

Art. 128.- HOMICIDIO JURISPRUDENCIA.

“El recién nacido como ya se afirmó anterior vivió un momento, por las siguientes razones: la experticia médica indica que luego de realizarle las docimasias tanto radiológica como hidrística dieron un resultado positivo, al indicar que el recién nacido había respirado al nacer, ya que al introducir los pulmones en agua estos flotaron, como señal de que había respirado al nacer, entonces esto confirma que estamos ante una vida independiente”. (T3S SS 148-2002 del 29 de Noviembre 2002.

“El recurso al uso de armas por parte de los agentes del orden está sometido a una serie de condiciones para que resultados lesivos que puedan determinarse por la utilización de las armas puedan quedar cubiertos por la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo que opera como justificativa de la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico determinando que esa acción devenga penalmente impune. Se precisa a tal efecto: 1º) que el sujeto activo sea una autoridad o agente de la misma que esté autorizado para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones, 2º) que su concreta actuación se haya producido precisamente en el ejercicio de sus funciones propias; y 3º) que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea necesario el uso de la violencia y que, aun siendo necesaria, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso. Si esta última exigencia de necesidad del recurso a la violencia no concurre la actuación del agente no puede ser cubierta ni por la eximente completa ni aún como incompleta”- TS 2ª, S 22-11-1997

“En caso de concurrir el homicidio con delito de Fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales se ha estimado que es un concurso aparente de leyes y no de delitos (TS SV 4 mayo 2001)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

CONCEPTO

Matar significa acortar la vida de otra persona, por lo que es homicidio la muerte a un ser humano que se encuentra agonizando y aunque deba morir minutos después.

SUJETOS

Nuestro Código no hace una alusión clara al término nacimiento para delimitar el homicidio de aborto, sí lo hacía el Código Penal de 1974 (Art. 155). No obstante lo anterior es lógico considerar que ante la existencia de las dos figuras el nacimiento es el acontecimiento que nos determinará si estamos ante un homicidio o un aborto.

Siguiendo una concepción clásica la muerte se produce cuando cesa definitivamente la actividad del corazón y la respiración; en los últimos años se impone la muerte cerebral que implica la cesación total e irreversible de las funciones cerebrales, aun cuando la circulación y respiración se mantenga por medios artificiales, para lo anterior se esgrimen dos razones: 1) la característica de la individualizada humana, no es producto del corazón sino del cerebro; 2) la actividad del corazón o de la respiración es reversible, debido a la posibilidad de trasplantes de corazón o de mantener artificialmente la respiración durante largo tiempo, en cambio la extinción de la función cerebral es irreversible¹.

De no aceptar la muerte cerebral sino la clínica habría que responsabilidad de muerte a los médicos que para efectuar el trasplante lo extraen de la persona que está muerta cerebralmente aunque con vida artificial.

El Código de Salud en los Arts. 128 y sigs. hace una regulación en torno a los trasplantes lo que evidencia una autorización para los mismos, admitiendo la muerte cerebral, lo que es coincidente con el Art. 147 Pn.; médicamente es indispensable que el donante tenga por lo menos vida artificial, en ese sentido el Art. 128-C del Código de Salud define así:

“MUERTE: Es la cesación irreversible de las funciones cardio-respiratorias, o bien, cuando se demuestre la pérdida completa e irreversible de las funciones encefálicas y del tronco cerebral.

MUERTE CEREBRAL: Es la pérdida completa e irreversible de las funciones encefálicas y del tronco cerebral”.

Por su parte el Art. 128-F reza: "El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona, se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o bien cuando se demuestre la pérdida de las funciones encefálicas y del tronco cerebral, conforme el respectivo protocolo".

CONDUCTA TIPICA.

En el plano causal importante resulta resolver el problema del amplio lapso de tiempo entre la realización de la conducta y la producción de la muerte (SIDA mientras desconozca su cura, herido que queda en coma profundo durante años o gravemente enfermo muriendo más tarde a consecuencia de esa enfermedad). El resultado resulta determinante al momento de juzgar el caso; la seguridad jurídica impide dejar pendiente de calificación el caso.

Si en el caso de las lesiones el resultado no se produce de inmediato por razones ajenas a la voluntad del agresor podría considerarse a mi juicio la calificación de homicidio imperfecto; en el caso del SIDA lesiones graves; naturalmente que si el resultado se produce antes del juicio y es consecuencia directa del contagio producido dolosa o imprudentemente puede imputarse el homicidio en grado perfecto.

TIPO SUBJETIVO.

Se discute la solución en los casos de dolus generales que implica la realización de dos actos, el primero doloso en tanto que va dirigido a obtener el resultado y el segundo que es el que lo produce efectivamente, producto de un error sobre el éxito del primer acto.

El principio la solución partió del dolus generalis, según el cual el dolo abarcaba todo el hecho y sus incidencias, independientemente de las incidencias concretas del nexo causal.

²Un sector afirma que se trata de un solo delito; otros estiman que hay concurso entre homicidio tentado y homicidio culposo.

Otro sector hace una distinción partiendo del hecho de si el segundo acto entraba en el plan inicial del autor. Así si el plan era matar y aparentar el suicidio es homicidio; pero si la idea de aparentar el suicidio surgió después se estima un concurso entre homicidio tentado y homicidio culposo.

FASES DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

Cuando ingresa a la discusión el planteamiento de la Teoría de la Imputación Objetiva, gran parte de la discusión se define en el tipo objetivo, pues el análisis que se haga en relación al peligro al bien jurídico determinará de entrada si los que se discuten son lesiones o u homicidio tentado, no quedando el total de la discusión en el tipo subjetivo.

En la práctica la distinción parte de herramientas procesales que se usan como parámetros de la intención del sujeto: 1º) las relaciones previas existentes entre agente del hecho y víctima, 2º) sus respectivas personalidades, 3º) las incidencias que hubieran tenido lugar en momentos precedentes al hecho tales como insultos, provocaciones o amenazas, 4º) las manifestaciones que se hicieran durante una situación de contienda o por el agente del hecho tras la perpetración del mismo, 5º) clases, características y dimensiones del arma utilizada y si es idónea para causar resultados letales, 6º) lugar o zona del cuerpo a que la acción ofensiva se ha dirigido y su vulnerabilidad y carácter de ser conocidamente de importancia para la vida de la persona afectada, 7º) la repetición y número de los golpes o conductas lesivas; y 8º) la conducta posterior del agente, ya prestando auxilio a la víctima o desatendiéndola a pesar de comprender la gravedad y trascendencia para la vida que su acto ha determinado³.

CONCURSOS.

DELITO PRETERINTENCIONAL.

Se perfila cuando a consecuencia de lesiones dolosas, causadas sin intención de matar, se produce la muerte del agredido, y ésta es imputable a título de imprudencia⁴.

En el Código de 1973 había regulación de esta figura. La falta de regulación expresa hace recurrir a las reglas generales, en tal sentido el criterio mayoritario afirmado la imputación objetiva se inclina por la hipótesis del concurso imputando el resultado a título de imprudencia (homicidio culposo) en concurso con el delito (o falta) doloso que constituya el hecho inicial⁵.

En caso de que la lesión dolosa guarde una ínfima entidad se acepta la calificación de homicidio imprudente

ENRIQUE GIMBERNAT⁶; JUAN BUSTOS RAMIREZ⁷, MUÑOZ CONDE⁸ se inclinan por sancionarlo como imprudente en caso de ser imposible hacer una delimitación y cuantificación de la gravedad de las lesiones; derivado del escaso tiempo transcurrido entre las lesiones y la muerte

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El cumplimiento del deber en el homicidio merece una especial atención, pues este tipo penal protege el bien jurídico de mayor valor. El recurso a esta excluyente supone la vigencia de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, particularmente para el agente debe existir un riesgo racionalmente grave para su vida, integridad física o la de terceras personas o en aquellas circunstancias que puedan suponer un riesgo grave para la seguridad ciudadana⁹.

En los términos anteriores hay jurisprudencia que no admite esta justificación cuando se trata de impedir un delito contra la propiedad¹⁰, en caso de persecución de delincuente in fraganti¹¹ o cuando sujeto no es peligroso¹².

ART. 129 HOMICIDIO AGRAVADO.

JURISPRUDENCIA.

"El tribunal entiende que no se le puede exigir, que sí la propia madre es la que ha ejecutado la acción homicida, que haga los trámites pertinentes para ir al registro familiar a asentar la partida de nacimiento, entonces tenemos que darle vigencia al principio de libertad probatoria y ver si con el material probatorio ya relacionado, podemos concluir que hay ese vínculo requerido para establecer la agravante." (T3S SS 148-2002 del 29 de Noviembre 2002. en ese mismo sentido TS CHALAT CN. 51-2002, 23 SEPTIEMBRE 2002.

"El delito de robo, que se comete cuando con violencia sobre las personas un sujeto se apodera de un bien ajeno, no subsume las lesiones que se ejecuten para realizar el apoderamiento, a pesar de que en la descripción típica se hace referencia, como forma de ejecución, a la "violencia sobre las personas" S3-CR 552-F-93, 8 de octubre de 1993.

"..La agravante del Art. 129 No 2 Pn. cuando prescribe "Cuando el homicidio constituyere el medio para la comisión del delito de robo" no debe conducir a pensar que ambos hechos pasan a formar parte de un tipo complejo, por ende no se trata de un Concurso Aparente de Leyes sino de un Concurso Ideal.

...Lo que fundamenta la agravante es la finalidad buscada con el homicidio, y no la comisión del robo en sí, de manera tal que la desvaloración del móvil es lo que conduce a agravar el homicidio..." T6S SS, CN 187-2001, 1 marzo 2002; 30-2000-1 del 27 de junio del 2000, 99-2000-3, 29 junio 2000,; T6S SS, 29 junio 2000; T6S SS, 12 JUNIO 2001.

Otros Tribunales se inclinan por el concurso aparente de leyes.

"El desvalor del robo como hecho se inserta en el homicidio, calificando la conducta de manera especialmente agravada; ello significa que el robo no se punirá independientemente, por que esta integrando como circunstancia calificante al homicidio que se comete para ejecutar el robo". (T3S SS CN. 95-2000, 25 de mayo del 2000.

"..Para que se configure la causal de alevosía: "... no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias".S3 490-F-96, 27-F-94.

"..El sujeto activo ha provocado o se aprovecha de una situación de indefensión de la víctima para prevenir el ataque o defenderse de la agresión sin riesgo para su persona.." (T3 SEN SS 28 JUNIO 2000)

"..Para la aplicación de la agravante de alevosía basta que resulte evidente que al verificarse la agresión el ofendido no haya podido imaginarse el ataque y que no haya podido defenderse del acto esperado, siendo irrelevante que dicha defensa haya sido posterior..." SP-ES 4 abril 2003.

PREMEDITACION

“... Esta agravante no puede ser confundida con la fase intelectual y volitiva que precede a la comisión de todo delito, aún cuando la duración de ésta sea muy efímera”. (TS ZACATECOLUCA, 30 mayo 2000).

ABUSO DE SUPERIORIDAD.

“Es evidente la superioridad de la que se aprovechó la menor (...), para lograr su cometido pues es lógico que un bebé recién nacido es completamente débil e indefenso, que sólo logrará sobrevivir con los cuidados delicados y oportunos de su madre lo que no ocurrió en el caso que me ocupa.” J2M SS 17 marzo 2000.

ENSAÑAMIENTO.

Ensañamiento

La agravante determinada en el numeral 5 del artículo 129 del Código Penal no se constituye a partir de la mera congoja que inflige naturalmente las lesiones al cuerpo humano al afectar la red nerviosa. Si así fuera, toda lesión que usualmente supone un dolor físico calificaría los hechos bajo esta calificante. Al contrario, la agravante especial de ensañamiento se cualifica porque al homicidio precede sistemáticamente una actividad de mortificación aflictiva en la víctima, de la cual se solaza el imputado, el placer de hacer sufrir a la víctima antes de que muera, infligiéndole un daño corporal o psíquico con esa especial finalidad de hacer padecer y recrearse con esos padecimientos. (Sentencia de fecha 13/05/02, T S 3º de San Salvador)

Sobre la base de la aplicación de lo dispuesto en el Art. 27 Cn. y el principio de necesidad de las penas se ha resuelto que si las circunstancias lo exigen (imputado de avanzada edad) la pena puede bajar de los mínimos legales; en ese sentido TS ZAC, 88-2001, 12 JUNIO 2002.

