a otro un daño físico o psíquico que le incapacite por un tiempo que oscile entre treinta y sesenta días, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.”

De conformidad con lo anterior, las lesiones castigadas en este precepto son aquellas que oscilan entre treinta y sesenta días de incapacidad, situación que difiere con respecto al Código Penal de 1982, derogado que determinaba que la incapacidad provocada por las lesiones debía ser mayor de 20 días y no superar los 30 días.

Por consiguiente, estamos ante lesiones leves, y cualquier daño por inferior término no es constitutivo de delito sino falta, que se sanciona de acuerdo a la Ley 16 de 2016, que regula la Jurisdicción Especial de Justicia Comunitaria. En ese contexto, el artículo 29 expresa que las agresiones físicas menores de treinta días, son de competencia del Juez de Paz.

B. *Análisis de la Figura Delictiva*

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo de la infracción puede ser cualquiera. La norma no exige ninguna cualidad especial en el mismo, siendo un delito común (Álvarez GARCÍA, 2011, p.187).

Por lo que respecta al *sujeto pasivo*, es necesario señalar que estamos en presencia de un delito cometido en otra persona, ya que el daño físico o síquico constitutivo de lesiones debe recaer sobre *otro*.

Son impunes, por tanto, las autolesiones, que en otros países son punibles, cuando el sujeto lo hace con el objeto de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento.

Por lo que respecta a la *conducta típica* incriminada en el artículo 136 consiste en “causar” a otro un daño físico o psíquico que le incapacite por un tiempo que oscile entre treinta y sesenta días. Por “causar” debe entenderse que el sujeto va a ocasionar, un daño físico o síquico a otra persona de manera intencional, siendo importante, la relación *causa-efecto* existente entre la conducta del sujeto activo y el resultado producido.

En efecto, el Código no señala los medios utilizables para causar el daño físico o psíquico constitutivo de lesiones. Sólo es relevante la existencia de la incapacidad que sea mayor de treinta días y menor de sesenta días.

Sobre este particular, estimamos que tiene plena cabida sobre el particular lo expuesto sobre este tema en el homicidio y a ello nos remitimos.

Finalmente, es preciso destacar que la norma penal estudiada está configurada sobre la base de una *incapacidad* que afecta al sujeto pasivo, esencia del delito de lesiones en la figura analizada. Aunque el Código no trae una definición de incapacidad, ya en nuestra doctrina MUÑOZ RUBIO/ GONZÁLEZ FERRER (1980, p.186) han señalado que “comprende cualquier causa que, originada por la lesión personal,

inhibe de manera transitoria o definitiva la posibilidad de ejercer una actividad”.

Por otro lado, en el *tipo subjetivo*, el dolo es un elemento necesario para la configuración del mismo, pues el sujeto debe tener intención de no causar la muerte del sujeto pasivo y, al mismo tiempo, causar el daño corporal o psíquico constitutivo de lesiones.

La norma está configurada de una forma tan singular, que pareciera castigar el resultado producido con independencia del elemento subjetivo aunque ello es inaceptable, pues conduciría a castigar al sujeto por el resultado producido y con absoluta independencia de la culpabilidad del sujeto.

Por tal razón, aunque el Código castigue por el resultado producido, es necesario exigir la existencia del *dolo*, teniendo en cuenta los numerosos problemas procesales que se presentan para establecer si el sujeto activo quería o no el resultado típico, pues de tal comprobación resultarían soluciones más justas y conforme a Derecho.

En el delito de lesiones, por tanto, el dolo debe abarcar la intención del sujeto de causar la lesión individual descrita en la norma, es decir, la incapacidad mayor de 30 días y menor de sesenta días, pues de lo contrario estaríamos desconociendo los principios consagrados en la actual legislación penal (art. 26, y 27).

El dolo exigido por el tipo no es el dolo de causar la muerte (*animus necandi*), sino, por el contrario, el dolo de lesionar (*animus vulnerandi*), lo que trae como consecuencia que en aquellos casos en donde exista ánimo de causar lesiones y se produce la muerte de la víctima, no estaremos en presencia de homicidio sino de lesiones agravadas por el resultado muerte del artículo 138 del Código Penal.

De la misma forma, cuando el sujeto tiene ánimo de causar la muerte y únicamente se produce un daño corporal o psíquico, es decir, una lesión personal, no estaremos en presencia del *delito de lesiones* sino, en todo caso, el *delito de homicidio en grado de tentativa*.

La norma no admite la modalidad culposa, que como tendremos la oportunidad de ver posteriormente, configura una infracción distinta en nuestro ordenamiento penal vigente.

2. Formas de Aparición

El delito estudiado se *consuma* cuando se causa una incapacidad mayor de treinta días y menor de sesenta días.

En la práctica, sin embargo, la determinación de la tentativa, es un aspecto sumamente complicado. En efecto, ello ocurre fundamentalmente por tratarse de un delito en donde se sanciona la producción de ciertas incapacidades, lo que deja en la incertidumbre la voluntad del sujeto de causar determinada incapacidad.

Además, la existencia de la falta de lesiones cuando la incapacidad no es mayor de treinta días da origen a una infracción punible de diversa entidad, la propia falta consagrada en la Ley 16 de 2016, lo que tornaría difícil apreciar en estos casos la misma tentativa.

En lo que respecta al *autor* es quien causa la lesión que produce una incapacidad mayor de treinta días y menor de sesenta días. En el delito estudiado, las formas de *participación criminal*, como la complicidad y la instigación, son perfectamente admisibles.

Las mismas, sobre el particular, se rigen por reglas generales estudiadas a propósito del homicidio.

3. Consecuencias Jurídicas

La pena prevista para el delito de lesiones consagradas en el artículo 136 del Código Penal con incapacidad que oscile entre treinta y sesenta días, es de prisión de cuatro a seis años.

La norma estudiada no contiene agravantes, pero deben estimarse como tales los resultados consagrados en los artículos 137 y 138 del Código Penal (Ley 5/2009), algunos ya contemplados previamente en la legislación derogada.

Según los numerales 1 al 6 del artículo 137 (Ley 68/2009) los siguientes eventos dan lugar a que se castigue con pena de seis a diez años de prisión:

1. Si produce una incapacidad que exceda de sesenta días.
2. Deformación del cuerpo o señal visible a simple vista y permanecen en el rostro.
3. Daño corporal o psíquico incurable
4. Debilitamiento grave o la pérdida de un sentido, de un órgano o una extremidad.
5. Apresuramiento del parto
6. Impotencia o pérdida de la capacidad de procrear
7. Incapacidad permanente para el trabajo

Cuando la lesión se produzca como consecuencia del uso de arma de fuego en un lugar público o de tránsito habitual de personas o aledaño a zonas residenciales, por motivos intrascendentes o a fin de facilitar otro hecho punible, como derivación de hechos de violencia doméstica o violencia contra la mujer, cuando se produzca a un servidor público en ejercicio de sus funciones o por motivo de estas o cuando la lesión se haya causado con la finalidad de extraer un órgano (Ley 82/2013), la pena será de doce a quince años de prisión.

La existencia de las agravantes antes mencionadas pone de relieve el exagerado objetivismo contenido en el Código Penal a propósito del delito de lesiones. Las agravantes están elaboradas en torno a la producción de un determinado resultado, pareciendo intrascendente la existencia del dolo para la configuración de las agravantes.

Nosotros, por nuestra parte, estimamos que la producción del resultado o evento establecido para agravar la pena sólo podrá serle atribuido, de conformidad con lo establecido en el artículo 26, si el sujeto actuó al menos con culpa respecto del mismo resultado, ya que de lo contrario estaríamos admitiendo supuestos de *responsabilidad objetiva*, inadmisibles en un ordenamiento que se fundamenta en la reprochabilidad por el delito cometido.

III. LESIONES AGRAVADAS POR EL RESULTADO “MUERTE”

De acuerdo con el artículo 138 del Código Penal “Si alguna de las lesiones descritas en los artículos anteriores causan la muerte de la persona, la sanción será de cuatro a ocho años de prisión, siempre que el medio empleado y la ubicación de la herida no debieron razonablemente causar la muerte. En los demás casos, el autor responde por homicidio”.

Esta norma consagra, por tanto, un tipo especial de lesiones agravadas por el resultado muerte, que en el ámbito histórico legal panameño tiene antecedentes en el Código Penal de 1982, que con la creación de ese tipo penal había pretendido eliminar la antigua figura delictiva de homicidio *preterintencional contenida en el artículo 315 del Código de 1922*.

Y sobre ello afirmaba la doctrina que se pretendía eliminar una especie de “responsabilidad objetiva sin dolo adecuado, dulcificando por la *media vía* de crear un tipo ambiguo de “lesiones con resultado de muerte”, que técnicamente sigue siendo delito de lesiones y no de homicidio” (QUINTANO RIPOLLES, 1972, p. 694).

Y en ese sentido, cabe resaltar, que esto es importante porque el tipo penal, sanciona más severamente las lesiones si se produce la muerte del sujeto pasivo, no variando la calificación de lesiones, pues se trata de una modalidad agravada de las lesiones prevista en los artículos anteriores.

Ahora bien, una revisión al Código Penal del 2007, advierte que el precepto consagra las lesiones agravadas por el resultado muerte (art.138), de manera que en el caso que nos ocupa, el sujeto tiene dolo de lesionar y causa lesiones que posteriormente producen la muerte del sujeto pasivo.

Aquí no existe ánimo de causar la muerte, pero la producción de este resultado sólo puede serle atribuido al sujeto si al menos actuó con culpa respecto del resultado adicional, y en caso de dicha muerte, el Código Penal del 2007 determina que la sanción será de cuatro a

ocho años de prisión, “siempre que el medio empleado y la ubicación de la herida no debieron razonablemente causar la muerte”.

Y en ese sentido en principio la norma consagra un delito de lesiones cualificado por el resultado muerte, pero condicionado por los elementos antes indicados, ya que a contrario sensu, permite castigar al sujeto por delito de homicidio.

Esta particularidad de la nueva legislación penal, “*resulta desacertada* tanto en el plano legal como doctrinal, aunque se haya realizado con fines aclaratorios o probatorios, o simplemente de deslindar ante un caso de lesiones o de homicidio, ya que tales planteamientos pueden conducir a soluciones arbitrarias.”, y constituyen otro supuesto de *responsabilidad objetiva*.

IV. AGRESIÓN O VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER

A. Introducción

El presente delito constituye otra de las figuras delictivas introducidas al Código Penal, tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013, que castiga el delito de *femicidio*, y que igualmente destina una exclusiva protección penal a la mujer, hecho que es cuestionable, que ha sido denominado en la doctrina nacional como lesiones psicológicas a la mujer (GUERRA DE VILLALAZ, 2017,p.61).

El artículo dice lo siguiente:

Artículo 138-A. Quien incurra en violencia psicológica mediante el uso de amenazas, intimidación, chantaje, persecución o acoso contra una mujer o la obligue a hacer o dejar de hacer, tolerar explotación, amenazas, exigencias de obediencia o sumisión, humillaciones o vejaciones, aislamiento o cualesquiera otras conductas semejantes será sancionado con prisión de cinco a ocho años. Si las conductas descritas en el párrafo anterior producen daño psíquico, la pena se aumentará de una tercera a la mitad del máximo de la pena.

Una lectura al precepto citado, advierte una deficiente técnica legislativa por el exagerado casuismo, y a la vez una preferencia exclusiva hacia la mujer, excluyendo la protección a otro tipo de personas. El precepto sin duda alguna, trae graves problemas interpretativos por la complejidad de actos que enuncia el tipo penal que tiene rasgos con el delito de coacciones, pues se provoca también una restricción a la autodeterminación y amenazas a la mujer.

Desde la Ley 82 de 2013 (art.4o), la “*violencia psicológica*” es cualquier acto u omisión que puede consistir en negligencia, abandono, descuido, celos, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y/o amenazas.” *mientras que la violencia* contra las mujeres es cualquier acción, omisión o práctica discriminatoria basada en la pertenencia al sexo femenino en el ámbito público o privado, que ponga a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres, les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, que incluye las perpetradas desde el Estado o por sus agentes (art.3o).

En la actualidad la legislación penal (art.200) ya castiga la violencia doméstica (física y psicológica), sin embargo, el precepto bajo examen pretende sancionar la violencia psicológica dentro del ámbito del delito de lesiones personales haciendo extensiva la responsabilidad penal a aquellas personas que *no constituyen miembros de familia*. Y a propósito de lo anterior, resulta razonable y criticable que en Costa Rica (Ley 8589 de 2007), en el Capítulo sobre Violencia psicológica, se distinga entre Restricción a la autodeterminación, Amenazas contra una mujer y violencia psicológica, estableciendo estos hechos de manera autónoma, una vez más creando una protección especial a la mujer.

B. *Análisis de la figura delictiva*

1. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto del delito, sólo puede ser cualquier hombre (a excepción de los miembros de familia), que es la persona que ejerce la violencia psicológica contra la mujer, perturbando su desarrollo y autoestima, y a nuestro modo de ver es un sujeto indiferente (art. 3).

Sujeto pasivo, es la mujer, de manera exclusiva, ya que la ley está dirigida a penalizar los actos que se ejercen contra la misma y dentro del contexto de relaciones desiguales de poder, aunque en este caso no puede ser un miembro de la familia (art.200)

El comportamiento delictivo consiste en *incurrir en violencia psicológica*, sin embargo, la redacción del precepto es deficiente, y conjuga otra serie de comportamientos (acciones que limitan la *autodeterminación y amenazas, en concreto coacciones*) que normalmente se presentan, pero que, sin lugar a dudas, darán a múltiples interpretaciones, a lo que hay que sumar, que ni siquiera la Ley 82 de 2013, es clara en cuanto su alcance conceptual. Lo que sí es cierto, que la violencia psicológica se traduce en una serie de actos que dañan la estabilidad emocional de la mujer, su autoestima, y que en general comprenden humillaciones, insultos, amenazas, intimidación, chantaje, persecución o acoso, explotación, amenazas, exigencias de obediencia o vejaciones, restricción a la autodeterminación y/o amenazas.

En todo caso, hay que tener claro que este precepto que castiga la violencia psicológica constituye un supuesto *sui generis* del delito de coacciones, creado de manera autónoma para la mujer, pues comprende la restricción a la autodeterminación, así como las amenazas e intimidación, que en otros países, como sucede en Costa Rica ha dado lugar a las figuras de Restricción a la autodeterminación, Amenazas contra una mujer y violencia psicológica.

En estos términos, se parte de castigar la *violencia psicológica* mediante el uso de amenazas, intimidación, chantaje, persecución o acoso contra una mujer, o por cualquiera de los otros medios, explotación, amenaza, cuando se le exige obediencia o sumisión, se le

humilla o se comete vejaciones, aislamiento, y b) la restricción a la autodeterminación, cuando se le obliga a hacer o dejar de hacer, se está atentando contra su libertad, y es una especie de delito de coacciones.

Finalmente, para que el comportamiento sea punible es importante que sea realizado por un hombre dentro del *contexto de relaciones desiguales de poder*, en el ámbito público o privado y en cualquier otro tipo de cualquier índole. Por consiguiente, el comportamiento debe poner a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres,

Por otro lado, la actuación no cabe duda que es *intencional(dolo)*, el agente debe tener el propósito de ejercer la violencia psicológica contra la mujer por razón de ser mujer, para atentar contra su autoestima, perjudicando eventualmente su salud mental, o por otro lado, atentar contra su autodeterminación.

2. Otros aspectos

El delito se consuma cuando se realiza la violencia psicológica o la restricción a su autodeterminación, y la tentativa es admisible. Las formas de participación criminal son viables.

La pena para el delito de violencia psicológica es de prisión de cinco a ocho años, cuando se incurre en actos de violencia psicológica, y si de ese comportamiento se produce un daño psíquico, la pena se aumentará de una tercera a la mitad del máximo de la pena. A nuestro modo de ver la sanción prevista en ningún momento es coherente con el principio de proporcionalidad, pues no se mide la intensidad o gravedad de la misma, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la misma disposición.

V. LAS LESIONES “CULPOSAS”

A. La norma

El delito de lesiones culposas está concebido en el artículo 139 en los siguientes términos:

“Quien, culposamente, cause a otro una lesión personal que produzca incapacidad de treinta, a sesenta días será sancionado

con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana. Si la incapacidad excede de sesenta días, la pena será de uno a dos años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

La pena se aumentará en la mitad, si la lesión produce alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 137 de este Código”.

B. Análisis de la Figura Delictiva

1. El Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

En cuanto a los *sujetos* nada consagra la norma de relevancia, estamos ante un delito común, pues la conducta es realizada por cualquiera persona, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se le causa el daño corporal psíquico.

La conducta incriminada como punible consiste en *causar* una lesión personal que produzca una incapacidad de treinta a sesenta días, siendo imprescindible que entre la conducta culposa y el resultado lesivo exista una relación de causa a efecto determinante de la lesión misma.

La lesión producida también puede exceder de sesenta días, y de igual forma, puede presentarse cualquiera de las previstas en el artículo 137.

El elemento subjetivo exigido en la norma está constituido por *la culpa* del sujeto, es decir, un comportamiento imprudente, negligente, falta de pericia o realizado sin observar los reglamentos, órdenes, prescripciones o leyes que regulan determinadas formas de comportamiento humano (MUÑOZ POPE/ ARANGO DURLING, p. 70).

No se trata, por tanto, de un comportamiento intencional, sino, por el contrario, descuidado del sujeto activo que por razón le sobreviene la lesión que produce al sujeto pasivo una incapacidad superior a treinta días.

2. Formas de aparición

En este instante, solo es necesario señalar, que lo indicado sobre las formas de aparición delictiva, referidas al delito de lesión dolosa,

difieren en este caso por cuanto en el caso de la tentativa, y la participación criminal no son admisibles.

A propósito de la consumación se produce cuando la incapacidad causada al sujeto pasivo es superior a treinta días y menor de sesenta días, pues de lo contrario la lesión dejará de ser delito para convertirse en falta de lesiones culposas cuando la incapacidad no es superior a treinta días.

Para tales supuestos, las autoridades administrativas son las encargadas del conocimiento de estos hechos punibles.

En cuanto a la autoría y participación criminal, lo expresado anteriormente es aplicable, salvo en el caso de la participación criminal que no es admisible.

3. Consecuencias Jurídicas

La pena prevista para el delito de lesiones culposas, cuando se trate de incapacidad de treinta a sesenta días es de prisión de seis meses a un año o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Si la incapacidad excede de sesenta días, la pena será de uno a dos años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

La pena se aumentara en la mitad, si la lesión produce alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 137 del Código Penal.

VI. LESIONES O AMENAZAS A UN SERVIDOR PÚBLICO

Mediante Ley 68/2009 se adiciona el artículo 140, que tiene por objeto destinar una especial tutela a los servidores de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Autoridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad.

La norma dice lo siguiente:

Artículo 140. Quien cause una lesión a un servidor de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Auto-

ridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad pública, por motivo de las funciones que desempeña, a causa de su empleo o como consecuencia de la Ejecución de su trabajo, que produzca incapacidad no mayor de treinta días, será sancionado con dos años de prisión.

Igual sanción se aplicará en caso de amenaza real, tangible y comprobable contra las personas mencionadas en el párrafo anterior.

En realidad estamos ante un tipo penal creado de manera innecesaria toda vez que pudo incluirse como tipo agravado del delito de lesiones, sin dejar de señalar, que puede traer problemas interpretativos entre el tipo penal de este delito (segundo párrafo) y el que prevé los delitos contra los servidores públicos (art. 360).

Ahora bien, tomando en cuenta lo previamente examinado en estos delitos, solo basta señalar, la particularidad del *sujeto pasivo*: servidor de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Autoridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad pública, mientras que el *sujeto activo* es indiferente.

En lo que respecta al comportamiento delictivo nos remitimos a lo antes expuesto, respecto de la conducta de causar una lesión, mientras que en el segundo párrafo consiste en actos de amenazas contra los servidores públicos.

Antes de terminar, se hace necesario advertir los desaciertos e incongruencias en este delito que deben ser subsanadas: a) por mandato del legislador las lesiones tratándose de servidores públicos aunque su incapacidad sea menor de treinta días, merecen ser consideradas como delito (no falta), b) se carece de un intervalo penal, pues solo hay un máximo de la pena, que es de dos años de prisión, y c) equiparación de la pena tanto para las lesiones causadas como para las amenazas prevista en el segundo párrafo del artículo 140.

VII. CONSIDERACIÓN ESPECIAL AL HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA TUMULTUARIA PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1982

A. Introducción

Hemos considerado oportuno examinar en esta ocasión los delitos de homicidio y lesiones causados en riña tumultuaria, previstos en el Código Penal de 1982, en el artículo 140 toda vez que a nuestro modo de ver merece hacer unas reflexiones al respecto, aunque para ello debamos dejar claro que el mismo de manera positiva ha sido eliminado del Código Penal del 2007.

El artículo 140 del Código Penal de 1982 decía así:

“Si a consecuencia de una riña tumultuaria resulta la muerte de alguien sin que se determine quién o quiénes fueron los autores, serán sancionados como prisión de 3 a 6 años a los que ejercieron violencia física sobre la víctima.

Si del hecho resultan las lesiones descritas en el artículo 135 la sanción será de 10 a 50 días multa; si fueren las del artículo 137, de 6 meses a un año y si fuesen las previstas por el artículo 138, la sanción será de uno a dos años de prisión”.

B. Naturaleza Jurídica

El artículo 140 contemplaba determinados comportamientos que causaban homicidio o lesiones sin que se conociera la identidad precisa del autor de tales delitos.

ANTON ONECA (p. 786) señala que infracciones como la estudiada han sido denominadas *como delitos de sospecha*, pues no constando la identidad del autor del homicidio o las lesiones se sospecha de todos aquellos que han ejercido alguna forma de violencia física sobre la víctima.

Sobre lo anterior, se indicaba que estos delitos pugnaban abiertamente con la garantía constitucional consagrada en el artículo 22 de la Constitución vigente, luego del Acto Reformatorio de 1983, al

tiempo que desconocen de manera absoluta la vigencia del *principio de culpabilidad*.

No en vano el propio ANTON ONECA (p. 786) señaló en su oportunidad que deben “rechazarse categóricamente por contrario al principio de culpabilidad. Por lo que atañe a las lesiones, deberían ser sustituidas tales figuras por otra donde se sancione a cuantos intervinen, conscientemente del peligro, en una riña que, por los medios empleados o la situación o circunstancias pongan en riesgo considerable la vida o la integridad corporal de los contendientes”.

C. Análisis de la figura delictiva

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y Tipo subjetivo

a. Tipo Objetivo

El Código Penal de 1982, que describía y sancionaba estos hechos en su artículo 140 el homicidio y lesiones en riña no decía que debía entenderse por riña tumultuaria.

No obstante, se deducía del texto del mismo artículo 140, que debíamos entender que eran agresiones recíprocas entre más de tres personas que se atacaban entre sí, de la que se derivan ciertos resultados lesivos para la vida o la salud individual de los contendientes, sin que se conozca la identidad exacta del autor de tales resultados.

BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF (p. 344) ponen de manifiesto que también se puede dar la riña entre dos grupos de personas, cuando en cada grupo hay no menos de dos contendientes que luchan indiscriminadamente contra los integrantes del segundo grupo.

En cuando a la *conducta típica*, valga señalar, que los tipos de riña son supuestos en donde se sanciona, lamentablemente hay que reconocerlo, la producción de un determinado resultado: la muerte o lesiones de alguien, sin que conste la identidad del autor o autores del homicidio o lesión respectiva.

Se trata, por tanto, de delitos que deben ser cometidos mediante un actuar positivo, es decir, comisión, ya que existe en el caso que nos ocupa, una agresión que no puede consistir en actos omisivos.

La conducta típica, en consecuencia, viene determinada por los actos que sobre el sujeto pasivo han realizado todos los que han intervenido mediante la ejecución de cierta forma de violencia física sobre el sujeto pasivo.

En ambos casos, tanto por lo que respecta al homicidio en riña como en cuanto a las lesiones en riña, la norma exige la producción de un resultado concreto: sea la muerte o la lesión del sujeto pasivo, lo cual parece poner ante nosotros un supuesto de *responsabilidad objetiva por el resultado causado*.

En el *tipo subjetivo*, la norma estudiada presenta claros parecidos con supuestos en donde se castiga por el resultado producido, sin que tome en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto, sea dolo o culpa.

La muerte producida o la lesión causada deben ser producidas a título de dolo por el sujeto, toda vez que el artículo 30 del Código Penal de 1982 derogado, eliminaba la posibilidad de cualificaciones por el resultado o, excepcionalmente, a título de culpa según se desprendía del párrafo final del mismo artículo.

No obstante lo antes expuesto, al no poder identificar con toda precisión al autor del daño (muerte o lesión) se castiga a todos los que intervienen en la riña, ya que se presume son responsables de tal daño los que ejercieron violencia física sobre la víctima, y no cabe duda que esta solución pugna con el principio de inocencia contenido en la Constitución vigente.