MOTIVO ABYECTOS O FUTILES.

Matar por proteger el patrimonio no constituye un móvil fútil (T6S SS 106-2001, 29 JUNIO 2001).

“..Para estar en presencia de un motivo abyecto o fútil se requiere que el imputado haya cesado la vida de la víctima por un motivo insignificante, de poco valor, sin importancia, que haya actuado con bajeza, de una manera mezquina o innoble”. (T5S 25 ABRIL 2000)

ABYECTO: Aquella acción baja o vil de parte del sujeto activo que es completamente despreciable o infame; y por otro lado la FUTILIDAD hace referencia a la acción de matar por una razón sin importancia, lo que no debe entenderse que en todo HOMICIDIO sea agravado por ser la acción de matar una conducta negativa para la convivencia humana, sino que la cualificante se configurará cuando se mata por el simple hecho de matar (T3S 11 abril 2000, T3S 13 ABRIL 2000)

“..Para estar en presencia de un motivo abyecto o fútil se requiere que el imputado haya cesado la vida de la víctima por un motivo insignificante, de poco valor, sin importancia, que haya actuado con bajeza, de una manera mezquina o innoble..”(T5S SS CN.33-2000, 28 abril 2000)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN:

Después de la elaboración del libro original esta disposición ha tenido diversos cambios así:

El D.L. 703 9 SEPT 1999, D.O. 4 OCT. 1999 dice: ***“Modifícase 2) y 3), el inciso segundo y agregase un inciso final al Art. 129, así:***

2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar el delito de robo, violación o secuestro, o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados. También cuando el homicidio fuera consecuencia del delito de violación o de una agresión sexual.”.

3) Con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad.

El homicidio agravado a que se refieren los numerales del 7) al 10) será sancionado con prisión de veinte a veinticinco años, y los casos de los numerales 1), 3,) 4, 5) y 6), con prisión de veinticinco a treinta años

El numeral 2) será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años”

El D.L. 486, 18 JULIO 2001) ordenó: ***“Refórmase el numeral 2) y el inciso final del Art. 129, de la siguiente manera:***

“2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos y los comprendidos en el Capítulo II de este código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar.”

En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión”

Circunstancias especiales hacen elevar la pena a imponer.

No se hace una nominación expresa el asesinato, como sí lo hacía el Código Penal de 1974, que incluía como supuestos los equivalente a los regulados en el numeral 1, a los que en el fondo el legislador le otorga más disvalor en tanto que la pena es más elevada.

Parentesco.

Se discute en la doctrina sobre qué ocurre cuando el matrimonio estaba viciado de nulidad absoluta. Un sector señala que es agravada la muerte efectuada por el cónyuge de buena fe, pero no la muerte realizada por el cónyuge de mala fe¹³. Otro sector indica que se agrava el homicidio cuando la víctima fuere el cónyuge de buena fe¹⁴. Otro sector se inclina que al ser el matrimonio legalmente imposible no puede aplicarse la agravante¹⁵.

La disposición legal incluye a los convivientes, para el entendimiento cabe considerar lo dispuesto en el Art. 189 del Código de Familia que dice:

“Art. 118.- La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.

Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia”

Siguiendo el lineamiento del Código de Familia quedan excluidas quedan incluidas las parejas de homosexuales.

Homicidio Criminis Causa.

La evolución legislativa que presenta esta agravante genera una discusión en torno a si estamos ante un concurso de delitos o un delito complejo.

La redacción original de la agravante apunta a la consideración de un delito complejo en tanto que no es el ánimo el hacía fundar la agravante sino el hecho de que el homicidio fuera el medio para el robo. En la segunda reforma a la agravante en el caso de violación se da entender que se trata de un tipo complejo al prescribirse como agravado el homicidio derivado de una violación o de una agresión sexual, lo que tiene una redacción parecida al homicidio con ocasión de robo que regulaba el Art. 241del derogado Código Penal de 1974.

Ya vista la redacción vigente consideramos que estamos ante un concurso de delitos y no complejo.

La agravante deriva del móvil en sí, no de la verificación objetiva del otro hecho; en esos términos si se establece que se mató para facilitar un robo, hecho que no llegó a la etapa de ejecución; aun cuando no cometido el robo, el homicidio será agravado.

En el fondo se pretende un fin de prevención general con la agravante, en tal sentido pensar que se tiene que cometer el delito buscado sería exigir la comisión del tal para perfilar la agravante.

Conforme lo anterior cuando el homicidio es medio, constituye un delito de pasaje para conformar un concurso ideal de delitos¹⁶.

Hemos de advertir que la disposición legal circunscribe el móvil a determinados delitos de ahí que si se trata de otro por ejemplo se mata a A para facilitar la muerte de B no se incluye en la misma; en tal caso estaremos en la concurrencia de la agravante general ARTICULO PARA LOGRAR LA IMPUNIDAD, Art. 30 No 6 literal b) Pn.

Los verbos “preparar, facilitar, consumir, para consumir,.... asegurar los resultados” refieren el desarrollo del iter Criminis.

La consideración del concurso hace elevar la pena; pensamos, como ya se ha dicho al analizar el Art. 70 Pn. que la configuración del concurso ideal, no implica que la pena mínima a considerar sea la máxima del delito de homicidio agravado, sino que entre el mínimo y máximo del mismo habrá que considerar la respectiva y a ella habrá que hacerle un aumento que puede ser desde una día hasta el tercera parte de la pena de esa pena cuantificada en concreto¹⁷.

En lo relativo al homicidio por despecho en caso de comisión del delito de robo cabría considerar que se trata de un concurso real en tanto que se trata de dos acciones diferenciadas sin que haya una relación de medio a fin, ni de una misma acción.

Analizando la concurrencia del homicidio con la violación CARMONA SALGADO¹⁸ concluye que si se produce en forma concomitante o con posterioridad a la ejecución habría concurso real, agravando en tal caso al homicidio.

Alevosía.

Puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, en tal sentido iniciarse la ejecución del hecho alevosamente y que termine sin alevosía, si por ejemplo se dispara contra la víctima, primero a traición, sin alcanzarla y cuando ésta, apercibida se encuentra frente al agresor vuelve éste a disparar, matándola; el hecho debe verse como un todo por ende concurre la agravante.

Deben concurrir tanto el elemento objetivo como subjetivo; es decir que objetivamente existan las circunstancias de indefensión de la víctima, y que se actúe conociendo tal circunstancia. Cuando el Art. 30 No 1 Pn dice “.. provoca o se aprovecha..” es porque supone el conocimiento.

En el sentido anterior si el sujeto cree actuar sobre seguro cuando objetivamente no lo está, ocurre no se aplica la agravante.

Premeditación.

Esta agravante no debe ser confundida con el dolo. El dolo implica un conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realizarlo; la premeditación una reflexión anticipada para realizar lo anterior; por ejemplo en el caso de un homicidio se sabe que se está matando a un ser humano, la planificación ya implica una estrategia anticipada y reflexiva en torno a realizar esa muerte.

Ensañamiento.

En las agravantes generales es nominada sevicia, Art. 30 No 12.

El accionar debe constituir un exceso innecesario, de ahí que si la persistencia en el accionar es propio del hecho como cuando se asestan muchos machetazos o disparos para asegurar el resultado no cabe considerar el ensañamiento. Se discute si puede realizarse por omisión. BACIGALUPO¹⁹ sostiene que sí como cuando teniendo la posición de garante se deja morir a otro de hambre o de sed importa un aumento deliberado e inhumano del dolor.

Con veneno u otro medio insidioso.

Históricamente, en los momentos en que la toxicología no tenía progresos, esta causal tuvo mucha importancia ante la dificultad de probar la causa de la muerte.

Un sector considera que el concepto de veneno abarca cualquier sustancia capaz de ser suministrada de forma engañosa y de efecto destructivo en el organismo, por lo que son veneno no sólo las sustancias que actúan químicamente en el organismo de una manera anormal e incompatible con la salud de la vida; sino las que provocan un efecto físico (vidrio molido); otro sector excluye a las sustancias cuyo contacto con el ser humano pueden causar la

muerte pero sin tener per se carácter homicida, excluyendo para el caso el vidrio molido, sustancias generadoras de calor en el cuerpo²⁰.

El veneno puede ser suministrado por vía oral, rectal, vaginal, hipodérmica, respiratoria.

Se entiende que el concepto debe ser objetivo, no quedando incluidas sustancias que no causan daño a la generalidad, aunque con relación a algunos pueda dañar: azúcar en un diabético²¹.

La redacción de la agravante cuando dice “u otro medio insidioso” pareciera indicar que la concurrencia de la agravante exige que el veneno se suministre de manera engañosa, es decir sin que el sujeto se dé cuenta: lo toma, lo inhala, se inyecta, en tal sentido sostiene CREUS sostiene “Si tal insidia no está presente... se tratará de un homicidio simple”²².

En el marco del iter Criminis se ha considerado que la compra del veneno es un acto preparatorio; pero poner el veneno en la comida ya es acto de ejecución²³.

Medios insidiosos.

Implican asechanzas, trampas acciones engañosas en torno a la comisión de un hecho.

POR AUTORIDAD CIVIL O MILITAR.

Al entrar en vigencia el Código Penal esta agravante tenía una redacción así: “Cuando fuere ejecutado por Autoridad Civil o Militar, prevaleciéndose de tal calidad”.

Del examen de la variante legislativa podemos observar que en un principio la agravante sólo se refería a autoridades es decir funcionarios que tienen potestades de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; no quedando comprendidos los agentes de autoridad sino hasta que la vigencia de la reforma a la agravante que hoy se alude.

Siguiendo un criterio de interpretación restrictiva, al incluirse sólo a los agentes de autoridad que según el Art. 39 del Código Penal lo son los miembros de la Policía Nacional Civil, no quedan incluidos algunos agentes que prestan seguridad como los vinculados a las Alcaldía Municipales, los efectivos del ejército Nacional, tampoco los empleados públicos.

FIJACIÓN DE LA PENA.

Como respuesta a hechos cometidos se dispuso aumentar drásticamente las penas

Algunos sostienen que en caso de concurrir varias agravantes la consideración de una bastará para calificar el hecho como agravante y las restantes en vez de considerarse como elementos constitutivos del tipo agravado pasan a reintegrarse en su función de agravantes generales.

Algunas ediciones del Código Penal parecen haber tenido error en cuanto a que la nueva pena de treinta a cincuenta años se refiere a todos los numerales del Art. 129²⁴.

La lectura de las reformas dadas permite determinar que cuando se introduce la pena de treinta a cincuenta años existían dos incisos, y el final que era el del homicidio criminis causa es el único que se reforma, por tanto tal pena sólo se refiere al numeral dos del Art. 129 Pn. por ende para los numerales 7) al 10) la sanción es de prisión de veinte a veinticinco años, y los casos de los numerales 1), 3,) 4, 5) y 6), prisión de veinticinco a treinta años

Art.129-A

PROPOSICION Y CONSPIRACION EN EL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO.

“La Proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionadas respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior.”

La disposición legal establece un régimen de pena desproporcionado en el contexto de la estructura del código, en tanto que a un acto preparatorio se le viene a asignar una pena incluso mayor que la se prescribe para un acto ejecutivo de matar que quede en grado de tentativa, el que tiene una pena oscilable entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo.

Pensamos que la disposición linda la inconstitucionalidad al poder resultar su aplicación contrario al principio de igualdad, pues se dispone que a una persona que realiza un acto preparatorio se le castigaría con una mayor pena que el que realiza el acto ejecutivo.

En el orden de lo anterior si ya existe una penalidad fijada para el delito tentado según lo dispuesto por el Art. 68 Pn. cabrá por los jueces aplicar tal pena a cualquier actividad de matar sin resultado muerte, alternativa que permite una interpretación conforme a la Constitución.

En el marco de la inaplicabilidad de la pena cabrá considerar vigente la pena del delito tentado entendiendo que el legislador ha querido ampliar el espectro de punibilidad en el ámbito de la tutela de la vida.

No existe en este caso un marco de punibilidad previa que permite dar cabida a la reminiscencia, figura consistente en dar vigencia un marco de penalidad en atención a la consideración inconstitucional de un marco punitivo posterior

El legislador tiene la facultad atendiendo al tipo de bien jurídico –la vida lo justifica- para optar sancionar un acto preparatorio; será papel del juez determinar en el caso concreto si se cumple la lesividad, condición sin la cual el poder punitivo no tiene cabida, Art. 3 Pn.

HOMICIDIO PIADOSO.

ART.130

Esta disposición indica una clara posición del legislador de rechazo a la Eutanasia, con lo que no se le otorga valor a la disposición que una persona haga de su vida para que otro le ponga fin.

La disposición legal limita el universo de los sujetos activos que pueden resultar beneficiados con la aplicación de la atenuante en tanto que se refiere a personas vinculadas por parentesco, amistad o amor con el enfermo, quedando excluidos los médicos, paramédicos o enfermeras que no entren en las anteriores categorías.

ROXIN entiende por eutanasia “..la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presenta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”²⁵.

Se clasifica la eutanasia así: 1) eutanasia pasiva cuando una persona -médico o sus ayudantes, pariente- que se encuentra al cuidado de otra, omite alargar una vida que está llegando a su fin. Aquí cabe aludir a tres aspectos: omisión de las medidas que alargan la vida que puede suceder de acuerdo con el deseo del paciente o contra su voluntad; el tercer caso es aquél en la que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse; 2) indirecta: cuando se administran calmantes con la intención principal de aliviar los dolores, aunque conociendo que ello puede traer como consecuencia secundaria, pero prácticamente segura, la anticipación de la muerte; 3) directa: cuando existe el propósito de causar la muerte de la paciente, y para ello se le administra, por ejemplo una sobredosis de morfina²⁶.

Gran parte de la doctrina extranjera admite la impunidad de la eutanasia directa pues junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto, se añade la consideración de que dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento; en el sentido se estima socialmente adecuada.

Refiriéndose a la Eutanasia el Tribunal Supremo Federal de Alemania en noviembre de 1996 ha resuelto: «Una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisibles en un moribundo aunque de modo inintencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del proceso mortal» (BGHST 42, 301), citada por ROXIN en “Tratamiento...”

HOMICIDIO CULPOSO.

ART. 132.

JURISPRUDENCIA.

“.. Necesidad de las penas .. sí bien se prevé la posibilidad de imponer otras penas no corresponde la relativa a la privación del permiso de conducir vehículo, ni lo relativo a la pérdida del derecho a ejercer u optar a cualquier cargo o empleo público o distinción honorífica; en el primer caso, atendiendo a que nunca fue requerido en el juicio y no ser necesaria tal tipo de pena, dada la actividad económica la imputada y que no revela una actividad reiterada demostrativa de negligencia; en el segundo caso, también se estima innecesario atendiendo a que se está ante un hecho culposos en que no se revela ningún tipo de perversidad delictual”. T6S SS CN. 221-2001, 15 enero 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Cuando se trata de homicidio doloso y es en ejercicio de alguna profesión puede caber la inhabilitación especial respectiva; pero cuando se trata de conducción de vehículo ningún precepto relativo al homicidio doloso indica la privación del derecho de conducir vehículo; es más el numeral 4) del Art. 46 limita tal pena a los casos especialmente determinados por la ley; por lo que en consonancia con el Art. 1 Pn. no cabe imponer más penas que las establecidas por la ley.

Naturalmente que si el homicidio con vehículo es doloso puede llevar ello aparejada la pena del comiso en los términos indicados por el Art. 127 Pn.

Atendiendo a la naturaleza de este delito es preciso que el juzgador juzgue la necesidad de las penas accesorias, en razón a que por un hecho aislado una persona imputada puede quedar desproporcionadamente afectada al privársele de su actividad laboral, como cuando se trata del médico o de un conductor que precisamente su trabajo es, curar, conducir un vehículo, según el caso. Precisa aquí considerar que el mínimo de la pena accesoria es dos años, lo que es nuestra realidad atendiendo a las precarias condiciones económicas es demasiado.

El Derecho Penal tiene un fin utilitario, la imposición de la pena accesoria puede traer efectos más nocivos derivados de la privación de la actividad laboral de una persona que repercuten no sólo en él sino además en su familia, por consiguiente estimamos que bajo un criterio acorde a lo dispuesto en el Art. 27 Cn. el juzgador aun probado el hecho culposo debe analizar la necesidad, y de no existirla prescindir de ella. A nuestro juicio una conducta gravemente temeraria que resulte imprudentemente reiterada podría justificar la pena.

INDUCCION O AYUDA AL SUICIDIO.

ART. 131.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El carácter absoluto de esta disposición sin indicar excepciones es indicativo del rechazo del legislador a cualquier forma de contribución a la muerte de cualquier persona aun para poner fin a los sufrimientos por los quebrantos de su salud.

Cualquier actividad de quien se suicida es impune, de ahí que para soslayar los problemas que traería la accesoriadad y punir al partícipe se recurre a una figura autónoma en el caso de quien instiga o ayuda al suicidio.

En Alemania es impune este tipo de delito²⁷, pero ello debe partir de que se trate de un suicidio responsable, no operando cuando se proporciona ayuda a una persona aquejada de una psicosis con peligrosas tendencias suicidas, situación en la cual se castiga como homicidio; en tal caso para definir ese concepto de responsable ROXIN acude a las reglas de la inimputabilidad.

Debe existir una relación causal, de ahí que si la víctima estaba decidida a matarse no existe la instigación aunque ante el reforzamiento del propósito suicida se podría establecer un auxilio moral al suicidio.

El auxilio puede ser material (entrega de la pistola, tubo de barbitúricos); o moral (palabras de apoyo que refuerzan la actitud suicida ya tomada).

Debe advertirse que parte de la doctrina estima que esta instigación coincide con la instigación a que refiere la parte general²⁸; otra parte sostiene lo contrario.

Parte de la doctrina sostiene que puede ayudarse al suicidio por omisión, cuando el sujeto se encuentra en posición de garante²⁹; otro sector la admite cuando pueda demostrarse que el sujeto por su omisión contribuyó decisiva o definitivamente a la formación de la voluntad suicida.; otro sector estima que el garante ha de responder por homicidio si no evita el homicidio³⁰.

En caso de existir engaño como cuando el médico falsamente le dice al paciente que padece de un cáncer incurable; un sector sostiene que hay ayuda al suicidio, otros dicen hay autoría mediata en homicidio³¹; un tercer sector considera impune el hecho estimando que no hay autoría en tanto el médico no ostenta el dominio del hecho; ni inducción al suicidio en tanto que no le está indicando que se suicide.

Pero se advierte que si la víctima es inimputable habría homicidio en autoría mediata³², de ahí que es válida la anterior idea de que la inimputabilidad constituye uno de los requisitos del delito.

Se admite el delito por omisión como cuando se ha creado previamente una situación de peligro que lo vuelve garante (injerencia). En caso de no existir la posición de garante y existe pasividad como cuando no se corta la soga del

ahorcado aun vivo se castiga el hecho como omisión del deber de socorro. En sentido contrario GIMBERNAT³³ sostiene que si es la propia víctima la que se mata a pesar de la omisión y de la posición de garante, la inactividad nunca podrá equivaler a la forma activa. Agrega que sería una verdadera paradoja si el garante hace lo más grave (le da la pistola) responde por inducción al suicidio y si hace lo menos grave y si no hace nada por homicidio.

En el caso de las huelgas de hambre, el sujeto por pérdida de conciencia o debilitamiento de la misma no esté en condiciones de decidir libremente y haya inminente peligro de muerte, si se da la no prestación del auxilio médico con la consiguiente muerte, según MUÑOZ CONDE³⁴ hay homicidio y no cooperación en tanto la Administración Penitenciaria es la única que está en condiciones de prestarle ayuda. En este caso se duda que es lo realmente querido por el reo por lo que ante la duda el caso debe resolverse a favor de la vida.

En el caso del médico se dice que no puede aceptarse suicidio sino el homicidio en comisión por omisión en tanto que el tiene el deber de suministrar la medicina y la posición de garante respecto a la vida del que quiere morir.

Se considera que no es político criminalmente conveniente declarar impune la conducta colaborativa con el suicidio por los intereses que pueden existir de por medio, venta de órganos, problemas de prueba manipulación del consentimiento.

Claro todo lo anterior sin perjuicio de casos extremos en que puede operar atenuantes, o la exclusión de la culpabilidad fundada en la no exigibilidad, un estado de necesidad por la vía de colisión de deberes ante el deber de respetar la vida versus deber de eliminar el sufrimiento³⁵.

Es discutible si la tentativa debe sancionarse; pensamos que el resultado no forma parte de las condiciones del tipo, y por otro si consideramos que no cabe formas de participación tentada con mucho más razón no cabe punir la tentativa de inducción al suicidio³⁶.

ABORTO.

ART. 133.

JURISPRUDENCIA.

“El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto”. TS 2ª, S 29-11-2001

“La acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravedad. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.” STS 2ª, 04-03-2002

“Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del "nasciturus". Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del "nasciturus", dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos..... se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del "nasciturus". En este supuesto es de observar que si la vida del "nasciturus" se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida....En cuanto-que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad

de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos". STC Pleno, S 11-04-1985

NOTA DE ACTUALIZACIÓN:

Valgan las consideraciones en el homicidio para determinar el momento del nacimiento, en tanto que antes de éste cabe considerar el hecho como aborto y si es después como homicidio.

En la acción dirigida a la muerte del feto pueden observarse diversas formas:

a) Dilatación y legrado: aquí el agente paraliza el músculo cervical (ubícalo a la entrada del útero) luego se estira hasta que se abre; con la introducción de un instrumento en forma de cacharrillo se hace pedazos el feto y se desprende del útero.

b) Succión. Se succiona hasta destrozar el feto y placenta, luego la máquina los absorbe.

c) Histerotomía. Aperturquirurgica del abdomen de la madre luego extracción del feto.

d) Envenenamiento: inyección de una solución concentrada de sal o de otro producto deletéreo para el feto, el que al respirarlo respira y traga; finalmente hay expulsión del feto muerto

OBJETO MATERIAL

Es importante considerar que por reforma constitucional dada por el D.L. 541 del 3 de febrero de 1999 PUBLICADO EN EL D.O. DEL 16 DE FEBRERO DE 1999 al Art. 1 de la Cn. se le adicionó un inciso segundo así: "Asimismo reconoce como persona humana todo ser humano desde el instante de la concepción". en el mismo sentido el Art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"

La disposición precitada pareciera indicar que cualquier actividad realizada en el feto constituye homicidio. Hemos de entender que no es el concepto de persona el norte para delimitar el homicidio del aborto, sino el nacimiento. En razón de lo anterior no cabe considerar como impune las conductas constitutivas de aborto como algunos han entendido.

El considerar como persona al feto no es óbice para estimarlo como objeto material del aborto.

En principio las disposiciones legales definen la concepción como el momento a partir del cual existe objeto material es decir puede haber aborto por ende un adelantamiento extremado en la protección penal de las personas cuando son feto, y en alguna medida extremista en la libertad de decisión de una mujer en un momento próximo al de la concepción³⁷.

LOPEZ DE LEMUS estima como objeto material de este delito "la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción...."³⁸.

La regulación anterior es totalmente contradictoria aun con los mismos planes del Ministerio de Salud en los casos de violación en que se recomiendan mecanismos tendientes a evitar la gestación del feto; o del tratamiento a las mujeres violadas.

Ciertamente la protección legal tiene un momento preciso, y es la concepción. Lo anterior no debe significar que el contenido del objeto material arranca desde la concepción, la misma práctica de la realidad así lo indica en tanto que demográficamente se promueven mecanismos abortivos en un estadio extremadamente cercano a la relación sexual. Por lo que algún sector acepta desde la anidación la protección por la vía del delito de aborto.

Se entiende por concepción el momento de la fecundación que corresponde a la unión del óvulo con el espermatozoide; anidación es el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el útero materno.