2. Formas de Aparición

El delito estudiado queda *consumado* cuando se produce la muerte o la lesión de alguien en una riña tumultuaria, sin que conste la identidad del autor de tal resultado.

Esta figura parece, por tanto, que no admite tentativa, ya que si los sujetos que intervienen en la riña no se causan daño alguno, el hecho es atípico y el inicio de ejecución de los actos dirigidos a consumir el hecho son impune, frente a este ilícito, que supone riña tumultuaria donde se desconoce quién consuma el delito.

Tratándose de delitos cometidos en riña tumultuaria, la norma establece que se castigará como responsable de los mismos a los que ejerciten violencia física sobre la víctima, ya que es imposible establecer con toda precisión *la identidad del autor* del homicidio o lesiones en la correspondiente riña.

Deben quedar impunes los comportamientos de aquellos intervinientes en la riña tumultuaria que no han ejercido violencia física alguna sobre la víctima, a menos que su conducta haya permitido que algunos otros hayan ejercido tal violencia sobre el sujeto pasivo.

Es posible, por ende, que alguien sujete al sujeto pasivo mientras que otros realizan actos de violencia física en contra de la víctima, sin que se conozca con certeza el autor o autores del homicidio o lesiones causadas a través de tal riña tumultuaria.

3. Consecuencias Jurídicas

La pena prevista para el caso de homicidio en riña tumultuaria era de 3 a 6 años para los sujetos que ejercieron violencia física sobre la víctima.

Tratándose de las lesiones en riña tumultuaria, el Código Penal de 1982 disponía penas según el daño o lesión causados a la víctima, ya que si se produce la lesión del artículo 136 la pena será de 10 a 50 días de multas; si la lesión producida es la del artículo 137 la pena es la de prisión de 6 meses a un año y si se producen las previstas en el artículo 138 la pena es de prisión de uno a dos años.

Una simple revisión de las escala de pena antes mencionadas pone de manifiesto la existencia de un error en la asignación de las penas a los artículos que describen y sancionan los diversos tipos de lesión.

En efecto, la pena prevista para el artículo 136 es en realidad, en estricto sentido, la pena que corresponde a las lesiones del artículo 135 causadas en riña tumultuaria; la pena prevista para el artículo 137, sin lugar a dudas, es la pena que corresponde a las lesiones previstas en el artículo 136 cuando son causadas en riña tumultuarias; y, de la misma forma, la pena prevista para las lesiones previstas en el

artículo 138, que son en realidad lesiones con resultado muerte, son las que corresponden al delito de lesiones previstos en el artículo 137 cuando se producen en riña tumultuaria.

Esto es así, toda vez que las penas indicadas en el párrafo final del artículo 140 sólo tendrán exacta correspondencia con los artículos antes mencionados y no con los establecimientos equívocamente en el mencionado párrafo.

De otra forma, no se explica que el homicidio causado en riña tumultuaria tenga pena de 3 a 6 años en el párrafo inicial del artículo 140, que presupone no conocer con absoluta identidad al autor del mismo en la riña, y el delito de lesiones agravadas por el resultado muerte, donde se conoce con exactitud la identidad del causante del mismo, se castigue con la pena de prisión de uno a dos años.

CUARTA PARTE

LOS DELITOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENÉTICA

CAPÍTULO I

LOS DELITOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENÉTICA

I. DETERMINACIONES PREVIAS

El Código Penal del 2007, incorpora los delitos de Reproducción asistida sin consentimiento y Manipulación Genética, incluyendo la clonación, en el Capítulo II del Título I “Delitos contra la vida humana, en los artículos 145, 146 y 147, que dicen lo siguiente:

Art. 145 “Quien, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de una tara o enfermedad grave, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Si la alteración del genotipo fuera realizada por culpa, la pena será de treinta a seis días multa”.

Art. 146 “Quien practique reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será sancionado con la pena de prisión de dos a seis años”.

Art.147 “Quien fecunde óvulos humanos con un fin distinto a la procreación será sancionado con prisión de seis a diez años”.

“Se agravará hasta la mitad de la pena a quien utilice la ingeniería genética para crear seres humanos idénticos, mediante clonación u otro procedimiento para la selección de la raza”.

Sobre la incorporación de estos delitos, se ha señalado, por un lado, su *función simbólica* (GARCÍA GONZÁLEZ, 2001, p. 231, SE-

RRANO GÓMEZ, 1996, p. 238), aunque en los últimos tiempos debido a los avances de los investigadores en torno a la clonación de un ser humano, justifican la intervención penal dado que la legislación administrativa es insuficiente y le descartan ese papel simbólico en el Código Penal (RODRÍGUEZ NÚÑEZ, 2016, p.107).

Por otro lado, estamos ante leyes penales en blanco por lo que es necesario remitirse a la Ley 3 de 2004 que prohíbe toda clonación humana, y a su vez a la ciencia médica que determina los aspectos relativos a la reproducción asistida.

II. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE ESTOS DELITOS

A. *El bien jurídico protegido*

El *bien jurídico* de estos delitos recaen sobre la “vida y la integridad personal”, siguiendo su ubicación en nuestra legislación vigente, sin embargo, hay que tener presente que son diversos como a continuación apreciaremos.

En el caso de la manipulación genética, advierte la doctrina que los bienes jurídicos son dispares (CALDERÓN CHOCLÁN, p. 624), así la titularidad del bien jurídico “consiste en la inalterabilidad o intangibilidad del patrimonio genético humano, es decir la identidad genética que pudiera verse afectada por las alteraciones producidas en el genotipo (GARCÍA GONZÁLEZ, 2001, CALDERÓN CHOCLÁN, 1999, p. 625).

Estamos pues ante bienes jurídicos que tienen una doble perspectiva individual (ROMEO CASABONA, 2004, p. 276-7), referida a la integridad genética –del genotipo– del embrión preimplantatorio, el embrión y el feto y el ser humano nacido, la otra colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, a su identidad e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo, distinto de los demás, la dotación genética doble, de la línea genética masculina y femenina, y la supervivencia misma de la especie humana (ROMEO CASABONA, 1996, p.436).

A ese respecto se indica que las manipulaciones del genotipo o patrimonio genético sin fines terapéuticos, pueden suponer riesgos para la Humanidad en su conjunto y no solo para el sujeto cuya alteración se efectúa, y en el caso de la fecundación con fines distintos a la procreación, al igual que en la clonación, parece evidente que tales técnicas lesionan el derecho a la individualidad, identidad y a la propia autenticidad del ser humano, y en general implican un riesgo para la propia Humanidad (MUÑOZ CONDE, 2013, p.139).

Sostiene DE LA CUESTA AGUADO (ÁLVAREZ, 2011, p.293) que tratándose de la alteración del genotipo, el bien jurídico es la herencia genética, entendida como conjunto de genes, reglas de expresión de los mismos y demás características del ADN que constituyen el fundamento de la vida humana transmisible a la descendencia. Ahora bien la protección que se realiza de la herencia genética no es absoluta, sino que el bien jurídico se protege “frente a determinadas formas de agresión: aquellas que se realizan con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves”.

Por otro lado, (SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 238) no cabe duda que, estamos ante dificultades de poder conocer de la comisión de estos delitos (vgr. manipulación genética), por lo que nos encontramos ante lo que se conoce como la función simbólica del Derecho Penal, en cuanto tipifican comportamientos que se pretenden concienciar a la sociedad sobre ciertas conductas, si bien al final prácticamente no llegan a aplicarse.

En lo que respecta al delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, el bien jurídico siguiendo el derecho comparado es un delito contra la vida, aunque en concreto mediante este método se comete un atentado contra la libertad de la mujer, a lo que se puede sumar también la afectación de la salud física psíquica de la mujer, su propia dignidad y a su derecho a no ser considerada como mero receptáculo reproductor de la especie humana (MUÑOZ CONDE, 2013, p.140).

Y es que en este delito, aunque parte de la doctrina considere que es la libertad de la mujer, se indica que la tutela penal de la libertad excede, al reconocerse los derechos e intereses del futuro ser: de la mujer en ser madre, de la sociedad en garantizar la dignidad, igualdad y libertad de todos y en el desarrollo biotecnológico y los intereses científicos y/o económicos, como la no instrumentalización de la procreación humana en el ámbito de la reproducción asistida (DE LA CUESTA AGUADO, Álvarez GARCÍA, 2011, p.325).

B. *Los sujetos del delito*

Por lo que respecta a los sujetos de estos delitos (comunes), generalmente son profesionales de salud, genetistas, biólogos entre otros, dado que se requieren conocimientos en procedimientos de ingeniería genética, en el caso de la alteración de genotipo (BOTERO BERNAL, 2000, p. 74; BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 447).

En cuanto al sujeto pasivo de estos delitos no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la alteración del genotipo, pues desde la perspectiva individual es el sujeto afectado, en sentido general, es la propia especie humana (SERRANO GÓMEZ, p.136), mientras que en la fecundación humana con fines distintos a la procreación humana, no cabe duda de que es la dignidad de la especie humana (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 467).

III. LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

A. *Determinaciones conceptuales*

Cuando se habla de manipulación genética o del patrimonio genético, en sentido estricto se refiere, a manipular, es decir, trabajar mediante técnicas de ingeniería genética molecular “genes” (MASSAGLIA DE BACIGALUPO, 2001, p.127).

La manipulación del ADN humano (LACADENA, 2001, p.5), puede considerarse desde varias perspectivas, que se indican a continuación:

- Análisis molecular del genoma humano:
- Construcción de genotecas o bibliotecas de ADN humano

- Secuenciación del genoma (Proyecto Genoma Humano)
- Diagnóstico prenatal molecular (tanto en condiciones normales como en técnicas de reproducción asistida)
- Identificación por “huellas dactilares” del ADN (Genética forense investigación de paternidad y criminalidad)

Utilización de genes humanos:

- Introducción en organismos no humanos, para utilización exclusiva del animal.
- Introducción en organismos no humanos para producción de proteína humana bacterias y animales transgénicos como biorreactores “granjas farmacéuticas”.
- Terapia génica

Por otro lado, la expresión manipulación genética, se distingue entre, la *manipulación genética propia o Ingeniería genética*, que consisten en un conjunto de técnicas que permiten añadir fragmentos de ADN (información genética) o determinados genes a otra molécula de ADN, la que los introduce en la célula para su repetición. Por ejemplo, la alteración del genotipo o para introducir una enfermedad mortal VIH, y la *manipulación genética, o manipulación genética impropia*, si se quiere con ella mediante un procedimiento o técnica realizar la reproducción, sin que implique la modificación de la información genética y se ejecuta sobre un ser vivo, tales como por ejemplo, la inseminación artificial y la fecundación in vitro (BOTERO BERNAL, 2001, p.46-7).

Ahora bien, es necesario delimitar algunos conceptos, como son entre otros.

- Genética, es la ciencia que trata de la reproducción, herencia variación y del conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia.
- gen, es la unidad básica de la herencia compuesta por ADN (ácido) que ocupa un lugar específico en un cromosoma.

- Cromosoma es aquella estructura del núcleo de la célula que tienen forma de bastón y se halla compuesto por ADN y proteínas. Esta estructura biológica contiene el mensaje hereditario.
- ADN Es esa molécula que contiene la información genética del ser vivo. Se halla distribuida en cromosomas, los que se encuentran ubicados en el núcleo de cada célula.
- Genotipo se refiere a la constitución genética de un individuo.
- Genotipo, es la expresión del genotipo en un ambiente determinado.
- Genoma conjunto de información genética (ADN) que posee célula codificada bajo secuencias de ADN.
- Clonación: procedimiento para obtener individuos genéticamente idénticos sea bien por transferencia de núcleo o fusión gemelar artificial.
- Gameto: células germinales o sexuales maduras (en la mujer) óvulo, y el hombre espermatozoide.
- Cigoto: es la primera célula de la nueva persona, se mantiene durante 40 horas a partir del momento de la fecundación.
- Embrión: es el fruto inmediato, luego del cigoto de la fecundación durante los tres primeros meses de gestación.
- Feto. El embrión luego del tercer mes de gestación hasta el nacimiento (Véase: BOTERO BERNAL, 2001, p. 34 y ss., KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2000, p.146).

En conclusión en el Código Penal vigente se contemplan en estricto sentido tres formas de manipulación: la alteración de genotipo, la reproducción asistida y la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación, el caso de la clonación.

B. *Alteración del genotipo*

1. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

La alteración del genotipo es un hecho que puede ser *realizado por cualquier persona* (delito común), aunque no por ello afirmen otros

que se requiere de una formación necesaria para ejecutar tales actuaciones (MORILLAS CUEVA, p. 182, SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p. 78), pues en la práctica la realización del comportamiento típico de ingeniería genética se encuadra en determinados profesionales (GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, SERRANO GÓMEZ, p. 136), que deben emplear técnicas y contar con conocimientos y medios muy complejos, lo normal será que nos encontremos siempre ante científicos, en muchos casos altamente calificados, o médicos igual (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 237), y que a su vez intervengan otros sujetos cooperando en su ejecución a título de partícipes.