Pero algo importante a tomar en cuenta en esta discusión es el hecho de que científicamente es imposible constatar la viabilidad del producto de la concepción, no sabemos si en verdad una actividad abortiva en un momento próximo a la concepción constituya una verdadera lesión a bien jurídico alguno. En esos términos más bien es de considerar una etapa en que es científicamente segura la existencia de una criatura viable; por lo anterior con un mayor grado de seguridad se puede estimar la viabilidad a partir de la anidación por ende el momento a partir del cual la protección penal a través del aborto pueda darse.

Es de considerar que ante el alto porcentaje de posibilidades que causas naturales sean las que determinen el fin de la vida del producto de la concepción, será difícil determinar que una actividad abortiva humana sea la que produjo la muerte. En otras palabras la imputación objetiva tendrá en tal caso dificultades; al no ser clara la causalidad no cumpliendo ni siquiera el requisito de la equivalencia de las condiciones. Tal vez si la ciencia fuera capaz de demostrar la viabilidad habría condiciones para constatar la lesividad.

El Derecho Penal recurre entre las materias auxiliares a las ciencias naturales; el auxilio debe partir de una información certera; por consiguiente si las ciencias naturales son incapaces de determinar la viabilidad del producto al momento de la concepción con mucha mayor razón no puede el derecho penal establecer sancionar a partir de ese momento.

Tanto razones de conveniencia como científicas coinciden a estimar un mente posterior como es la anidación para la intervención penal a través del aborto.

A pesar de lo expuesto pensamos que en la medida en que los estudios científicos resulten certeros, pueda ser el momento de la concepción el principio de la punición por la vía del aborto.

BIEN JURÍDICO.

La perfil acción delictiva exige la lesión o puesta en peligro de al vida del feto. En el sentido anterior en razón de la limitante del principio de lesividad no existe delito de aborto cuando se simula una acción a los efectos de descubrir la existencia de una clínica abortiva, como cuando una mujer en convenio con la policía simula pedir le practiquen aborto con el fin de descubrir.

Con lo anterior queremos advertir que la anterior acción por sí sola no determina la existencia del hecho, aunque si puede constituir un elemento de prueba importante para esclarecer otros hechos de aborto.

ABORTO Y FECUNDACION IN VITRO.

La fecundación in vitro se realiza en el laboratorio pero en condiciones adecuadas poniendo en contacto óvulos con espermatozoides, uno de los cuales fertiliza.

Debe entenderse que la regulación penal del aborto se refiere a vida intrauterina, no extrauterina por ende queda cualquier actividad en torno al producto de esa actividad en el marco del aborto.

En el caso costarricense la Sala Constitucional ha resuelto: "La aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana".

ABORTO Y EXCLUYENTES.

A diferencia del Código Penal de 1974 el Código Penal vigente no prevé ningún tipo de excluyente (el anteproyecto de Código si contemplaba las exclusiones: peligro de vida de la madre, violación o inseminación artificial, taras físicas o psíquicas).

La protección penal del producto de la concepción tiene especial particularidad derivado ello del hecho que su vida tiene contacto con bienes jurídicos de la embarazada, a falta de tal contacto la problemática en este torno sería menos complicada.

La discusión doctrinaria gira en torno la discusión de algunos supuestos de exclusión: a) la solución de las indicaciones: indicación terapéutica o médica (embarazo que pone en peligro la vida de la madre), indicación ética (violación), indicación eugenésica (determinación que el niño nacerá con graves taras físicas o psíquicas; indicación social (evitar una situación angustiosa de necesidad de la embarazada); solución del plazo: en algunas legislaciones se suele autorizar durante las primeras doce semanas, basados en que hasta entonces el embrión carece de capacidad cerebral, y apenas supone un riesgo para la embarazada.

En el sentido anterior se ha aceptado ubicable en estado de necesidad cuando la vida del feto entra en conflicto con la vida de la madre, claro ello ha de suponer un dictamen emitido por un médico de la especialidad distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Lo anterior ha de suponer un consentimiento informado de la mujer.

Casos de accidentes del embarazo, como el desprendimiento de la placenta, el embarazo extrauterino, en especial el tubárico en que la mujer se encuentre en estado inconsciente exigen actuaciones urgentes, incluso quirúrgicas para salvar la vida de la madre, que pueden en algún momento determinado prescindir del dictamen médico previo y del consentimiento expreso de la mujer, quedan amparados por el Estado de Necesidad.

No se encuentra regulado el caso de la mujer que ha sido objeto de violación; en algunas legislaciones se acepta siempre y cuando lo sea dentro de las primeras doce semanas del embarazo; tampoco el de taras físicas o psíquicas del feto con un grado suficiente de confianza.

La permisón legal de algunos casos de aborto advierte posiciones encontradas desde los que apoyan a nuestra disposición legal³⁹ hasta los que la cuestionan.

ABORTO SIN CONSENTIMIENTO

Art. 134.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN:

La inexistencia del consentimiento agrega un plus a la pena, lo que implica que la afección a la libertad de decisión de la misma viene a fundamentar la adición de pena.

INDUCCION O AYUDA AL ABORTO.

ART. 136.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN:

En cuanto a la fijación de pena tomando en cuenta la forma de redacción consideramos que debe serlo sobre la base del tipo concreto, aumentándole en consecuencia el tercio del máximo; en el sentido expuesto habría que fijar a pena del tipo básico y aumentarle hasta en un tercio del máximo, es decir hasta un año ocho meses. Por ejemplo si se optara imponer tres años por el básico se podría incrementar desde un día hasta cuatro años ocho meses, obviamente que si se impone la máxima (cinco años) la pena podría ser hasta de CINCO AÑOS OCHO MESES.

En la interpretación de las reglas de fijación de pena hemos de considerar el principio de proporcionalidad que exige que en atención a la gravedad deba incrementarse la pena de una manera racional.

LESIONES EN EL NO NACIDO.

ART. 138.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta disposición ha sido reformada (D.L. 703 publicado en D.O. del 4 de octubre de 1999 así: "El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de las mismas".

La reforma legal ha implicado ampliar los mínimos y máximo de la pena.

Esta disposición legal constituye una novedad, en tanto que el Código Penal de 1974 no contemplaba este delito; es obvio que existía una laguna legal; aunque en su momento, en España en STS 5 ABRIL 1995 se consideró que podía incluirse en el delito de lesiones.

Un vacío que se percibe de la lectura de la disposición legal es el hecho de que sólo se aplica a las lesiones al feto, quedando la muerte sin valorar en caso ocurrir después del nacimiento, en tanto que la misma se produce cuando se ha dado el nacimiento en condiciones de viabilidad; no se puede atribuir homicidio, al haberse efectuado la acción lesiva cuando no se había dado el nacimiento⁴⁰.

Otro aspecto es el relacionado a una actividad muy próxima al momento de la concepción. En atención a que en el momento de la fecundación se perfila un estadio prematuro y que la anidación del óvulo fecundado determina un estadio más seguro para la intervención del derecho penal, se estima por MUÑOZ CONDE⁴¹ que cualquier maniobra anterior a la anidación es calificable como MANIPULACION GENETICA.

En el aspecto de la imputación del resultado a la acción cabrá tomar además en cuenta la dificultad derivada del hecho que en el resultado pueden converger varios factores unos atribuibles a actos humanos (culpables o dolosos) y otros a las propias leyes de la naturaleza; en lo anterior será de gran importancia considerar los aspectos de la imputación objetiva.

Se exige un alto margen de gravedad en las lesiones, de ahí que las que sean de carácter leve no se contemplan en esta disposición.

MANIPULACION GENETICA.

ART. 140.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Las dificultades científicas para establecer la protección penal del producto de la concepción por la vía del aborto, permiten a un sector de la doctrina considerar que las actividades para eliminar el producto de la concepción en estadio en que la ciencia no sea capaz de dar certeza de vida, sean sancionables por la vía de la MANIPULACION GENETICA.

BIEN JURÍDICO.

La manipulación del genotipo puede tener finalidades aceptables como cuando a través de la misma se logran diagnosticar y evitar enfermedades que hoy en día no son curables de otro modo (hemofilia) o que talvez gracias a esta manipulación logren eliminarse (cáncer, sida)

Cuando se alude a la identidad de la especie o a la identidad genética estamos ante la prohibición de conductas en que por ejemplo se pretendan combinar óvulos y semen humano y animal en la medida en que pueda dar lugar a un tipo de vida; lo anterior implica pues una modificación de la información hereditaria.

No quedan comprendidos en la disposición legal algún tipo de fecundación voluntaria en la mujer, ya se trate con semen del marido de la mujer, o de otro hombre que no sea su marido; que el óvulo que se implante sea de ella o de otra (gestación por sustitución o arrendamiento de útero)

DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

Ha existido refirma en el sentido que la expresión CAPITULO único ha pasado a denominarse CAPITULO I.

LESIONES.

ART. 142.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El precepto contempla conceptos normativos a los que hay que precisarles su alcance en atención a su carácter eminentemente normativo: asistencia médica, asistencia quirúrgica. Debemos advertir que en este punto no existen criterios legales para entender estos conceptos, jugando por ello un papel trascendente las conclusiones de las ciencias médicas

La asistencia médica se entiende como la primera cura, pudiendo ser simultánea o posterior al tratamiento. La cura de urgencia se integra por los primeros cuidados de auxilio y orientación; comprende el diagnóstico inicial y el establecimiento de un régimen terapéutico que son actividades tendientes a lograr la sanidad rápida evitando un régimen de curación y nuevos cuidados en el futuro.

La asistencia quirúrgica implica un tratamiento reparador del cuerpo para corregir cualquier alternación funcional u orgánica producida como derivado de la lesión

Cuando el artículo 375 Pn. regula la falta de lesiones refiere a una incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias o enfermedad o necesidad de atención médica por un período no mayor de diez días.

De lo anterior se observa que aquella disposición como la que hoy se comenta tienen un traslape y es cuando médicamente se dictaminan diez días. A nuestro parecer debe imperar la aplicación del Art. 375 por una interpretación restrictiva que exige entender las disposiciones legales en el sentido de que no tienda a coartar la libertad del imputado (pro libertatis); en consecuencia la falta de lesiones se perfila cuando el resultado refiere una incapacidad por diez días; y el delito de lesiones si se trata de once días por lo menos⁴².

El primer dictamen rendido constituye un dato provisorio que puede verse variado ante una falla en el pronóstico inicial relativo a la gravedad de las lesiones; por consiguiente es preciso realizar el examen de sanidad que puede determinar una mayor o menor gravedad en el resultado de las lesiones.

No constituyen lesiones actividades en que si bien la integridad física pueda afectarse no lo sea respecto a la salud: corte de pelo, barba, uñas, en las prótesis artificiales (este último puede configurar el delito de daños).

En caso de concurrir las lesiones con la tortura existirá concurso de delitos en tanto que cada infracción tiene un contenido distinto, la tortura en el fondo busca obtener algún tipo de información o confesión; las lesiones están referidas exclusivamente al aspecto físico o mental⁴³.

Valga en este caso tomar en consideración lo relativo a las penas accesorias y comiso dichas al tratar el homicidio culposo por profesional o por conductor de vehículo.

Cuando se trata de lesiones dolosas y es en ejercicio de alguna profesión puede caber la inhabilitación especial respetiva; pero cuando se trata de conducción de vehículo ningún precepto relativo a las lesiones dolosas indica la privación del derecho de conducir vehículo; es más el numeral 4) del Art. 46 limita tal pena a los casos especialmente determinados por la ley; en consonancia con el Art. 1 Pn. No cabe imponer más penas que las establecidas por la ley.

Naturalmente que si las lesiones con vehículo son dolosas puede llevar ello aparejada la pena del comiso en los términos indicados por el Art. 127 Pn.

LESIONES EN EL DEPORTE.

En las actividades deportivas los participantes se exponen a sufrir lesiones incluso la pérdida de la vida; riesgo que depende del tipo de deporte practicado.

Las actividades deportivas se clasifican en: de competencia (no existe contacto físico, atletismo, natación, ciclismo, paracaidismo), de contacto (en los que el contacto corporal con el contrario es básico pues se trata de vencer en razón de fuerza, habilidad, velocidad, destreza, pudiéndose producir lesiones: fútbol, jockey sobre hielo; o de lucha (aquí la meta es dañar corporalmente al adversario hasta vencerlo, ajustándose a las reglas, existiendo peligro de lesiones y hasta la muerte: boxeo, karate)⁴⁴.

En la medida que se trata de deportes reglamentados legalmente es porque el Estado está legalizando el consentimiento de los intervinientes en los deportes y podemos entenderla como una causa de justificación admitida. En el sentido anterior sería ilógico que el Estado autorice y reglamente un deporte violento e imponga una pena al jugador que cause lesión o muerte habiendo actuado dentro de las reglas.

La lesión o muerte causada al adversario puede estar justificada o no, dependiendo de la clase de falta cometida. Naturalmente que si la misma implica una clara violación a los reglamentos y conlleve una falta al deber de cuidado (culpa) del causante de la lesión o el deseo de causar el hecho (dolo) se perfila la comisión de un hecho penalmente relevante.

En el sentido anterior las agresiones dolosas trascienden del derecho disciplinario deportivo, por ende a parte de la sanción deportiva se perfila la sanción penal.

Algún sector lo ubica dentro del riesgo permitido. Este aspecto pudiera ser válido en el marco de la Teoría de los Elementos Negativos del tipo, posición doctrinaria que por partir de un análisis bipartito del delito resuelve aspectos que tienen que ver con la tipicidad y antijuricidad en un solo bloque.

Existe el problema con algunas actividades en que se discute si son un verdadero deporte o una actividad de diversión, ej: puenting: lanzarse desde un lugar alto atado de los pies con una cuerda elástica.

Otro problema es la escasa reglamentación que pueda existir en algunos deportes, por ende de lege ferenda es conveniente la adopción de un derecho deportivo o de un derecho penal del deporte.

CONCURSOS.

La integridad física constituye una de los bienes jurídicos de mayor entidad, por consiguiente en caso de concurrir con otros hechos guarda entidad autónoma, se entiende dado un concurso de delitos.

El delito de robo si bien estima como parte del tipo la violencia, no quedaría inmerso en su complejidad las lesiones, por lo que de darse éstas el concurso se perfila.

LESIONES MUY GRAVES.

ART. 144.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

A diferencia del Código Penal de 1974 pasan de las lesiones graves a las muy graves aquellos hechos que dejan secuelas de permanencia en la víctima.

En los supuestos en que se exige gravedad, de ser leve no resulta aplicable esta disposición, por lo que su calificación se sujetará atendiendo al período de incapacidad o de asistencia médica requerida.

En cuanto a la deformidad física del cuerpo implicar un afeamiento del mismo que pudiera hacerlo repulsivo o desagradable, por la destrucción o el desplazamiento de tejidos.

En el numeral dos quedan comprendidos la pérdida de un sentido, es decir los dispositivos sensoriales que permiten a una persona estar en contacto con el mundo exterior: vista, oído, olfato, gusto, y tacto; además se comprende la pérdida de la facultad de hablar, es decir de proferir la palabras para darse a entender.

Cuando se alude órgano y miembro se refiere al aspecto funcional como anatómico.

En cuanto al órgano el Art. 128-C del Código de Salud prescribe que : “Es aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantienen su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia.”

El miembro lo constituyen cualquiera de las extremidades del hombre articuladas con el tronco, o sea cada una de las piernas y cada uno de los brazos estimados individualmente⁴⁵.

En caso de la pérdida de la función siempre se aplica el delito aunque por medios artificiales resulte posible recuperarla, como lo dice TERRAGNI⁴⁶ “si la lesión causa la ceguera el agente deberá ser castigado con la pena de este apartado, aunque sea viable instalar a la víctima un complejo aparato que le permita percibir los obstáculos y hasta la forma de las cosas. Lo mismo ocurre con la sección o parálisis de un brazo: la función total de aprehensión no se pierde, porque queda el otro, pero el miembro no existe más – en el primer caso- o su uso queda desechado en el segundo. Para nada influye que se lo pueda reemplazar por aparatos que hasta es posible que restituyan algunas de las funciones que la naturaleza brindaba”.

La actividad de mutilación que en el Código de 1974 se regulaba autónomamente queda comprendida ya se trate como deformidad en el cuerpo o pérdida anatómica de órgano o miembro.

LESIONES AGRAVADAS.

ART. 145.

JURISPRUDENCIA

"El delito no exige para su comisión medio específico alguno, el Art. 142 CP., dispone que puede realizarse "por cualquier medio, incluso por contagio". 5) Penalidad del Delito es de tres a cuatro años de prisión, para el ilícito de Lesiones Agravadas, configurados en los Arts. 142, 129 No. 1 y 145 CP (T4S SS 8 enero 2002.)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Para ser proporcionales en la imposición de penas debe estimarse que el juzgador sobre la base del tipo básico habrá de fijar un monto determinado; y aumentarle hasta en un tercio del máximo; en el sentido expuesto no debe entenderse que la pena mínima sea superior a la máxima de los tipos regulados en los Arts. 142 , 143 y 144; por ejemplo si en caso de LESIONES MUY GRAVES sobre la base del tipo básico se decide imponer cuatro años de concurrir para el caso alevosía habrá, según el reproche que merezca a agravante aumentarle desde un día hasta

Precisa estimar lo dicho para el homicidio agravado en cuanto a posibles casos de concurso referidos en el numeral 2 del Art. 129 Pn.

LESIONES CULPOSAS.

ART. 146.

JURISPRUDENCIA

“La comprobación de la tipicidad en el delito de lesiones culposas requiere, en el elemento objetivo : de la producción de un disvalor de acción , que en este caso equivale a la infracción del deber de cuidado; de un disvalor del resultado , que corresponde a las lesiones cuyo lapso de curación sea mayor al de los diez días; de un nexo causal entre estos dos; y, de la imputación objetiva de la acción y el resultado a la persona acusada; como sabemos dicha imputación objetiva no varía en cuanto a los elementos necesarios para el delito doloso, por supuesto que traduciéndolos al ámbito culposo, dicho en otras palabras, que con la conducta imprudente se haya dado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y que el resultado debe ser el producto de la creación de ese riesgo. En el elemento subjetivo se requiere la previsibilidad o cognoscibilidad de la producción del resultado, equiparándolo algunos a la llamada culpa consciente.” (T1S Sta Ana, 9 marzo 2001).

En los casos de los delitos ocasionados por accidentes de tránsito, como es en el caso específico de las lesiones culposas, la ley hace caso omiso del resultado objetivo o material de las lesiones, en lo que se refiere a la calificación por el daño producido; de manera que no se toma en cuenta la gravedad de las mismas sino que se tiene como un solo tipo de lesión, ya que éstas se dan por la imprudencia de no haber guardado las precauciones debidas, entendiéndose imprudencia en materia penal como la falta de intención plena y del propósito definido de delinquir que originan, por no haberse procedido conforme a las precauciones estipuladas en los reglamentos respectivos, las consecuencias

tipificadas en la ley penal.
(Sentencia del 08/I/99, T 1° S. San Salvador)

La conciencia de la ilicitud es otro elemento relevante y requiere que al acusado se le exija razonablemente la capacidad de poder tener conciencia de la ilicitud de sus actos, en el ámbito de la imprudencia o de la culpa cuando sucede en cuestiones de tráfico viario, esto se reflejara en el hecho de que al acusado es posible exigirle el conocimiento de las normas que regulan lo pertinente a la forma responsable de conducir los vehículos. T3S SS, CN. 160-2001, 14 de enero 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En el marco de una interpretación sistemática debemos entender que las únicas lesiones que se incluyen en esta disposición legal serían aquellas cuyo resultado material es el que corresponde a los delitos de lesiones regulados en los Art. 142, 143 y 144.

Consecuente con lo anterior cualquier resultado cuya enfermedad o incapacidad sea de diez días o menos es atípica penalmente, en tanto que la falta de lesiones culposa no está expresamente sancionada, condición esencial para su tipificación según lo dispuesto por el Art. 18 inc. final Pn

En el marco de una interpretación de que cualquier lesión culposa sea típica se llegaría a conclusiones desproporcionadas sancionando como delito una lesión culposa con asistencia médica de cinco días, y como falta si fuera dolosa.

Consecuentes con lo expuesto esta disposición legal exige un resultado de por lo menos once días de asistencia o incapacidad⁴⁷.

JOSE ANTONIO CHOCLAN MONTALVO⁴⁸ en parte de acuerdo sostiene que debe sancionarse como infracción leve constitutiva de falta. Con tal interpretación no estamos de acuerdo en razón de que el hecho culposos sólo puede ser sancionado en los casos previstos expresamente, y tal previsión no se ha dado respecto a la falta de lesiones.

El inciso segundo refiere a la conducción de vehículo para la imposición del derecho a conducir o de obtener la licencia respectiva. Para concretar el significado de este elemento cabe considerar lo que dispone las leyes administrativas relativas al tránsito en ese sentido la LEY DE TRANSPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL. Indica “Art. 11.- Para los efectos de esta ley, los vehículos se clasifican en:

- a) De motor;
- b) De tracción humana, ya sea de mano o pedal; y,
- c) De tracción animal.

Art. 12.- Los vehículos automotores regulados por esta Ley serán:

1) Livianos de pasajeros:

- a- Automóviles;
- b- Microbuses;
- c- Motocicletas de todo tipo y clase.

2) Livianos de carga:

- a- Pick ups y paneles;
- b- Camiones hasta de tres toneladas de capacidad.

3) Pesados de pasajeros:

- a- Autobuses de todo tipo y clase;
- b- Otros de tecnología diferente que a futuro se utilicen.

4) Pesados de cargas:

- a- Camiones de más de tres toneladas de capacidad;
- b- Camiones y remolques articulados;
- c- Cabezales y trailers;
- d- Maquinaria pesada montada sobre ruedas de hule;
- e- Otros no contemplados.

Asimismo, se establecen regulaciones especiales en lo que compete a esta Ley, sobre los vehículos de tracción humana o animal; así como cualquier vehículo de tecnología diferente que a futuro pudiese incorporarse a la circulación vehicular en el país, a excepción del transporte ferroviario.”

La disposición legal del Código Penal no se limita a vehículos automotores, por ende quedan incluidos otros vehículos cuyo movimiento se genere por la fuerza humana o animal.

En cuanto a la actividad médica y paramédica se nota una amplitud de conceptos no quedando circunscrita a la primera, en tanto que la paramédica puede jugar un papel decisivo en la salud de una persona, por lo que resulta imperativo regular los riesgos a que se sujeta un paciente a consecuencia de la negligencia en la asistencia o tratamiento médico.

En lo pertinente el Código de Salud prescribe:

“Art. 2.- Se relacionan de un modo inmediato con la salud del pueblo, las profesiones Médica.....

Se entenderá que forman parte del ejercicio de las profesiones antes mencionadas, y por consiguiente estarán sometidas a la respectiva Junta de Vigilancia, aquellas actividades especializadas, técnicas y auxiliares que sean de complemento de dichas profesiones”.

En alguna medida se observa que la disposición penal y administrativa guarda coincidencia en cuanto a que actividades paramédicas pueden incluirse entre las conducta que deben observar el cuidado debido.

CONSENTIMIENTO ATENUANTE Y CONSENTIMIENTO EXIMENTE.

ART. 147.

NOTA DE ACTUALIZACION.

Por Decreto Legislativo 297 publicado el 23 de febrero de 2001 se modificó el inciso segundo así:

“El consentimiento, exime de responsabilidad penal en los supuestos de donación o trasplante de órganos o tejidos humanos, esterilizaciones y cirugía transexual, ejecutadas con arreglo al Código de Salud y por facultativo”

La reforma adiciona la inclusión de los tejidos humanos en el tema de trasplante.

El consentimiento no se establece de una manera expresa en la parte general del Código como una regla de exclusión de responsabilidad penal.

La exclusión de la tipicidad dependerá si el verbo del tipo se vincula con la voluntad, por ejemplo en el allanamiento, en la violación en mujer mayor de dieciocho años, la voluntad válida constituye una razón para excluir la tipicidad.

En el caso de las lesiones la voluntad del lesionado no tiene nada que ver el verbo que las tipifica, por consiguiente aun con voluntad del derechohabiente la tipicidad se mantiene.