Con toda razón se ha afirmado, que resulta materialmente imposible que sea realizado el delito por un sujeto no especialista en genética. Ello por encontrarnos ante la descripción de conductas propias de la biología molecular, lo que supone una altísima especialización científica, más aún cuando la materia en cuestión se halla en constante evolución investigadora y prácticamente en todos sus aspectos en fase experimental (BENÍTEZ, 1997, p. 447).

Sujeto pasivo, es aquel cuyo genotipo ha sido alterado (SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p. 78), aunque existan una diversidad de criterios, la “comunidad social” (MORILLAS CUEVA, Curso, p.183), el “preembrión”, “embrión” o “feto”.

Para otros, el sujeto pasivo, puede ser a título particular, el afectado: el producto de la concepción, o por el contrario, en un sentido general, la propia especie humana (SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 136), y en nuestro medio, GUERRA DE VILLALAZ (2016, p.73) considera que es la colectividad, es decir, la sociedad.

El *objeto material* está representado por el genotipo o constitución genética del individuo integrado, por el conjunto de genes presentes en el ADN de los cromosomas de cada célula y que contienen la información genética. (CALDERÓN CHOCLAN, 1999, p.624, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p.77), en otras palabras, el conjunto de genes humanos existentes en cada uno de los núcleos celulares y que constituye el genotipo (LAMARCA PÉREZ, 2016, p.113).

En cuanto a la *acción castigada* consiste en “manipular” genes humanos de manera que se altere el genotipo” (conducta comisiva), con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de una tara o enfermedad grave, resultando atípica si se realiza con estos últimos fines (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p. 77), y por consiguiente impune (SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 136).

Se altera el genotipo, cuando se altera el genoma, en número o características de alguno de esos genes, o de su combinación con el resto, es decir, su estructura, su localización en el mapa génico y su funcionalidad en el conjunto del genoma. En consecuencia, no se trata tanto de la alteración de uno o varios genes, sino de la alteración del genotipo como tal (QUERALT, 1996, p. 50).

La conducta resultara atípica, cuando la manipulación de genes humanos sea con fines de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves (SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, 2003, p. 77), que en el caso de ambos supuestos la doctrina ha sostenido que esto plantea problemas interpretativos (enfermedad grave), y en otro caso, la determinación de “tara”, puede justificar numerosas actuaciones de eliminación de sujetos o caracteres considerados como no beneficiosos para así potenciar otros (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 1239).

Finalmente la manipulación es castigada a título de dolo, sino también por culpa, por la falta de inobservancia del deber de cuidado del agente. Sobre este particular la doctrina considera que si la conducta dolosa resulta difícil de conocer, será muy difícil y dudoso que pueda producirse la manipulación en la conducta culposa (SERRANO MAILLO, 2012, CORCOY BIDASOLO, p.190).

2. Antijuricidad y justificación

El comportamiento no es ilícito y por tanto, estará justificado cuando se realice con el consentimiento del paciente, con una finalidad terapéutica, pero que tenga como meta eliminar o paliar una enfermedad de carácter menos grave al exigido por el tipo (GARCÍA GONZÁLEZ, 2001, p.312), estando ante el ejercicio legítimo de un derecho del médico.

3. Formas de aparición delictiva

La consumación se produce con la alteración del genotipo de manera inmediata, siendo necesario que se produzca el resultado, por lo que es posible la tentativa. Esto sin embargo, no será aplicable en la alteración culposa.

El autor de la alteración de genotipo puede actuar de manera individual, o por el contrario con la colaboración de otras personas, de manera que en la forma dolosa, sea posible la participación criminal, mas no en la culposa.

4. Consecuencia jurídicas

La pena para la alteración del genotipo dolosa es de prisión de dos a seis años, mientras que para la forma culposa es de treinta a cien días multa. No se establece en ningún caso, pena expresa de inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio, como sucede en otros países.

Finalmente, nada impide que pueda concurrir con otros delitos, como sucede con el delito de lesiones.

IV. REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

A. Determinaciones previas

Las técnicas de reproducción asistida no son una novedad desde que nació el primer bebé probeta en Inglaterra en 1976, y no constituyen hechos ilícitos, sin embargo, preocupa al Derecho Penal, que las mismas se realicen *sin el consentimiento de la mujer*, pues es evidente, que se atenta contra diversos bienes jurídicos, como son entre otros, su integridad corporal o su libertad preferiblemente, en este último caso, dado que se le impone una maternidad, no consentida.

Existen diversas técnicas de reproducción asistida: a) la inseminación artificial, que consiste en colocar el esperma en una capa plástica que se adapta en contacto directo con el cuello uterino en el momento de la ovulación, o bien se inyecta semen, previamente preparado, me-

dian­te una cánu­la den­tro de la cavidad uterina, b) la fecundación in vitro o extracorpórea (FIV), que no es más que la unión entre el óvulo y el espermatozoide en el laboratorio, c) la transferencia intratubaria de gametos (G.I.F.T), en virtud del cual se transfiere gametos (óvulo y espermatozoide) dentro de las trompas de la mujer (MASSAGLIA DE BACIGALUPO, 2001, p.49 y ss).

Las formas de reproducción asistida, han planteado problemas éticos y religiosos, sin embargo, en el campo penal lo que interesa es que estamos ante un hecho delictivo, en la que se somete a la mujer a una inseminación artificial en contra de su voluntad o sin su consentimiento, que en la actualidad jurídica vigente, podría encuadrarse en un delito de coacciones, aunque el mismo no exprese todo el desvalor que supone la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, por lo que es positivo su incorporación de “*lege ferenda*” (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 291).

En esa línea, el *bien jurídico tutelado* en este delito es la libertad de la mujer, es decir, la libertad de la mujer de someterse o no a alguna de las técnicas de reproducción asistida (BENÍTEZ ORTÚZAR, p. 485, SERRANO GÓMEZ, 2006, p. 142), que para algunos esta libertad de actuación se concreta en la libertad para la procreación (CALDERÓN/CHOCLAN, 1999, p. 627).

También es importante que el lector tenga presente lo previamente señalado en cuanto al bien jurídico de los delitos comprendidos en este capítulo, que en concreto en este momento, reiteramos lo señalado por DE LA CUESTA AGUADO (2011,p.315) que la libertad excede en cuanto al bien jurídico en este delito, y que hay que tomar en consideración, otros como por ejemplo, los derechos e intereses del futuro ser, de la mujer en ser madre, de la sociedad en garantizar la dignidad, la igualdad y libertad de todos, entre otros.

Para terminar, debe quedar claro, que no nos encontramos en sentido estricto ante una forma de manipulación genética, pues no se altera el genotipo, y el artículo 146 que castiga la reproducción asistida dice así:

“Quien practique reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, ser sancionado con la pena de prisión de dos a seis años”

B. *Análisis de la figura delictiva*

1. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Se trata de un delito común pues la conducta puede ser realizada por cualquier persona, sin embargo, deben ser personas que tengan conocimientos al respecto, por ejemplo, profesionales de la salud, por lo que en este aspecto algunos han afirmado que debe tratarse de un delito especial (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 835), que exige que sea un determinado individuo con conocimientos especiales, sin que por ello, no deje abierta la posibilidad de terceros que colaboren con el autor, a TÍTULO de instigadores y cómplices.

Sujeto pasivo es únicamente la mujer, que ha sido sometido obligatoriamente a la reproducción asistida en contra de su voluntad, tales como por ejemplo, una mujer estéril o infértil, de ahí que se haya excluido a las personas nacida varón, que luego se halla sometido a una cirugía transexual (DE LA CUESTA AGUADO, 1999, p. 86), aunque también se ha indicado, que en el caso de que para la obtención de la reproducción asistida deban intervenir dos mujeres (donante y receptora), ambas puede ser sujeto pasivo del delito y señala como ejemplo, el supuesto de la mujer donante que se le arrebatara, su material genético, y finalmente en cuanto al objeto material, recae sobre la mujer sometida a esta técnicas de reproducción asistida (DE LA CUESTA AGUADO, 1999, p.86-132).

La conducta típica consiste en *practicar reproducción asistida* en una mujer sin su consentimiento, (no libre, con violencia, intimidación, engaño u otro modo) de manera que estamos ante la imposición coactiva de una maternidad, mediante intimidación, violencia, engaño o privación de sentido (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 836), de manera que para que no sea ilícita la reproducción asistida, es necesario, que la mujer no haya dado su consentimiento, ya que de hacerlo se excluiría la tipicidad.

En materia de antijuricidad y culpabilidad, no se admite en el primero, la aplicación de causas de justificación aunque sea imaginable el estado de necesidad, aunque puede plantearse el error de prohibición (LAMARCA PÉREZ, 2016, p.125, ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p.317)

Y lo anterior es importante, porque el delito está consumado desde el momento en que se violenta la libertad de obrar de la mujer, es decir, desde que se practica la reproducción asistida sin su consentimiento (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 836), no siendo necesario que se produzca el embarazo, y es posible la tentativa como forma imperfecta de ejecución (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 489, GARCÍA ÁLVAREZ, 2011, p. 317).

En el supuesto de la mujer que ha dado su consentimiento de manera expresa se excluye la tipicidad, en caso contrario si ha mediado violencia o intimidación se adecua la tipicidad.

Estamos ante un delito *doloso* que exige que el sujeto efectúe la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer. El dolo puede ser eventual, y debe abarcar todos los elementos del tipo, incluida la finalidad reproductiva, sin que ello deba considerarse como un específico elemento subjetivo del injusto. El error sobre la cualidad del sujeto pasivo o sobre la concurrencia y validez del consentimiento ha de ser tratado como error de tipo, que en caso de que sea vencible, determinara la atipicidad de la conducta por no ser punible la conducta imprudente (DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p. 317).

2. Formas de aparición delictiva

El delito se consuma desde el momento en que se violenta la libertad de obrar de la mujer, es decir, desde que se practica la reproducción asistida sin su consentimiento (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p.836), no siendo necesario que se produzca el embarazo. Se trata para otros de un delito permanente, divisible en varios actos, por lo que cabría tentativa inacabada, no prevista legislativamente en nuestro país (DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p.317), por lo que solo es tentativa.

Son autores los que practican la fecundación sin consentimiento de la mujer, y es posible la complicidad e instigación.

3. Consecuencias jurídicas

La pena para quienes practiquen la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, es de prisión de dos a seis años, y este hecho puede concurrir con el delito de lesiones (concurso real) o concurso ideal, o delito de coacciones.

V. DELITOS RELATIVOS A LA REPRODUCCIÓN HUMANA. FECUNDACIÓN HUMANA CON FINES DISTINTOS A LA PROCREACIÓN HUMANA Y CREACIÓN DE SERES HUMANOS IDÉNTICOS MEDIANTE CLONACIÓN

Dentro de los delitos relativos a la reproducción humana tenemos los delitos de Fecundación humana con fines distintos a la procreación humana, y por otro lado, la clonación.

A. *Fecundación con fines distintos a la procreación humana*

1. Determinaciones previas

El legislador sanciona la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto a la procreación humana, y en esta línea la tutela penal de este delito, ha abierto un debate doctrinal, pues se afirma por algunos que recae sobre la protección de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, tal como se desprende de la exposición de motivos de la Ley de Reproducción Asistida humana (GONZÁLEZ CUSAN, Comentarios, p. 831), o la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético humano (CALDERÓN/ CHOCLAN, p. 626), más otros sostienen que estamos ante la protección de la vida prenatal en sus fases evolutivas, o el normal desarrollo de la especie humana, sino más bien ante hechos en que la intervención penal se amerita por la ofensividad al bien jurídico protegido, la “dignidad humana comunitaria, vertebrada desde el mismo origen de la especie humana, impidiendo la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación” (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997 p. 467).

El artículo 147 que castiga la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto a la procreación dice lo siguiente:

“Quien fecunde óvulos humanos con un fin distinto a la procreación será sancionado con prisión de seis a diez años.

Se agravará hasta la mitad de la pena máxima, a quien utilice la ingeniería genética para crear seres humanos idénticos, mediante clonación u otro procedimiento para la selección de la raza”.

2. Análisis de la figura delictiva

a. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

En cuanto al sujeto activo no hay duda que estamos ante un delito común, aunque este encuadre en los profesionales de la medicina en reproducción asistida (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 467).

Sobre el sujeto pasivo las opiniones son dispares. Así para los primeros, el *sujeto pasivo* es la Comunidad Humana, la sociedad en su conjunto, partiendo de la base de que el bien jurídico protegido es la dignidad de la especie humana (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 467), mientras que para otros se trata de un delito que carece de sujeto pasivo (DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p.303). En tal sentido, afirma la citada autora que “no puede considerarse a los donantes de los gametos utilizados en la medida que, con la donación pierden los derechos sobre ellos (salvo los supuestos en que sea posible revocarla), especialmente cuando los destinan a la investigación por lo que se podría afirmar que el gameto, una vez abandonado su finalidad reproductiva, se desvincula del donante-persona que lo proporcionó, y en segundo lugar, porque el bien jurídico protegido ha de ser configurado desde una perspectiva colectiva, abandonando tintes patrimonialistas o personalistas.

En lo que respecta al objeto material son los “óvulo humanos”, es decir, los gametos que no son más que las células germinales maduras en la mujer, y el hombre, los espermatozoides.

La *conducta* consiste en *fecundar óvulos humanos con un fin distinto a la procreación humana*, que incluye la unión del óvulo al esperma-

tozoide de modo asistido en todo caso, pudiendo incluir la hipótesis de la fecundación vía coito natural. Sin embargo, queda excluida la partenogénesis o estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, la creación de embriones por personas de un mismo sexo (especialmente si son masculinas), la fusión de embriones entre sí o cualquier otro procedimiento para producir quimeras o el intercambio genético con otras especies (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 470). El consentimiento de la mujer es irrelevante penalmente.

Los casos de fecundación de óvulos con fines distintos a lo anterior, son punibles, inclusive a través de la técnica de la clonación u otra, pero con la finalidad de seleccionar la raza, o fecundar un óvulo de hámster con semen humano. No es posible admitir causas de justificación en este comportamiento.

Por otro lado, el delito es castigado a título de *dolo*, por lo que se requiere conciencia y voluntad de realizar la fecundación sin fines curativos. No cabe la comisión culposa.

b. Formas de aparición

El delito bajo examen se consuma cuando se practica la fecundación humana sin fines de procreación humana, siendo un delito de resultado cortado (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 830), no siendo posible la tentativa (CALDERÓN/ CHOCLAN, 1996, p. 626), mientras que para otros, la tentativa es posible siempre y cuando el agente haya iniciado la fecundación y haya fracasado en su procedimiento (SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 141).

Son *autores* los que realizan la fecundación sin fines de procreación humana, y es admisible tanto la *instigación como la complicidad*.

c. Consecuencias jurídicas

Finalmente, el delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación se castiga con pena de prisión de seis a diez años.

B. *Creación de seres humanos idénticos o Clonación (art. 147)*

1. Determinaciones previas

El segundo párrafo del artículo 147, sanciona la creación de seres humanos idénticos por medio de la clonación u otros procedimientos, hecho criticado por ser incierta, o porque, la clonación no constituye en sí una forma de manipulación, sino más bien se repite o copia la misma información genética.

Las técnicas de clonación se han utilizado en las plantas (vegetales), como en los animales, como es el caso de la oveja Dolly (1997), sin embargo, en el caso de los seres humanos, la clonación, es un procedimiento destinado a reproducir un individuo completo.

Los argumentos a favor de la clonación se han basado en un criterio utilitarista, de generar copias de individuos más saludables, de una particular belleza o genialidad, o la de creación de individuos para tareas especiales del Estado, vgr. espionaje, y en sentido contrario, las objeciones a la clonación humana, principalmente se fundamentan en la idea de la “dignidad humana”, porque la clonación implica la “instrumentalización de un ser humano”: el clon es producido como un simple medio para satisfacer fines externos a él mismo y conforme a ciertas características que se le impone por anticipado, de manera que se predetermina genéticamente a las personas por parte de terceros (ROBERTO ANDORNO, 2002, p. 275).

Desde el punto de vista de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, del 11 de noviembre de 1997, se señala que “cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, y que no debe permitirse la clonación con fines de reproducir seres humanos” (art. 11).

Por otro lado, en este delito (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 246) hay que distinguir bienes jurídicos individuales personales, relativos a la irrepitibilidad del ser mismo y de la unicidad del ser humano, y por otro lado, de carácter colectivo, en cuanto a la “reproducción

diferencial”, tal como lo ha indicado la doctrina (CALDERÓN/ CHOCLAN, 1996, p. 627).

En ese sentido, la intervención del Derecho penal en las conductas de clonación es necesaria, puesto que se atenta contra bienes jurídicos esenciales (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 262), y plantea riesgos notorios e inquietantes, como por ejemplo, el facilitar en el futuro la creación de fábricas de fetos o incluso de adultos para satisfacer las necesidades de la industria médica en materia de trasplante de órganos o la de crear individuos en serie de determinadas características si se llegara a manipular en estos el patrimonio genético de los embriones mediante la ingeniería genética, ej. Fabricación de bebés con ojos de color de moda (HIGUERA GUIMERA, 1995, p. 271).

Es necesario su punición, pues es evidente que en la medida en que se utilicen estas técnicas para fabricar seres humanos, se lesiona el derecho a la individualidad, identidad y a la propia autenticidad del ser humano, y se pone en riesgo que por ello representa para la propia humanidad (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 130).

Con toda razón, la creación de seres idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, protege la “herencia genética”, porque se transforma el patrimonio hereditario del hombre, bien creando artificialmente seres humanos genéticamente iguales, o bien, discriminando positiva o negativamente ciertas razas (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 834).

Por otro lado, no han faltado otros autores (SERRANO GÓMEZ, 2000, p. 143), que señalen que se protege el caudal genético que corresponde a la herencia, sin olvidar el derecho fundamental de la persona, en proteger su dignidad humana, y en atentar contra la libertad de los individuos.

En conclusión, el rechazo a la clonación, incluyendo la terapéutica, es evidente que no puede tolerarse porque la “dignidad humana es reflejo de la libertad”, de la libertad del ser, que es lo que justifica la identidad, la irrepitibilidad y la insustituibilidad del ser de cada persona, y la que hace que seamos distintos, y la que nos permite

que seamos distintos unos de otros” (JOSÉ MA. ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, *La clonación humana: implicaciones jurídicas*, 2003, p. 43).

2. Análisis de la figura delictiva

a. *Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo*

Sobre el *sujeto activo y pasivo*, nos remitimos a lo antes expuesto, solo manifestando que el sujeto es indiferente, aunque requiere de conocimientos especiales para este tipo de delito (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 478), mientras que el sujeto pasivo se afirma que es la comunidad.

En cuanto al *objeto material* lo constituyen los gametos femeninos y las células somáticas de los embriones, pre-embryones humanos, fetos o de individuos nacidos -en su caso, sobre las que se desarrollan las técnicas de clonación humana: los preembryones que va a ser divididos formando preembryones genéticamente idénticos, o los gametos o preembryones sobre los que se va a aplicar cualquier procedimiento de selección de la raza (BENÍTEZ ORTÚZAR, 1997, p. 479).

La *acción* punible se concreta con el verbo *crear* y no por clonar que no es más que “repetir muchas veces una misma información genética obteniendo copias exactamente iguales o idénticas, empleando dos métodos diferentes, en otras palabras, el hecho es punible cuando se consuma cuando se produce el resultado típico, es decir, la creación de seres clónicos o la selección de la raza (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 834), sin que por ello, no quede impune la tentativa.

En lo que respecta a las técnicas o los métodos por trasplante nuclear: Clonación de origen “somalonal”, distinguiendo el Trasplante de núcleo de célula somática a cigoto o huevo fecundado al que previamente se ha privado de su núcleo, el trasplante de un núcleo de una célula somática (información genética diploide) a un óvulo, por tanto no fecundado, al previamente se ha quitado su núcleo (con información haploide) y el método de Williams que consiste en tomar óvulos, es decir, células huevo no fecundadas que se seccionan en dos partes o mitades, y finalmente, el segundo método, que es la división

o separación de las células embrionarias, en las que se dividen las células de un embrión obteniendo copias exactamente iguales (HIGUERA GUIMERA, 1997, p. 266).

Ahora bien, el único supuesto que quizás podría reconsiderarse la clonación humana, sería con la finalidad de mejorar los procedimientos de fertilización o fecundación in vitro, o con la finalidad de detección de anomalías o defectos genéticos vgr. Síndrome de down, o la hemofilia (HIGUERA GUIMERA, 1997, p. 273).

En el caso de la utilización de técnicas genéticas para selección del sexo, quedan fuera del ámbito penal (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 130), son atípicas por no afectar el genotipo (CALDERÓN/ CHOCLAN, 1996, p. 627).

Finalmente, el comportamiento punible es castigado a título de *dolo* únicamente, no siendo posible la forma culposa.

b. *Formas de aparición delictiva*

El hecho se consuma cuando se produce el resultado típico, es decir, la creación de seres clónicos o la selección de la raza (GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 834), siendo la tentativa admisible, cuando no se consigue crear un ser humano, aunque señala la doctrina (LAMARCA PÉREZ, 2016, p.123). que puede entrar en concurso con la manipulación genética dolosa o imprudente con alteración del genotipo.

c. *Consecuencias jurídicas*

Para terminar, la pena para este delito se agrava hasta la mitad de la pena máxima señalada para la fecundación humana sin fines distintos a la procreación, que se establece de prisión de seis a diez años, y este hecho puede concurrir con el delito de genocidio cuando se ejecute con fines de seleccionar las razas.

Bibliografía

ARANGO DURLING, *Los delitos de reproducción asistida y manipulación genética*, en Boletín de Informaciones Jurídicas No. 44, Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá, 2008; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, *Aspectos jurídicos penales de la Reproducción asistida y la Manipulación Genética Humana*, Edersa, Madrid, 1997; BLANCO, Luis Guillermo (compilador), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002; BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, *Derechos Humanos y proyecto genoma*, Editorial Comares, Granada, 1999; BOTERO BERNAL, José Fernando, *De la manipulación genética en el nuevo Código Penal Colombiano*, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, Medellín, 2001; CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia, *La Reproducción humana asistida*, Santa Fe de Bogotá, 1995; DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *La reproducción asistida humana sin consentimiento*, Tirant Monografías, Valencia, 1999; GAFO, Javier (ed), *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1988; GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Limites penales a los últimos avances de la ingeniería aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid, 2001; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *El Derecho penal y la genética*, Estudios Trivium, Madrid, 1995; HOOFT, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos, Temas y Casos*, Depalma, Buenos Aires, 1999; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida "El proyecto Genoma humano sobre diversidad", en *Bioética y Genética*, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2000, p.146), LACADENA, Juan Ramón, *Las intervenciones en el genoma humano: un enfoque genético*, en *Genética y Derecho penal*, Fundación BBVA, Bilbao, 2001; LLEDÓ YAGÜE, Javier, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, MARÍN, Higinio (Director), *La clonación humana a debate: Sus implicaciones jurídicas y éticas*, Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003; MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2001; NOLE MORAN, Kathia, *Aspectos médicos legales de la reproducción asistida*, Asociación Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, Panamá, 1997; PORRAS DEL CORRAL, Manuel, *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*, Caja Sur, Córdoba, 1996; ROMEO CASABONA, Carlos Ma. (Ed), *Genética y Derecho Penal, Previsiones en el Código penal Español de 1995*, Editorial Comares, Bilbao, 2001; *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos*

a la manipulación genética, editorial Comares, Granada, 2004; *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1994; SANZ DE LA GARZA J. Homs, *Avances en medicina legal. Ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999;. VIDELA, Mira, *Los derechos humanos en la bioética, Nacer, vivir, enfermar y morir*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

SEXTA PARTE

DELITOS DE PELIGRO Y LA SALUD INDIVIDUAL

CAPÍTULO I

DELITOS DE PELIGRO Y LA SALUD INDIVIDUAL

I. LOS DELITOS DE PELIGRO EN GENERAL

A diferencia de los tipos delictivos estudiados anteriormente, a continuación nos ocuparemos del abandono de niños u otras personas incapaces de velar por su seguridad o su salud, contemplado en el Capítulo III del Título I del Libro Segundo del Código Penal Panameño, que suponen un peligro hacia bienes jurídicos protegidos y no implican un daño o lesión.

La esencia, por tanto, de estos delitos radica en la conducta del sujeto activo, que no tiene por finalidad la de producir un daño o lesión al sujeto pasivo, pero a consecuencia de su actuar se produce o puede producir un peligro para su vida o salud individual, o en otro caso un grave perjuicio para su salud o la muerte.

Según la doctrina son *delitos de peligro* aquellos en las que hay una probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado, a diferencia de los delitos de lesión que constituyen un ataque material contra un bien jurídico, como sucede por ejemplo, en el delito de lesiones personales.