No obstante lo dicho hemos de advertir que las lesiones que tienen un fin terapéutico, es decir mejorar la salud de otra persona, por ejemplo amputación de una pierna gangrenada, siempre quedarían excluidas ya sea por entenderse la falta de dolo en tanto que no se destinan a afectar la salud de una persona sino por el contrario mejorarla; o por falta de imputación objetiva en tanto que en vez de crear o aumentar un riesgo no permitido, lo disminuyen.

Fuera de lo anterior las lesiones resultan típicas, y así lo resultan aquellas que implican la extracción de órganos para donar, esterilizaciones y cirugía transexual; estas últimas en virtud de lo dispuesto por el artículo quedan eximidas de responsabilidad penal cuando sean ejecutadas de acuerdo al Código de Salud y por facultativo.

Lo anterior constituye una verdadera causa de justificación plasmada pero en la parte especial del código.

Entre los aspectos más importantes en el Código de Salud relativos los trasplantes cabe indicar:

Debe ser consentida por el donante, quien a la vez debe ser mayor de dieciocho años de edad, voluntad que puede ser verbal, en la licencia de conducir o el documento de identidad personal, o a través de escritura pública. En el caso de personas muertas, la autorización también la podrá otorgar cualquiera de los parientes que le subsistan, en el orden siguiente; padres, cónyuges, hijos, hermanos o abuelos; tal consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (Arts. 128 D y F)

No son admisibles los trasplantes cuya separación genere incapacidad parcial o total o la muerte del donante (Art. 128 P) los realizados con fines de lucro (Art. 128 Q), lo que tiene su derivado en el sentido de que cualquier revocación carece de repercusión legal en contra del donante (ARTS. 128 J)

CAPITULO II

DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

Este capítulo es nuevo derivado de diversas reformas

DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Art. 147.-A.- El que dispare arma de fuego contra una persona sin intención homicida que pueda deducirse de las circunstancias en que el disparo fue ejecutado, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que no causare daño personal.(17 D.L. N° 883, del 27 de junio del 2002, publicado en el D.O. N° 134, Tomo 356, del 19 de julio del 2002.)

Quien de forma injustificada alguna, dispare arma de fuego en lugar habitado, en su vecindad, en la vía pública o en sitio público frecuentado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. (17)

Si resultaren lesiones el hecho se considerará, por regla general como homicidio tentado a menos que el Juez estimare por la situación de las lesiones por la poca gravedad de éstas o por otras circunstancias que no hubo intención de matar. En este caso, se aplicará la sanción que corresponda al delito de lesiones cuando éstas tengan mayor pena que el delito de disparo; pero si las lesiones tuvieron menor pena, se aplicarán las reglas del concurso ideal de delitos. (11 D.L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.)

JURISPRUDENCIA.

"El delito de Disparo de Arma de Fuego, comprende no sólo la acción de disparar un arma de fuego en contra de una persona, sino también comprende en sí una amenaza agravada y la tenencia de un arma de fuego, por lo que dichas conductas quedan subsumidas en la figura penal de disparo de arma de fuego, por ser el precepto más amplio en donde el legislador comprendió la tenencia de un arma de fuego y la amenaza por medio de arma de fuego". T6S SS, C.N.180-2001, 10 octubre 2001,

"... Lo que se requiere es que se dispare hacia la persona, no que la impacte, puesto que ello constituiría un hecho de mayor gravedad. Si bien se disparó al suelo, lo fue hacia los pies de los ofendidos, en su dirección, a muy corta distancia de ellos, lo que creó peligro para su integridad..." TCP-CR 667-f-97, 22 agosto 1997

BIEN JURIDICO.

Es un delito de peligro para la vida o la integridad física aunque con menor intensidad cuando se hace al aire.

ADECUACION TIPICA

La acción conlleva un disparo de arma de fuego.

Por arma de fuego se entiende como un artefacto que dispara proyectiles por medio de un mecanismo basado en la ignición de sustancias que producen gases que lo impulsan⁴⁹.

La disposición legal contempla dos supuestos: disparo contra una persona, y disparo al aire. En el código penal de 1974 el primer supuesto se consideraba delito y el segundo falta.

Al entrar en vigente el presente código la actividad de disparos de armas de fuego únicamente se regula como falta; pero al darse vigencia al decreto que lo regula como delito, quedó sin efecto el numeral 1 del artículo 378 Pn. que lo contemplaba como falta.

Quedan comprendidos en esta acción disparos efectuados con el fin de atemorizar, incluso cuando se dirigen al suelo.

Se ha pretendido por el legislador ampliar la protección penal en el caso de los disparos al aire ante una serie de resultados muerte en algunas personas a consecuencia de proyectiles perdidos, por ende se le exige un mayor cuidado a los portadores de armas; claro ello en un lugar donde haya concurrencia de personas, si lo fuese por ejemplo en un desierto cabría la atipicidad. Para mayor amplitud véase el comentario al Art. 378 Pn.

No se requiere que el disparo sea en contra de una persona determinada, ni que haya hecho puntería, ni que se vea, como cuando se dispara a través de una puerta sin saber a quien⁵⁰.

Si se dispara contra un grupo de personas se considera un solo delito.

TIPO SUBJETIVO.

Este delito supone un disparo rechazándose la posibilidad de dañar (susto o broma); en el caso de primer inciso se supone que se dirige a una persona⁵¹.

Aunque la parte final no lo indicase si los disparos se enfilan a causar la muerte es obvio que cabe la consideración del homicidio imperfecto.

TENTATIVA.

Un sector admite la tentativa como cuando el sujeto acciona el arma sin que logre salir el proyectil⁵²; claro en caso esté descargada se estaría ante un delito imposible.

CONCURSO DE DELITOS.

La parte final de la disposición legal establece una regla concursal.

TRÁFICO Y TENENCIA ILEGAL DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS.

Art. 147-B.- El que extrajere o transplantare órganos o tejidos humanos, sin estar debidamente autorizado para ello, según lo establecido en el Código de Salud, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual sanción se impondrá a quien comerciare con órganos o tejidos humanos.

El que tuviere en su poder, órganos o tejidos de personas humanas, sin estar autorizado para ello, según lo establecido por el Código de Salud, será sancionado de tres a cinco años de prisión. (14 D.L. N° 297, del 12 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 40, Tomo 350, del 23 de febrero de 2001.)

Esta disposición en su esencia viene a ser complementaria con la prohibición del Código de Salud del comercio de órganos y tejidos, y en su esencia pretende evitar una manipulación indebida en la extracción de órganos que de no ser regulada puede convertirse en una lesión masiva a la integridad física de muchas personas, exponiéndolas al peligro de muerte por una prestación económica.

Constituye en el fondo una protección a las personas de bajos recursos, pues la de altos recursos por su facilidad económica no se expondrá físicamente a donar un órgano a cambio de una remuneración económica.

BIEN JURIDICO.

Se pretende proteger la integridad física de las personas.

CONDUCTA TÍPICA.

La extracción implica el sacar el órgano de una persona, el trasplante supone una actividad que va más allá pues ya incluye la inserción en otra persona.

Esta norma penal viene a ser un mecanismo para hacer efectivo el Art. 128-G del Código de Salud que dice:

“El proceso de trasplante de órganos o tejidos de seres humanos vivos o muertos sólo podrá efectuarse en las instituciones autorizadas por el Consejo Superior de Salud Pública.

El Consejo Nacional de Trasplantes, llevará un registro por especialidad de los profesionales de la salud que se dediquen a los procesos de trasplantes.”

La actividad de comercio de órganos y tejidos supone una prohibición tendiente a evitar que por el lucro buscado por terceros se generen condiciones de extracciones masivas con los posteriores daños graves a la salud de muchas personas.

La extracción de órganos y tejidos aunque constituye una actividad valiosa en el ámbito del avance de la medicina manejada imprudentemente es sumamente peligrosa por ende el Estado debe tener un absoluto control de las entidades y personas naturales autorizadas para trabajar en ello; como resultado de ésto además se sanciona la posesión de los mismos sin estar debidamente autorizado.

La posesión sin autorización significa una actividad de extracción al margen de la ley.

MANIPULACION DE INFORMACION

Art. 147-C.- El profesional de salud que participe en un proceso de evaluación diagnóstica para una intervención quirúrgica de extracción o trasplante de tejidos humanos, que proporcione información falsa o distorsionada con el fin de influir en la decisión de donar o recibir dichos órganos o tejidos, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Si como efecto de la influencia indicada en el inciso anterior, se produjere la muerte del donante o del receptor, la sanción se incrementará hasta en una tercera parte del máximo de la pena indicada. (14 D.L. N° 297, del 12 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 40, Tomo 350, del 23 de febrero de 2001).

BIEN JURIDICO.

Siempre lo constituye la integridad física y la salud de las personas, en tanto que sobre la base de supuestos no ciertos se pone en condiciones a una persona para que consienta le extraigan órganos o tejidos.

El consentimiento de una persona ante una actividad en que pueda resultar afectado en su salud debe ser informado, es decir conocer los efectos de la extracción en su cuerpo.

CONDUCTA.

Implica en dar datos que no corresponden a la realidad, relativos a un diagnóstico de cuales son los efectos en la salud de una persona como consecuencia de la extracción.

Esta conducta sólo está referida a la actitud falsaria, por consiguiente no quedan incluidos en su contenido otros resultados lesivos en el sujeto pasivo; salvo el caso de muerte culposa como más adelante se dirá.

TIPO SUBJETIVO.

Debe ser dolosa la conducta, de ahí que si hay algún tipo de imprudencia no se comete la conducta delictiva en cuestión.

CONCURSOS.

Sólo en el caso de muerte puede existir un incremento de pena; hemos de entender que el resultado al menos sea culposos, si admitimos el incremento de pena en una muerte fortuita sería violar la prohibición de la responsabilidad objetiva; Consecuente con lo anterior esta penalidad no es más que una forma de sanción ante un concurso de delitos.

Consideramos que la regla sólo abarca la muerte culposa; en caso de ser dolosa la muerte entendemos que por aplicación del Art. 129 No 4 que se refiere al uso de un medio insidioso, o del 129 No 3 en que se ubique a la víctima como efecto de la anestesia en una situación de indefensión será Homicidio agravado, quedando subsumida la conducta que aquí se analiza; en ese mismo sentido sería el caso de las lesiones que serían agravadas en aplicación de lo dispuesto en el Art. 145 Pn..

PRIVACION DE LIBERTAD.

ART. 148.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Por D.L. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001 el texto se modificó así: “El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años”.

La variante únicamente se circunscribe en cuanto a la pena incrementándola.

CONDUCTA TIPICA.

Se ha estimado que se puede cometer no sólo por acción sino también por omisión, cuando quien es garante de la libertad del encerrado omite liberarlo; pudiendo dar lugar a un delito de omisión de socorro si no concurre dicha posición de garante⁵³.

No existe acuerdo en la doctrina en cuanto al período mínimo que ha de mantenerse la privación de libertad; resulta aceptable que deba existir al menos un espacio mínimamente significativo.

AUTORIA Y PARTICIPACION

Puede perfilarse la autoría mediata como cuando se instrumentaliza a terceros para llevar a efecto la detención así resulta cuando se engaña a una autoridad para que ordene la detención de una persona; caso en el cual puede darse concurso con un delito contra la administración de justicia, delito de denuncia o acusación calumniosa, el falso testimonio⁵⁴.

TIPO SUBJETIVO.

Basta el dolo, no se requieren los móviles del sujeto activo.

JUSTIFICACIÓN.

Existen casos en los que la ley autoriza la privación de libertad de una persona; en el fondo las mismas constituye causa que justifican el hecho y le restan cualquier carácter antijurídico por ende delictivo; por ejemplo los casos en que tanto al policía como un particular puede detener a una persona como es la flagrancia, Art. 288 Pr. Pn. en sentido distinto ZAFFARONI en el marco de la tipicidad conglobante lo considera atípico⁵⁵.

Se estima amparado por estado de necesidad la privación de libertad de un enfermo mental cuando para evitar los efectos de su peligrosidad no exista más alternativa que el internamiento⁵⁶; también en el marco del derecho de corrección respecto a un menor, tomándose en consideración que ello se destina a protegerlo.

TENTATIVA.

Constituye un delito de resultado, siendo posible la tentativa

CONCURSO DE DELITOS.

La duración de la privación de libertad puede ser determinante para considerar si en verdad concurre otro tipo de infracción, o en concurso de delitos. En la medida en que resulte un tiempo prudencial puede constituirse en independiente.

Si es mínima como para perfilar un robo, puede estimarse como parte de la violencia para el tipo; pero en la medida en que se prolongue por un largo tiempo aunque los sea para la consumación de otro delito como el robo, puede guardar una entidad independiente y con ello generarse un concurso de delitos.

SECUESTRO.

ART. 149.

JURISPRUDENCIA:

“En razón de que no se logró exteriorizar el propósito del rescate a las personas a quienes se les exigiría entregar el rescate, el delito de secuestro es calificado como una tentativa acabada” T1S SS, 24-2002, del 6 diciembre 2002.

“La descripción legal no determina como elemento esencial el que se cumpla con la prestación exigida..basta por ende que a la privación de la libertad se apareje la exigencia de la condición..” T6S SS 13 noviembre de 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por D.L. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001 el texto se modificó así: **“El que privare a otro de su libertad individual con el propósito de obtener un rescate, el**

cumplimiento de determinada condición, o para que la autoridad pública realizare o dejare de realizar un determinado acto, será sancionado con pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada”.

El texto original ya había sido modificado por DL. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el DO. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001, elevando la pena de veinte a treinta años de prisión.

Prácticamente las variantes legislativas han girado en torno a elevar la pena e impedir beneficios en la ejecución de la pena.

En cuanto a los montos de pena han existido divergencias respecto a aceptar penas elevadas, máxime cuando se está ante la presencia de personas que por su edad y el monto de pena a cumplir esta se convierte en perpetua, especie de sanción prohibida en el Art. 27 Cn.

Constituye el secuestro una detención ilegal cualificada, teniendo una cercanía a las amenazas condicionales; pero a diferencia de las amenazas en el secuestro el mal con que se amenaza se causa desde el comienzo de la acción típica; en las amenazas por su parte el daño se produce si la condición no se cumple.

El carácter pluriofensivo del secuestro en tanto se lesiona la libertad ambulatoria, como la seguridad y libertad en la formación de la voluntad; permite que la exigencia del rescate o condición se exija al mismo detenido o a diferente persona.

PROPOSICION Y CONSPIRACION EN LOS DELITOS DE PRIVACION DE LIBERTAD Y SECUESTRO

Art. 149-A.- La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, serán sancionadas, para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años, y para el caso de secuestro, con prisión de diez a veinte años. (D.L. N° 280, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.)

Constituye esta una opción del legislador de sancionar un acto anterior a la tentativa; al menos en este caso se percibe una diferencia con respecto a la penalidad de estos actos preparatorios en el caso del homicidio donde se nota la desproporcionalidad si se le compara con la pena de la tentativa. Siempre en cada caso deberá tomarse en consideración el principio de lesividad como presupuesto de la sanción.

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD AGRAVADOS.

ART. 150.

JURISPRUDENCIA.

Algunos tribunales han sostenido que la pena se fija entre el máximo legal y tal máximo aumentado en su tercio, para el caso si es treinta la máxima de entre treinta y cuarenta (T2S SM C.N. 25-2003, 7 mayo 2003).

La fijación de la pena es una decisión que debe estar debidamente fundamentada; para ello el Art. 62 inc. segundo del Código Penal prescribe, que la pena que se imponga no debe rebasar los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para cada delito, en este caso el tipo penal contiene una sanción de diez a veinte años de prisión en su forma simple, pero como se ha acusado por un delito en su forma agravada, entonces la pena oscilará entre veinte años de prisión como mínimo y veintiséis años con ocho meses de prisión como límite máximo, pues el Art. 150 inc. 1° Pn., establece que la pena correspondiente al delito se le aumentará hasta en una tercera parte del máximo T3S SS, CN. 207-2001, 12abril 2002.

"..Privación de Libertad Agravada, Art. 148 en relación con el 150 N° 3 CP., sancionado con la pena mínima de tres años de prisión a una máxima de ocho años de prisión, .. el legislador especifica que en la agravación especial la sanción se aumentara hasta en una tercera parte de su máximo, entiéndase que se mantiene la pena del delito tipo, con el aumento de la tercera parte sobre la misma" TS SENSUN CN. 56-2002, 13 agosto 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Resulta aquí discutible la regla de fijación de pena; algunos tribunales han entendido que se ha de fijar entre el máximo y la tercera parte del máximo, es decir entre cuarenta y cinco años y sesenta años (antes lo hubiera sido de entre veinte y veintiséis años ocho meses; o treinta y cuarenta años).

Otro criterio es establecer una penalidad concreta en el marco correspondiente al tipo básico; y al mismo aumentarle hasta en una tercera parte del máximo; por ejemplo treinta años (o diez años cuando esa era el tipo de pena) y aumentarle de entre un día y el tercio del máximo, quince años (6 años ocho meses). Para el caso dependiendo del tiempo del hecho la pena podría haber sido treinta años un día (diez años un día).

La anterior forma de graduación de pena a nuestro juicio responde a un criterio de proporcionalidad en la imposición de las penas, sin dejar de considerar que la existencia de una agravante amerita una magnitud mayor de reproche.

Imaginemos dos hechos de privación de libertad uno se prolonga por nueve días y otro ocho; en el primer caso es agravado; supongamos que considerando el tipo básico ameritara treinta años, pero por un día más de privación de libertad se interpretará que la pena mínima es el máximo habría que aplicar cuarenta y cinco mas desde un día hasta quince años; tenemos que la diferencia en pena es abismal a pesar de que fácticamente tenga muy poca diferencia y por ende la diferencia de reproche también sea mínima.

Creemos que la forma propuesta de fijación de pena responde a un criterio de proporcionalidad y asimetría de pena

NUMERAL 1º

La simulación debe ser a una autoridad pública o de una falsa orden. En el primer caso debe serlo aparentando a un funcionario como el Juez; no está referido a simular ser policía pues éstos no son autoridad, según lo indica el Art. 39 No 2 del Código Penal. Si se trata de simular a un policía debe ello aparejarse a simular portar una falsa orden.

NUMERAL 2º

La contabilización de los días atendiendo a un criterio restrictivo debe hacerse de acuerdo a las horas, de ahí que si se priva de libertad a alguien a las diez de noche del primero del mes, y se libera el día nueve a las nueve de la noche será secuestro simple; si se prolonga a las once de la noche de ese día será agravado.

NUMERAL TERCERO.

El sujeto pasivo es una persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad; y debe tener ya cumplidos los sesenta años de edad.

NUMERAL SEXTO. Quedan en consecuencia incluidos: El Presidente y Vice-Presidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos.

NUMERAL SEPTIMO. Sobre el particular el artículo 40 de la CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES bajo el título Protección de los funcionarios consulares prescribe:

"El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad." Según el Art. 1 d) por "funcionario consular", se entiende "toda persona, incluido el jefe de oficina consular encargada con ese carácter del ejercicio funciones consulares".

CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS.

Artículo 29

La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD ATENUADOS.

ART. 151.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Constituye aplicación de la Teoría del “Puente de Plata”.

Algunos han pretendido asimilarlo al desistimiento; técnicamente no resulta serlo pues esa figura exige que el delito no se haya consumado, aquí desde que existe un espacio de tiempo prudencial mínimo se ha consumado la privación de libertad, no teniendo por ello la calidad de delito tentado. En la medida en que la libertad deriva de la misma presión del sujeto activo al verse acorralado la atenuante no resulta aplicable; como cuando el sujeto ante la presión policial decide poner en libertad a la víctima, no siendo en verdad un acto voluntario.

La forma de redacción determina el monto de pena a reducir, por ejemplo si partimos de la hipótesis de la pena oscilando de entre treinta y cuarenta y cinco años de prisión, en el primer inciso la pena puede rebajarse hasta en una tercera parte de cuarenta y cinco años que al ser quince restados de cuarenta y cinco hacen treinta años la pena mínima a imponer.

En el segundo caso la pena al ser la mitad del máximo la rebaja podría ser hasta veintidós años seis meses.

Pensamos que como una decisión político criminal que se destina a dar un mensaje de reducción de pena, es un mínimo; para el primer inciso la rebaja llega hasta la pena mínima, cuantía que se podría establecer tomando en cuenta la voluntariedad del secuestrados aun sin que legalmente se plasme esa atenuante. Por lo expuesto de lege ferenda la pena debió fijarse bajando del mínimo

COACCION.

ART. 153.

JURISPRUDENCIA.

“..Siendo el delito de coacción un delito de resultado, es necesario acreditar que existe relación de causalidad entre la acción realizada por el sujeto activo y el comportamiento efectuado por el sujeto pasivo como resultado de la acción ejecutada en su contra.

El delito de coacción no existe si la acción a la que se pretendió obligar a la víctima no se consumó”. Cámara de la Segunda Sección de Occidente”05/02/02.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La coacción en esencia constituye un tipo residual por otras disposiciones típico-penales que establecen de entre sus elementos la violencia doblegadora de la voluntad de las personas.

Si bien tiene elementos comunes con el robo debe distinguírsele partiendo de la inmediatez; si la finalidad es la entrega inmediata de una cosa sería robo, y si lo es en el futuro coacción.

AMENAZAS.

ART. 154.

JURISPRUDENCIA.

“...Además de ser injusta la amenaza debe reunir alguna características como: La seriedad y gravedad. 1.- La amenaza es seria cuando representa un mal injusto y es posible. Además el mal amenazado debe depender de la voluntad de la persona que realiza la amenaza; si el mal no depende de la voluntad del agente, no hay amenaza. 2.- La Amenaza también debe ser grave; no basta con el mero anuncio: es necesario que este sea capaz de alarmar o amedrentar al sujeto pasivo. Por otro lado se exige posibilidad de idoneidad de la amenaza pues si la amenaza no se puede realizar y el sujeto pasivo lo sabe, no hay delito. De igual forma, si la amenaza no es idónea para atemorizar o turbar el ánimo del sujeto pasivo, no se configura el delito.”

El delito de Amenazas está clasificado dentro de los delitos de mera actividad, por tanto, el delito se consuma cuando se le manifiesta a otra persona y ésta conocedora del daño inminente para él o su familia; de ahí que, las amenazas que no llegan al conocimiento del sujeto pasivo se vuelven atípicas. T1S-SA CN. 113-99, 13 ENERO 2000.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El mal anunciado debe ser algo efectivamente realizable, para el caso susceptible de ser realizado por el autor o un tercero, "amenazar con el fin del mundo", "amenazar con la fulminación de un rayo": serían en tal caso para algunos tentativas irreales o supersticiosas sin relevancia típico-penal; pero se sugiere tratar de manera distinta tales casos de aquellos en los que aunque hay una idoneidad objetiva para constreñir el sujeto pasivo -sea por lo que fuere- no se sienta constreñido⁵⁷.

Los criterios son variados algunos exigen que el anuncio del mal haya amedrentado a la víctima en el caso concreto; otros exigen que la amenaza sea susceptible de intimidar en general, aunque no lo haya logrado.

Las amenazas tiene un contenido residual, pues pueden constituir actos preparatorios de otros delitos: conducción a punta de arma de la víctima al lugar de la violencia sexual.

SUJETO PASIVO.

Es discutible si esta conducta puede recaer por sobre una persona jurídica señalándose las posibilidades siguientes: el mal que va a recaer sobre la persona jurídica también afecta a la persona física de forma directa; en otras el mal sobre la persona jurídica produce secundaria o indirectamente un mal sobre la persona física; en otras el fin aparentemente se enfila a la persona jurídica teniendo como objetivo a la persona física. Aun teniendo como destinatario a la persona jurídica, ante el hecho que por ficción se le da existencia cuando en realidad personas físicas la dirigen, siempre se enriende amenazada a una persona física

CONCURSO DE DELITOS.

Dependiendo del número de sujetos pasivos así será el número de delitos cometidos, atendiendo a que se trata de un bien jurídico personalísimo, varias libertades afectadas a un mismo tiempo.

DIFERENCIA ENTRE COACCION Y AMENAZAS.

En el delito de coacción es necesario el uso de la violencia, en la amenaza no necesariamente debe emplearse la violencia; ambos delitos protegen la Libertad de obrar pero en diferentes fases, la coacción lo hace en la fase externa de la voluntad y las Amenazas en la fase interna de la voluntad". T3S SS CN. 134-2000, 13 julio 2000

AGRAVACION ESPECIAL.