La doctrina, sin embargo, sobre el particular hace la distinción entre delitos de peligro *concreto* y delitos de peligro *abstracto*. En opinión de BACIGALUPO (1989, p. 85), los primeros son aquellos “en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión”, mientras que los segundos son aquellos “en los que ese riesgo real no es necesario”.

La distinción, que parece artificiosa e innecesaria, tiene suma importancia, ya que sólo debe ser punible aquella puesta en peligro de bienes jurídicos que supongan una real “*commoción* para el bien jurídico, es decir, que temporal y especialmente el bien jurídico probablemente afectado ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro”, pues de lo contrario, el legislador *presume* un peligro sin que el mismo sea necesario para la punibilidad de la conducta del sujeto activo, lo que a juicio de BUSTOS RAMÍREZ (1984, p. 263) está en contradicción con el “principio garantizador de *nullum crimen sine iniuria*, que surge de una concepción material de la antijuridicidad y del injusto”.

Algunos autores, no obstante, dividen los delitos de peligro en diversas categorías, ya que en definitiva también es importante indagar “si reclaman una acción peligrosa como elemento del tipo” (TORIO LÓPEZ, 1981, p. 827).

Ello ha dado margen para que ciertos autores, como TORIO LÓPEZ (1981, p. 827), hagan la distinción entre delitos de peligro abstracto que, a) “suponen la violación de reglas éticas sociales o ético religiosas; b) los identificados como delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal; y, c) los delitos de peligro abstracto que designamos como de peligro hipotético”.

Los delitos de peligro abstracto denominados de peligro hipotético, por tanto, son aquellos que no exigen la producción de un eventual peligro concreto para el bien jurídico como elementos del tipo respectivo.

Por esta razón, atinadamente, TORIO (1981, p. 827), ha señalado que “la propuesta de prescindir legislativamente de los delitos de peligro abstracto no puede extenderse, evidentemente, a todos estos comportamientos. Debería limitarse a las infracciones consistentes en violaciones ético sociales o religiosas y a los injustos administrativos o de orden sometidos indebidamente por el legislador al Derecho penal”.

II. LOS DELITOS DE PELIGRO CONTRA LA VIDA Y LA SALUD INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO VIGENTE

Nuestro Código se ocupa de los delitos de peligro contra la vida y la salud individual al tratar del “abandono de niños y de otras personas incapaces de velar por su seguridad o salud” (art. 148), que están contenidos en el Capítulo III del Título I que trata de los delitos contra la vida y la integridad personal (Título I del Libro Segundo del Código Penal), pero no incluye la omisión de socorro (art. 146) prevista en el Código Penal de 1982.

A continuación nos ocuparemos del abandono de niños u otras personas incapaces de velar por su seguridad o su salud, sin dejar, de hacer mención a la desaparecida figura delictiva de omisión de socorro, por la importancia que se merece.

III. ABANDONO DE NIÑOS U OTRAS PERSONAS INCAPACES VELAR POR SU SEGURIDAD O SALUD

A. *Introducción y concepto legal de Abandono*

El artículo 148 del Código Penal vigente castiga el delito de abandono en el de la siguiente manera:

“Quien abandone a un niño o niña menor de doce años o a una persona incapaz de velar por su seguridad o salud que este bajo su guarda y cuidado, será sancionado con prisión de uno a dos años.

Si el abandono pone en peligro la seguridad o salud del niño o la niña o de la persona incapaz, la sanción será de cuatro a seis años de prisión.

Si, debido a las condiciones y al lugar del abandono, se causa un grave perjuicio para la salud de la persona, el culpable será sancionado con prisión de seis a ocho años. Si sobreviene la muerte, la pena será de ocho a doce años de prisión”.

Por su parte, el Artículo 148 A (L55de 2017) dice lo siguiente:

“Queda exenta de responsabilidad penal la madre que por primera vez entregue a un recién nacido a un centro receptor dentro de los primeros días de vida certificados por un pediatra idóneo o a falta de este por un médico idóneo”.

En el Código Penal de 1922, se contemplaba agravantes por razón del lugar donde se cometía el delito o por razón del vínculo de parentesco, y de igual forma la atenuante “honoris causa”, mientras que la actual legislación sigue en general los lineamientos de la legislación derogada, aunque ahora incluye formas agravadas por el resultado, situación que desplaza el concurso de delitos.

En otras legislaciones la figura bajo análisis ha sufrido una transformación considerándose punible el Abandono de familia, tal como sucede con el Código Penal Español, sin embargo, autores como QUERALT (1996, p. 178) manifiestan que “tal denominación no corresponde con la realidad; no se trata tanto de abandonar la familia, mejor dicho, dejar de cumplir ciertos deberes inherentes al sostenimiento de las cargas familiares y a la formación de los hijos, sino de poner en peligro físico o moral a los miembros de la familia a la que se deja de asistir”.

Y en lo que respecta al abandono de menores e incapaces, se distingue entre *abandono propio e impropio*. En el primer caso, tenemos el abandono de un menor de edad o incapaz que no constituye peligro (art. 148 primer párrafo), del abandono con que supone un peligro (art. 148 segundo párrafo). Por su parte, el *abandono impropio* consiste en la entrega a un tercero de un menor que se tiene a su cargo por crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto (MUÑOZ CONDE, 2013, p.311).

De lo antes se aprecia, que nuestra legislación contempla el abandono propio que constituye un peligro para la seguridad o salud del menor o persona incapaz, y que incluye en el tercer párrafo, un tipo agravado de abandono por el resultado que se provoca a la salud de la persona por el lugar donde se abandona, y por la muerte de la misma

B. Bien Jurídico Protegido

En el delito de abandono de niños u otras personas incapaces de velar por su seguridad o salud se protege tanto la vida como la salud individual del niño, niña menor de doce años y de la persona incapaz de velar por su seguridad o salud.

Estamos en presencia, por tanto, de un típico delito de *perigo*, ya que el tipo penal antes transcrito no exige la producción de ningún resultado.

Más aún, siguiendo los lineamientos de la doctrina mayoritaria, tendríamos que concluir que estamos en presencia de un delito de *perigo abstracto*, ya que para la consumación del delito no es realmente necesario que el peligro se haya producido.

FEBRES CORDERO (1993, p. 289), por su parte, amplía el bien jurídico protegido en este delito señalando que la norma protege es “la incolumidad de la persona física contra los riesgos o peligros que pueden sobrevenir de la falta de cuidados por parte de quienes tienen especiales deberes de asistencia o guarda”. Para el referido autor, también “existe un interés del Estado de proteger el interés social de los deberes de custodia y vigilancia de los seres débiles e incapaces”.

MUÑOZ CONDE (2013, p.309), por su parte, señala que el bien jurídico protegido es diferente unas veces la seguridad referida a un peligro para la vida, salud, integridad física o libertad sexual de un menor o incapaz. y otras, la inobservancia de determinados deberes de vigilancia o asistenciales, cuando no una mezcla de ambos.

En los mismos términos, coinciden otros, que si bien está ubicado como un delito contra los derechos y deberes familiares en la legislación española, lo cierto es que el bien jurídico protegido es la seguridad personal de los menores e incapaces, pudiéndose circunscribir dicho bien para este precepto al marco de la guarda (ROCA AGAPITO, ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p.941).

Antes de terminar, indica ACEVEDO (2008:223) en lo concerniente a nuestra legislación manifiesta, que la ubicación de este delito es ade-

cuada, toda vez que está en relación directa con los bienes tutelados, a diferencia del capítulo anterior que no tiene nada que ver con estos bienes jurídicos tutelados. Es la seguridad en sentido amplio o salud del afectado. Abarca la integridad física o psíquica e incluso hasta la vida.

C. *Análisis de la Figura Delictiva*

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

En primer término, *sujeto activo* de este delito no puede ser cualquier persona. La norma exige que el sujeto activo tenga una determinada calidad: guardador o cuidador del niño menor de doce años o de la persona incapaz de velar por su propia seguridad o salud.

Estamos, por tanto, ante un delito especial, pues sólo las personas que reúnen tales condiciones son las que pueden realizar la conducta descrita como punible en la figura delictiva estudiada.

De acuerdo con el Código de la Familia, las personas que tienen el deber legal de guardia y custodia son los padres, hijos, tutores y curadores. En opinión de algunos autores, este delito se refiere a una relación previa entre los sujetos, ya que el autor es la persona encargada a cuidar y velar por la seguridad y salud del niño o niña menor de doce años o de la persona incapaz (GUERRA DE VILLALAZ, 2012:73).

También debemos entender que tienen tal deber, las personas que por una u otra razón asuman tal situación en forma voluntaria, pues como bien advierte CUELLO CALON (1995, p. 769) no se necesita que el encargo surja de la ley, pues en su opinión “basta un encargo de hecho ordenado por persona competente para ello, y aun de breve duración”.

A este respecto sostiene CAIROLI (1995, p. 169) que el sujeto activo puede ser cualquiera que tenga el deber jurídico de asistencia o de guarda respecto del sujeto pasivo.

Como bien queda expuesto, por tanto, la obligación del *sujeto activo* de velar por la seguridad y la salud del sujeto pasivo puede ser una obligación tanto legal como moral.

En cuanto al *sujeto pasivo* de esta infracción, es obvio que el mismo es tanto la persona anciana que necesita de terceras personas como el enfermo que no puede valerse por sí mismo, y el niño o niña menor de doce años.

La doctrina discute si el límite de doce años en el caso del menor es apropiada o no. En este caso, se trata de una presunción *iure et de iure*, que no admite prueba en contrario, pues en tal edad cronológica se fija el límite a criterio del legislador donde se presume que el menor de doce, en términos generales, no posee la capacidad para valerse por sí mismo ni velar por su seguridad o salud.

Otras legislaciones, al respecto, sin embargo, fijan el tope de la edad del menor en siete años, lo que ha motivado una dura crítica de la doctrina en tales países, pues tal límite establecido de modo general no toma en cuenta la existencia de posibles niños con mayor capacidad que otros para valerse por sí mismos y, por ende, velar por ellos mismos.

En cuanto a la *conducta* delictiva consiste en *abandonar* a un niño o niña menor de doce años o a una persona incapaz de velar por su seguridad o salud.

Debemos entender que la expresión velar por su *seguridad* abarca la *vida*, ya que de lo contrario estaríamos reduciendo el ámbito de protección a la salud individual, es decir, a la integridad corporal o mental.

FEBRES CORDERO (1993, p. 290) señala que por abandonar “se entiende el hecho de colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo que implique la privación, aunque sea momentánea, de los cuidados debidos y necesarios con peligro para su persona”.

Para otros, abandonar es dejar desamparada a una persona, sin la protección de quien tiene la obligación de dársela, privándola de atención y cuidado, en definitiva, como bien se ha dicho, dejándola a su suerte, no cumpliendo correctamente el encargado su deber (GARCÍA VALDÉS/ MESTRE DELGADO/ FIGUEROA NAVARRO, 2011:107).

Señala la doctrina que el acto de abandono comprende el *abandono material*, en dejar de prestarle el cuidado y asistencia a la persona

incapaz o al menor de doce años, de manera que se ponga en peligro su vida o su salud individual, y no de naturaleza moral, ya que en este supuesto los sujetos pasivos no quedan desamparados, ni privados, no quedan privados de asistencia (MENDOZA TRONCONIS, 1993, p. 121-2/ TERÁN LOMAS, 1983, p. 394).

Este delito, según NÚÑEZ (1993, p. 320), puede ser realizado en dos formas: a) cuando el sujeto pasivo es sacado de su ambiente común de protección en el que se encuentra y dejado en otro lugar desamparado, donde se le expone a un peligro para su salud o su vida; o b) bien alejándose el sujeto activo del ambiente de protección, dejando en el mismo lugar a la víctima y creando para ella el peligro que es la esencia de la figura delictiva.

Lo antes expuesto, pone de manifiesto que el delito en estudio puede ser realizado tanto por acción como por omisión.

Algunos autores, como RODRÍGUEZ DEVESA (1983, p. 104), señalan que debe ser cometido por *omisión*. MUÑOZ CONDE (1996, p. 269), advierte también que estamos en presencia de un delito de *omisión* como consecuencia del deber de cuidado que tiene el sujeto.

Sostiene ACEVEDO (2008:224) que el delito contiene varias conductas diferenciadas entre sí. En el primer párrafo y segundo párrafo, la conducta es de peligro, no es necesario que exista un resultado. El delito se consuma con el solo acto de abandonar.

El comportamiento del agente, en el tipo simple se castiga por la posibilidad de poner en peligro la vida, su salud o seguridad del sujeto pasivo, siendo un delito de peligro abstracto, y no requiere ningún resultado.

Ahora bien, resulta interesante destacar que la nueva legislación penal en esta materia consagra el tipo simple o básico, y formas agravadas del mismo, sin que a nuestro modo de ver se establezca de manera significativa cual es el alcance del peligro, tanto en el tipo básico, como en el segundo párrafo de la norma citada, situación que no pareciera necesaria.

Lo anterior, ciertamente planteará problemas interpretativos, pues en ambos supuestos estamos ante una situación de peligro para la salud y seguridad del sujeto pasivo, por lo que la agravante a nuestro juicio solo operará en circunstancias sumamente graves o riesgosas.

Y por otro lado, debe quedar claro que la acción se agota con la creación de un peligro producto del abandono o desamparo, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo. Por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud no hayan estado comprometidas (TERRAGNI, 2000, p. 587).

En el *tipo subjetivo* tenemos que el delito se realiza con *dolo*, es decir, con conciencia y voluntad de dejar desamparado al sujeto pasivo. A este respecto indica GUERRA DE VILLALAZ (2012:73) es una acción dolosa que no solo incumple con sus deberes de guarda y cuidado, sino que deliberadamente los abandona.

Es imprescindible, por tanto, que el sujeto realice la acción con la finalidad de desatenderse de la obligación de velar por la seguridad o salud del sujeto pasivo, creando un riesgo para ellos (TERRAGNI, 2000, p. 586).

Este ánimo de abandonar es el elemento subjetivo que permitirá diferenciar esta conducta punible de otros hechos delictivos en los que la conducta se manifiesta a través de comportamientos similares, de homicidio o lesiones.

En cuanto al dolo mismo, la norma no exige que el sujeto activo actúe con una finalidad específica, por lo que estaremos ante un delito que sólo requiere la presencia de dolo directo.

2. Formas de Aparición

Estamos en presencia de un delito que se *consume* en el momento en que el sujeto activo abandona al niño o niña menor de doce años o a la persona incapaz de velar por su seguridad o salud, aunque no haya un peligro para la vida o la salud de los mismos, ni muchos menos, que se produzca un daño para la vida o la salud del sujeto

pasivo situación, que es distinta en el párrafo final, que exige que se produzca el resultado muerte (ACEVEDO, 2008:224).

Este delito no admite las formas imperfectas de ejecución, como la *tentativa*, ya que los actos que supondrían tal institución son meros actos preparatorios no punibles en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Sólo es autor el que abandona al niño o niña menor de doce años o la persona incapaz de velar por su propia seguridad o salud, cuando el sujeto tiene la obligación de cuidar del sujeto pasivo.

Las distintas formas de *participación criminal*, complicidad e instigación, se rigen por las reglas generales.

3. Consecuencias Jurídicas

El delito de abandono en el Código Penal del 2007, se castiga con diferentes penas, tomando en cuenta el peligro o en otro el resultado proveniente del abandono por parte del agente del delito, aunque a nuestro juicio tales situaciones de peligro descritas en la norma son complejas y difícil de precisar.

En el tipo simple de abandono se sanciona con pena de prisión de uno a dos años. En los tipos agravados encontramos que si el abandono pone en peligro la salud o seguridad del niño o la niña o de la persona incapaz la pena es de cuatro a seis años de prisión.

De igual forma, el codificador del 2007 incluyó otro tipo agravado, fórmula que impide el concurso de delitos, tomando en cuenta cuando se cause un grave perjuicio a la salud de la persona abandonada o en caso de que sobrevenga la muerte, en el primero se castiga con pena de seis a ocho años y en último caso, de ocho a doce años de prisión.

Finalmente, tras la aprobación de la Ley 55 de 2017 que regula la protección de los recién nacidos entregados por su madre a un centro receptor, se adiciona el artículo 148A, que establece una exención de responsabilidad penal cuando la madre por primera vez entregue a un recién nacido a un centro receptor dentro de los primeros días de vida certificados por un pediatra idóneo o a falta de este por un mé-

dico idóneo, siempre y cuando no haya evidencias de que haya sido víctima de maltrato”.

Bibliografía

- ARANGO DURLING/ MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Universidad de Panamá, 1986; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/ MUÑOZ CUESTA, Javier, *Delito de lesiones*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1993; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Estudios sobre el delito de lesiones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994; BERISTAIN, Antonio, Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal Español y Comparado, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, febrero-marzo, 1971, Madrid; BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, S.A., ILANUD, Bogotá, 1989; *Principios de Derecho Penal Español, II, El hecho punible*, Ediciones Akal, S.A., Madrid, 1985; BELLO, Federico, *La familia y el Código Penal Español*, Editorial Montecorro, S.A., Madrid, 1977; BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1984; CARDONA LLORENS, Antonio, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Edersa, Madrid, 1988, CASTILLO GONZALEZ, Francisco, Ediciones Pasdiana, San José, 1984; CERES MONTES, José Francisco, *La protección Jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el Nuevo Código Penal*, COLEX, Madrid, 1996; COBO DEL ROSAL, “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1963; CUELLO CALON, Eugenio, *En torno a la inseminación artificial en el campo penal*, CUELLO CALON, Eugenio, *El delito de abandono de familia* (Art. 487 del Código Penal, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1948; DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Tirant lo blanch, Barcelona, 1997; DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; FERNANDEZ DEL TORCO, Alonso, Juan Manuel, *Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso Español*, Edersa, Madrid, 1994; LANDROVE DIAZ, *Política Criminal del aborto*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1986; MAJADA PLANELLES, Arturo, *El problema de la muerte y las lesiones deportivas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1946, MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, ¿Está permitido en la legislación panameña el trasplante de corazón? *Revista LEX*, septiembre-diciembre, 1977, MUÑOZ RUBIO y GONZALEZ FERRER, Campo Elías, *El delito de lesiones personales en Código Penal Panameño*, Universidad de Panamá, 1977; NUDELMAN, Santiago,

El delito de Lesiones, Estudio penal y médico legal, Editorial “El Ateneo” Buenos Aires, 1953; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El abandono de familia*, publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979; RIVAS GODIO, Luis Enrique, *Las lesiones leves en la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte” en *Comentarios a la Legislación Penal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1982 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho Penal Comparado)*, PPU, Barcelona, 1988, SISCO, Luis P., *Delitos cometidos en ejercicio del deporte*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963; TORIO LOPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético” en *Anuario*, Tomo XXXIV, mayo-diciembre, 1981.

CAPÍTULO II

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA OMISIÓN DE SOCORRO

I. INTRODUCCIÓN

Como habíamos señalado previamente, conjuntamente con el delito de abandono, el derecho comparado contempla la omisión de socorro, hecho que aparecía previsto en el artículo 146 del Código Penal de 1982, pero que ha desaparecido en la legislación vigente, sin embargo, por su importancia nos referiremos siguiendo para ello el tipo penal ya derogado.

Se trata de una figura delictiva en donde, a diferencia de los delitos anteriores, se castiga una *omisión*, ya que la conducta delictiva consiste en no hacer caso de un mandato imperativo.

La figura en cuestión estaba redactada en los siguientes términos en el Código Penal de 1982:

“El que encuentre a un niño perdido o desamparado menor de doce (12) años o a cualquier otra persona incapaz de valerse por sí misma por causa de enfermedad mental o corporal y omita socorrer lo o dar aviso a la autoridad, será sancionado con 20 a 100 días multa.

En la misma pena incurre el que habiendo encontrado a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omite prestar el auxilio necesario o dar aviso a la autoridad”.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la doctrina moderna se discute si este delito supone atentar contra el bien jurídico *vida y salud personal* o contra otros bienes jurídicos.

Para los autores italianos, cuyo Código incorpora el delito en cuestión dentro de los delitos contra la vida y la integridad personal, se trata de un ilícito que pretende prevenir los daños que puedan serle causados a las personas que se hallen en situación de peligro, toda vez que en el agente debe privar el deber de asistencia en la norma estudiada (ANTOLISEI, 1977, p.106).

Otros autores, españoles, como, QUINTANO (1972) objetan tal posición ya que para algunos de ellos, es menester desligar este “delito de omisión del deber de socorro de los de contra las personas, como acontecía con el modelo italiano, y preferir dotarlo de una características de generalidad que son las que mejor se acuerdan con su naturaleza de peligro y de inconcreción del sujeto pasivo”, toda vez que, incluso, de esta forma “se independiza la omisión de los resultados reales, en absoluto irrelevantes en nuestro Derecho, lo que es de casi común aplicación”.

En este contexto, se ubica como un “delito contra las relaciones familiares” en el actual Código Penal Español de 1995, manteniéndose como bien jurídico protegido “la solidaridad humana”, es decir, el deber que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a otra persona que se halle en situación de peligro, mientras (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 278) que otros autores como SERRANO GÓMEZ (2000, p. 278) sean de la opinión que abarca la vida e integridad física de la persona, su libertad, su libertad sexual y honor, tomando en consideración en este último caso que se castiga la omisión del deber de socorro personal, la omisión de petición de socorro, y la omisión de socorro por profesional sanitario.

El delito en cuestión, sin embargo, aparecía en el Código Penal de 1982 dentro de los delitos contra la vida y la integridad personal, de forma que no podemos desconocer esta situación legal. Ello nos lleva

a la necesidad de tener que reconocer que estamos en presencia de un ilícito, que se sustenta en el *deber de solidaridad*.

De ahí que, si bien se protege indirectamente la vida e integridad personal que puede ser afectada por dejar al sujeto pasivo expuesto a un peligro, lamentablemente no se sanciona al sujeto activo si por su omisión se produce un daño en perjuicio de la víctima.

Esta situación, por tanto, pone de relieve la naturaleza de la infracción estudiada, ya que lo que interesa realmente es evitar que se exponga al sujeto pasivo a un peligro que pueda afectar su vida e integridad (salud) personal.

Por ello, con toda razón FRAGOSO (1981, p. 165) destaca que si bien es cierto que normas como la estudiada protegen un “simple deber moral de asistencia y solidaridad social”, en estos casos también se protege “la vida y la salud del individuo, con especial referencia a situaciones de peligro en que se encuentran criaturas, personas heridas o cualesquiera otros individuos”.

Siendo esta situación, hay que concluir con TERAN LOMAS (1983, p. 35) que la “ley consagra un deber tutelar de solidaridad social, de asistencia mutua, un mandato y no una prohibición”, como veremos al tratar de la conducta típica.

Finalmente, vale la pena señalar, respecto del párrafo final del artículo 146 que el mismo contiene una norma en donde incluso se exige la existencia de un peligro cualquiera, de forma que lo antes expresado sobre el *peligro* debe ser considerado tomando en cuenta esta situación.

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DELICTIVA PRIMER PÁRRAFO

A. *El tipo de injusto*

1. Tipo objetivo y tipo subjetivo

Sujeto activo de la infracción puede ser cualquier persona, ya que la norma bajo estudio no exige ninguna cualidad especial en el sujeto activo.

No obstante lo anterior, si el que omite la acción ordenada por la norma es una persona que tiene un especial deber de cuidado para con el sujeto pasivo, no estaremos en presencia del delito descrito en el párrafo inicial del artículo 146, pues, en ese caso, la figura delictiva será la prevista en el artículo 145.

Se trata, por tanto, de un delito común en donde cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo.

Por lo que respecta al *sujeto pasivo*, en la modalidad estudiada nos encontramos que el mismo puede ser: a) un niño perdido o desamparado menor de 12 años; o, b) cualquier persona incapaz de valerse por sí misma, sea por causa de enfermedad mental o corporal.

A propósito del sujeto pasivo, por tanto, encontramos dos aspectos relevantes:

- 1) que se trate de un niño perdido o desamparado, en ambos casos, menor de 12 años.
- 2) que se trate de una persona incapaz de valerse por sí misma, sea que la causa de tal incapacidad sea una enfermedad mental corporal.

En lo que respecta al primer aspecto, no interesa que el niño tenga o no capacidad para valerse por sí mismo, ya que la norma crea una presunción *iure et de iure*, pues se presume que, en todo caso, un menor de 12 años perdido o desamparado no tiene capacidad para valerse por sí mismo.

Por lo que respecta al segundo aspecto, es importante que la incapacidad que tenga la persona se deba a una enfermedad mental o corporal, ya que cualquier otra causa de incapacidad no será la exigida por el tipo correspondiente o dará, es posible, margen para que estemos en presencia del tipo consagrado en el párrafo final de este artículo.

La *conducta típica* consagrada en la norma estudiada presenta dos modalidades distintas para la realización del hecho delictivo analizado.

Por una parte, se castiga *omitir socorrer* a un niño perdido o desamparado menor de 12 años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, cuando la causa de tal incapacidad se debe a una enfermedad mental o corporal u *omitir dar aviso a la autoridad* de la existencia de un sujeto pasivo como el antes descrito.

La omisión en esta conducta se refiere al socorro o auxilio que debe prestar en forma personal y directa la persona que encuentra a otra en los términos antes indicados, o, en todo caso, al deber que tiene esa misma persona, si no la socorre o auxilia, de dar pronto aviso a la autoridad tomar las medidas más beneficiosas para evitar cualquier consecuencia perjudicial el sujeto pasivo de la infracción.

Pareciera, por tanto, que estamos en presencia de dos modalidades que se presenta en forma alternativa, pues si el sujeto no presta el socorro exigido por la norma, al menos debe dar aviso a la autoridad lo antes posible.

Esta interpretación, sin embargo, ha sido desechada por un sector de la doctrina moderna que estima que en este caso no estamos en presencia de una alternativa para el autor de la infracción, ya que sólo debe omitir el socorro cuando el mismo implique un riesgo personal para el mismo, en cuyo caso está legitimado para omitirlo y escoger el dar el aviso pronto a la autoridad. La posición antes expuesta, que corresponde a SOLER (1970) en el Derecho argentino, tiene fundamento en el texto penal del país estudiado por el citado autor, pero no tiene asidero legal frente a nuestro ordenamiento que no contiene esta excepción.

Queda claro, en consecuencia, que frente a nuestro ordenamiento el sujeto puede omitir dar el socorro o auxilio necesario al sujeto pasivo, pero si inmediatamente avisa a la autoridad de la existencia de una persona como la indicada no habrá cometido infracción penal alguna, ya que ello elimina la ilicitud del primer comportamiento.

Esta solución, a nuestro juicio, es inaplicable para el caso de ciertos sujetos que observando la existencia de un niño perdido o desamparado menor de 12 años, a pesar de que tiene un cierto deber jurídico

respecto del resto de la comunidad, omiten socorrerlo y en su lugar prefieren dar aviso a la autoridad para que haga cesar tal situación.

Tal es el caso del policía que, observando a un niño como el descrito en la norma, omite socorrerlo y prefiere avisar a la autoridad de menores para que sea ésta la que se haga cargo del niño perdido o desamparado. En este caso, tal situación no es lícita, ya que el deber de velar por la seguridad ciudadana impone al agente del orden público la obligación de socorrer al niño y evitar posibles consecuencias negativas en perjuicio del mismo.

Finalmente, respecto de la *omisión de dar aviso a la autoridad* es necesario destacar que ésta conducta de carácter subsidiario adquirirá vigencia cuando el sujeto omita el socorro que personalmente puede brindarle al sujeto pasivo y deja de dar aviso a la autoridad de la existencia de tal persona en situación de incapacidad o del niño perdido o desamparado menor de 12 años.

En cuanto a la omisión misma, estamos en presencia de un delito de *omisión simple o pura*, en donde no es necesario que se produzca el riesgo u otro resultado adicional en perjuicio del sujeto pasivo. En la doctrina patria, MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ y MUÑOZ POPE (p. 37) se han ocupado de algunos aspectos de la omisión en general, por lo que mayores informaciones al respecto pueden consultarse en sus publicaciones. Sobre estos aspectos, en concreto, y sobre la omisión de socorro en general consúltese la monografía de RODRÍGUEZ MOURULLO (1965), quien trata esta problemática a nivel monográfico.

En cuanto al *tipo subjetivo*, la modalidad estudiada en esta ocasión constituye un delito que exige en el sujeto activo conocimiento y voluntad de que con su omisión de socorrer al niño desamparado menor de 12 años o a cualquier persona incapaz de valerse por sí misma se desconoce un mandato de actuación en un determinado sentido impuesto por el legislador.

De la misma forma, en cuanto a la omisión de dar aviso a la autoridad, ella supone conciencia y voluntad en el sujeto activo que no

socorre al sujeto pasivo antes descrito y deja de avisar a la autoridad correspondiente de la existencia de una persona en tales condiciones.

Lo antes expuesto, pone de manifiesto que estamos en presencia de un delito que se comete e título *de dolo*, sin que sea necesaria la existencia de una finalidad especial en el sujeto, ya que la norma estudiada no requiere finalidad en tal sentido.

Se trata, por tanto, de un delito doloso en donde basta la existencia de *dolo genérico*.

2. Formas de aparición

Las *fases de ejecución* en este delito, por ser una infracción omisiva, presentan algunas características especiales.

En efecto, la consumación aparece cuando el sujeto activo *omita* socorrer a la persona descrita como sujeto pasivo o, cuando decida no socorrerla, omita dar aviso a la autoridad correspondiente para hacer cesar la situación de peligro.

Por lo que respecta a la tentativa, sin embargo, surgen algunos problemas. Ello se debe, fundamentalmente, en que en la omisión no hay el inicio de la realización de actos tendientes a hacer algo, lo que da margen para sostener que en este delito, como en los demás de omisión, *no cabe la tentativa*.

Lo que sería el inicio de dejar de hacer lo ordenado o mandado por la norma, ya es consumación en el delito de omisión.

A propósito de la *autoría y participación*, también surgen algunos problemas. En esencia, podemos decir que, autor, sin duda, es el que omite hacer lo preceptuado por la norma.

Sobre la participación, se presentan algunas dudas. Fundamentalmente en cuanto a la *complicidad*. Esto es así, toda vez que la complicidad supone *ayuda material* que brinda el cómplice al autor de la infracción.

Y, todos sabemos, que en la omisión el autor deja de hacer lo ordenado o mandado por la norma, siendo prácticamente imposible

que el cómplice haga algo para ayudar la omisión (comportamiento negativo) del autor.

Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando dos sujetos en un vehículo, conductor y pasajero, tienen conocimientos de la existencia de personas como las previstas en la norma como sujeto pasivo y omiten socorrerlas. Si nada hacen por tales personas, ambos son autores del delito de omisión de socorro, pues ambos tenían la obligación de hacer cesar el estado de peligro para las personas en ese estado encontradas.

Algo parecido sucede con *instigación* que supone inducir al autor a realizar tal o cual acción.

En efecto, es probable que tanto autor como instigador tengan la posibilidad de hacer cesar el estado de peligro en que se encuentran el niño desamparado o perdido menor de doce (12) años o las personas incapaces de valerse por sí mismas, en cuyo caso ambos serán autores de este delito, salvo que el instigador no esté en posición de hacerlo y sí sea efectiva su inducción para que el autor deje de hacer lo que la norma le manda u ordena.

Esta situación, sin duda, se ve con mayor claridad cuando la persona en estado de peligro es un herido, ya que en tales casos, como veremos en su oportunidad, la situación plantea difíciles soluciones al intérprete.

3. Consecuencias jurídicas

La sanción prevista para quienes omiten hacer lo mandado u ordenado por la norma estudiada, prevista en el Código Penal de 1982, es de 20 a 100 días multa.

Estimamos, sin embargo, que en todo caso debió establecerse una pena alternativa, de forma que el juzgador pudiera escoger entre una pena leve de privación de libertad (6 meses a 1 año de prisión) o una pena pecuniaria como la establecida en este delito.

IV. LA OMISIÓN DE SOCORRO PREVISTA EN EL PÁRRAFO FINAL DEL ARTÍCULO 146

A. Planteamiento

El párrafo final del artículo 146, consagra una modalidad especial de omisión de socorro, que a diferencia con la prevista en el párrafo inicial del mismo artículo, se refiere a la existencia de una persona *herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera*, en cuyo caso, se establece una pena igual a la prevista en el párrafo inicial de la misma norma.

Se trata, por tanto, de una omisión de socorro en donde sólo existen diferencias normativas en torno al sujeto pasivo de la infracción, aunque ello traiga de paso consecuencias digna de estudiar a propósito de las fases de ejecución y la participación criminal.

Ello nos obliga, entonces, a formular las consideraciones necesarias únicamente en los aspectos antes mencionados, de forma tal que nos remitimos a los temas antes expuestos que no sufren modificación por razón del párrafo comentado.

B. Diferencias con la conducta anterior

a. En cuanto al sujeto pasivo

A propósito del sujeto pasivo en la modalidad prevista en el párrafo final del artículo 146, es necesario destacar que el mismo gira en torno a la existencia de una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera.

No cabe duda que, a diferencia del párrafo inicial, si el sujeto pasivo se encuentra herido, inválido o amenazado de un peligro cualquier este ilícito debía ser sancionado con mayor severidad que la figura prevista en el párrafo inicial del artículo 146. Es inexplicable, por tanto, que ello no haya sucedido, ya que en este párrafo la pena prevista para el omítete del socorro o quien omita dar aviso a la autoridad de la existencia de una persona como la antes descrita, es sancionado con una pena igual a la prevista para el sujeto activo de

la infracción contenida en el párrafo inicial del mismo artículo (Art. 146, párrafo inicial).

No habiendo diferencias reales en cuanto a la pena para esta conducta con respecto a la modalidad del párrafo inicial, es necesario destacar que la modalidad estudiada pierde, en consecuencia, su posible *substancia o importancia*.

Y es que, debemos reconocer, sólo debe tener significación esta modalidad cuando el sujeto que omite el hacer ordenado por la norma puede afectar con su comportamiento omisito a una persona que tiene sensiblemente disminuidas sus posibilidades de evitar un daño o librarse de un peligro cierto y concreto que pueda afectarle a corto plazo.

Por otra parte, es preciso destacar que la referencia a *persona herida o inválida* es innecesaria, ya que ambas quedan abarcadas dentro del concepto de persona *incapaz de valerse por sí misma* previsto en el párrafo inicial del artículo 146, lo que no deja únicamente como verdadero sujeto pasivo a las *personas amenazadas de un peligro*.

Persona *herida* es aquella que sufre una lesión actual, es decir, no sometida todavía a tratamiento por razón de la misma, ya que si ello ya ocurrió, sería una persona convaleciente y, posiblemente, incapacitada; por el contrario, persona *inválida* es la que por razón de alguna enfermedad no tiene la capacidad para valerse por sí misma.

En cuanto a la *persona amenazada de un peligro cualquiera*, debemos tener presente que la misma es aquella que se encuentra frente a la existencia de un daño o lesión potencial, que aún no ha ocurrido, pero que puede ocurrir si el sujeto no libra al sujeto del peligro existente en su contra.

Vistas así las cosas, no cabe duda que estamos en presencia de un peligro o riesgo concreto, sin que la norma identifique la clase o naturaleza del peligro mismo. Debe tratarse, sin dudas, de un peligro contra la vida o la salud de la persona, ya que otro peligro carece en este momento de importancia.

b. En cuanto a las formas de aparición

Por lo que respecta a las formas de aparición (fases de ejecución y participación criminal), la modalidad estudiada plantea una serie de dudas dignas de ser analizadas.

Surgen dudas en cuanto a la existencia de la tentativa y las formas de participación criminal.

En efecto, admite este delito la tentativa. Cabe la participación criminal (instigación o complicidad).

La respuesta a la primera interrogante debe ser negativa.

En efecto, el sujeto activo no inicia la ejecución de un acto para omitir aquello que el legislador le ordena o demanda, sino que deja de hacer lo ordenado en un solo momento sin que quepa la posibilidad de iniciar una no ejecución del mandato impuesto por la norma, la tentativa, por tanto, es inadmisibles.

Sobre la segunda interrogante, debemos contestar también en forma negativa. Esto así, ya que tratándose de una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera que se encuentren dos o más personas en la calle o en la vía, la obligación existe para con todas ellas, siendo irrelevante que uno trate de convencer al otro de que omita dar el socorro exigido por la norma.

En este caso, salvo de ellos carezca de la capacidad para ir en ayuda del sujeto en peligro (por ejemplo, el pasajero de un vehículo conducido por otro, que no se detiene a pesar de los ruegos que le hace al conductor para que auxilien al herido), ambos son autores de la infracción analizada.

Bibliografía

ARANGO DURLING/MUÑOZ POPE, *Delitos contra la vida e integridad personal*, Panamá, 1986; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, 7ma. edición por L. Conti, Giuffré, Milano, 1977; FRAGOSO Heleno Claudio, *Licoes de Direito Penal*, Parte Especial (Arts. 121 al 160 CP), 6a. edicao, Forense, Río de Janeiro, 1981; GILL, Hipólito, *Delitos contra la vida e integridad personal*,

Panamá, 1999; MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, “Está permitido el trasplante de corazón en la legislación panameña” en *LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá*, No.8, 1977; QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da., edición, 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1965; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, 3era. edición, Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1970; TERAN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal, Tomo 3, Parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

*Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Litografía e Imprenta Grafos S.A.
En el mes de noviembre de 2018.*