ART. 155.

JURISPRUDENCIA

"..La figura penal de Amenazas con Agravación Especial, Artículos 154 y 155 ambos del Código Penal, sancionado con la pena mínima de un año de prisión a una máxima de cuatro años de prisión, en razón que el legislador especifica que en la agravación especial la sanción se aumentara hasta en una tercera parte de su máximo, entiéndase que se mantiene la pena del delito tipo, con el aumento de la tercera parte sobre la misma..." TS SENSUN CN. 57-2002, 12 agosto 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

No se percibe una diferencia de la amenaza condicional y la coacción.

La existencia de algunas de las agravantes no se hacer entender que se trata de un delito autónomo más bien se tratan de circunstancias que hacen elevar la pena; no existe un nomen iuris propio, por ende la calificación de cualquier hecho en caso de concurrir estas agravantes siempre es COACCION o AMENAZAS en su caso, nunca será nominado

amenazas agravadas; la anterior interpretación permite incluir a las amenazas donde concurre la agravante especial como uno de los supuestos susceptibles de ser conciliado según lo dispuesto en los arts. 26 No 3 y 32 No 2 Pn.

Respecto a la penalidad mantenemos el criterio similar a las Lesiones Agravadas, el Secuestro con agravación especial; en el sentido de que la pena a fijarse ha de partir la de fijar la concreta para el tipo básico, a la que se le hará un aumento hasta en una tercer parte del máximo. En el sentido expuesto en el caso de las amenazas por ejemplo para el básico se le podría fijar un año; pero al concurrir la agravante se le puede adicionar a la pena desde un día hasta un año; consecuente con lo anterior la pena a fijar puede ser por ejemplo un año un día.

En algunos fallos se ha entendido que la pena mínima es el máximo del de lo expresado en los arts. 153 o 154.

INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA.

ART. 156.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta regulación viene a llenar un vacío de punibilidad.

Esta conducta que en el fondo atenta contra la libertad y dignidad de la mujer y su derecho a no ser considerada como un mero receptáculo reproductor de la especie humana.

MUÑOZ CONDE analizando la legislación española indica que los supuestos de inseminación articula punible encajan en los casos de permisión de aborto⁵⁸.

Aunque el texto que se actualiza al analizar el inciso segundo refiere a una protección penal a partir de los dieciocho años, desde en ángulo penal la regulación es a partir de los catorce años y no de la mayoría de edad; en el sentido anterior no es punible la inseminación consentida sin fraude en mujer de catorce o más años.

INSEMINACIÓN FRAUDULENTA.

ART. 157.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Como ejemplos cabe indicar cuando se le hace ver a la mujer que el semen con que se fecunda es de su marido, siendo de otro.

VIOLACION.

ART. 158.

JURISPRUDENCIA .

“La violación -como tipo penal genérico- está clasificada dentro de los delitos de mera actividad; por lo tanto, la estructura básica de la acción es sumamente simple por cuanto el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina y/o en el ano de la víctima; es decir, que tanto acción como resultado se funden dentro de la conducta típica prevista por el legislador; por ello, no cabe aquí alegar sobre la relación de causalidad. La conducta prohibida, para el caso que nos ocupa, consiste en el simple acceso carnal vaginal; considerando los Suscritos a este acceso como un elemento normativo cultural que no merece profundización teórica” (T1S STA ANA CN. 5-2003 3 de marzo del 2003, T1 S STA ANA C.N 12-2002, 20 marzo 2002, T1S STA ANA CN 105-2001, 18 OCTUBRE 2001, T1S STA ANA, CN. 80-2001, 20 AGOSTO 2001).

“La libertad sexual ha de entenderse como aquel derecho individual que asiste a toda persona para poder elegir el momento o el sujeto con el cual se tendrá un acceso carnal; de ello es asequible colegir que tal concepción implica que una persona tiene la facultad de disponer de su propio cuerpo en este aspecto..... el hecho punible queda consumado desde la introducción del órgano genital masculino en la vagina o en el ano de la víctima, careciendo de prescindencia que la penetración sea incompleta o, que el sujeto activo no logre con su accionar la plenitud del coito; es decir, que tanto acción como resultado se funden dentro de la conducta típica prevista por el legislador; por tanto no cabe aquí alegar sobre la imputación objetiva.” T1s STA ANA, 71-2000, 11 septiembre 2000).

“.. violación, "violencia", se considera un elemento normativo de carácter cultural .. no debe interpretarse en el único sentido de fuerza física, que también implica la coacción moral..se materializa ya sea porque un sujeto, empleando todo su potencial físico, obliga a otro al acceso carnal una vez que ha logrado doblegar su resistencia y oposición; o bien, porque el sujeto, amenazando con ocasionar un mal mayor, logra el acceso carnal con su víctima..” (Sentencia del 14/III/00, T 1° S. Santa Ana)

Se ha admitido la VIOLACION en el marco de delito continuado “ya que fue accesada la menor víctima en tres ocasiones por lo que se sancionará al culpable por un único delito con el máximo de la pena prevista para ésta” T1S SS CN. 220-2001, 22 AGOSTO 2002.

“.. No existe independencia entre el daño provocado al patrimonio y el daño provocado a la Libertad Sexual, por lo cual se configura lo establecido en el Artículo 40 del Código Penal, ..deberá determinarse la pena.. habiéndose acotado que el delito de Violación Agravada, es considerado más grave que la afectación patrimonial, correspondería por ende, determinar la pena con base a éste y ya determinada, la que corresponde a este delito se podrá aumentar hasta en una tercera parte de la pena determinada” TS CHAL CN. 9-2002, 6 de marzo 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

SUJETO ACTIVO.

La admisión de una mujer como autor directo en una violación constituye un criterio con tendencia a ser admitido⁵⁹ hay otro sector que de plano la rechaza⁶⁰.

Como ejemplo se indica el de que una mujer ata a un hombre a unas silla, inyectándole una sustancia vaso dilatadora en su pene provocando su erección y posteriormente lo introduce en su vaguita; habría que imaginarse la relación sexual de una mujer que provoca erección en un menor de doce años, o en un enajenado mental.

Probablemente resulte poco concebible admitir a la mujer como sujeto activo. Pensamos que la redacción de un tipo penal debe ser lo suficientemente flexible como para poder dar cabida a supuestos de relaciones sexuales no consentidas amparando la libertad de cualquier persona sin distinguir el sexo.

Los antecedentes legislativos indican una posición legislativa acerca que sólo el hombre puede ser sujetos activo; la lectura de capítulo de los delitos relativos a la libertad sexual del Código de 1974 determina una clara posición legal de considerar al hombre (en sentido estricto) como único sujeto activo del delito descartando a la mujer cuando da a entender a la mujer como único sujeto pasivo (arts. 192 (violación propia Art. 193 Violación presunta, “..acceso carnal con mujer...”; en el caso de la violación presunta indicaba “el acceso carnal realizado por varón..”

En Costa Rica para despejar cualquier margen a la interpretación se reformó por ley No.7899 de 3 de agosto de 1999 el Código Penal así:

Violación

ARTÍCULO 156.- *Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo,*

ADECUACION TIPICA.

La violencia usada se sostiene debe ser firme y sostenida; no se trata del caso de una resistencia inicial la que desaparece después de una forma voluntaria espontánea, que restaría de ilícita la conducta. No cabe descartar la violación cuando se desiste de la resistencia más por resignación o temor a ser golpeada (o) que por deseo

Se ha considerado que el temor reverencial, cuando median relaciones de parentesco o dependencia no es suficiente por sí mismo, para acreditar la intimidación; más bien son circunstancias que la califican.⁶¹

El acceso carnal como elemento típico no exige una penetración total; tampoco por ende requiere que el hombre eyacule.

Aunque exista penetración sexual completa no se requiere como resultado ruptura del himen, pues en algunas relaciones sexuales ese efecto no se produce. Lo anterior en razón que atendiendo al tipo de himen se dará la ruptura o desgarró; un himen dilatado (conocido como complaciente) muestra un orificio que permite el ingreso del pene o de dos dedos sin romperse y vuelve a las dimensiones normales una vez que uno de aquellos sale⁶²; un himen que no se presente las anteriores característica al ingreso del pene tendrá desgarró o ruptura.

TIPO SUBJETIVO. Esta figura delictiva no requiere algún elemento subjetivo especial del dolo. Aunque pueda coexistir el ánimo libidinoso debemos entender que el mismo no es necesario se perfila, pongamos como ejemplo la violencia sexual realizada sin más ánimo que el de venganza, no deja de ser violación sexual por no aparejarse el ánimo libidinoso.

AUTORIA Y PARTICIPACION.

Es discutible la consideración de delito de propia mano de la violación. La conclusión sobre ello tiene repercusiones en la calificación que ha de darse a la forma de intervención en los hechos.

La consideración de propia mano limita el ámbito de la autoría a la inmediata, dejando por fuera la coautoría. Algún sector dejando de la lado la consideración como de propia mano admite la posibilidad de la coautoría en el caso de sujetos que si bien no realizan el acceso carnal, realizan otros actos que son ejecutivos como es la violencia física o moral sobre la víctima, en otras palabras un auxilio indispensable para el autor, pero ostentando el dominio del hecho; otro sector aunque admite la calidad de delito de propia mano acepta la coautoría⁶³.

La doctrina prácticamente no ha pretendido profundizar en la terminación del alcance de lo que se entiende por delito de propia mano, pero algunos dejan entrever su existencia⁶⁴. si se estima que el delito de violación es de resultado, tal dato sería indicativo de que no es de propia mano.

La literalidad del Art. 158 es determinante para considerarlo como un delito de mera actividad. La conducta consiste en un simple hacer: tener acceso carnal, sin requerirse que produzca en la víctima alguna consecuencia distinta del mero acceso, ni separable de él temporal o espacialmente.

Un sector de la doctrina reconoce a la violación como uno de los típicos ejemplos de delitos de mera actividad⁶⁵; otro como un delito de resultado descartando a la vez que sea de propia mano⁶⁶:

Para ROXIN la violación no encaja en los delitos de propia mano, puesto que no se aviene con ninguna de las características restrictivas que él señalara a esa categoría (no se trata del incumplimiento de un deber, ni un tipo penal de autor y sí hay un bien jurídico que se vulnera).

Por la naturaleza de la conducta se rechaza ala autoría mediata⁶⁷.

CASTILLO rechaza la admisión de la violación como delito de propia mano, por consiguiente admite la autoría mediata⁶⁸.

ITER CRIMINIS.

A veces la actividad encaminada a la realización del acto sexual son actos que objetivamente encajan en el delito de OTRAS AGRESIONES SEXUALES, por lo que a veces resulta difícil establecer una delimitación entre éstos y la tentativa de violación (que para algunos no cabe admitirla); sin embargo hemos de ver que los hechos objetivos en un momento determinado pueden esclarecer y determinar el elemento subjetivo de la violación sexual, con el consiguiente peligro a la misma.

CONCURSOS.

Si el ejercicio de la violencia o el resultado de la misma conlleva daños en la salud debemos entender la existencia de un concurso de delitos, como cuando se transmite una enfermedad venérea o el VIH (SIDA); o cuando se realizan golpeas que exceden de lo necesario.

Si se perfila una privación de libertad en el marco de un tiempo que haga guardar a ésta independencia hay concurso.-

En caso de ingreso a una vivienda como paso previo hay concurso en tanto que la violación del domicilio no es elemento del tipo; distinto es el caso en otros delitos donde tal ingreso es comprendido en el tipo, por ejemplo en el hurto agravado por escalamiento.

VIOLACION EN MENOR E INCAPAZ.

ART. 159.

JURISPRUDENCIA

“Las personas menores de edad, las personas incapaces, o las personas que se encuentren imposibilitadas de resistir una agresión de este tipo, carecen de libertad sexual, pues su desarrollo personal o la situación de sus capacidades físicas o intelectuales no les permite conocer el significado de los actos sexuales, o no les permite repeler los mismos, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar su comportamiento sexual, por lo que se sostiene que en estos caso el bien jurídico protegido sería la indemnidad o intangibilidad sexual de estas personas”_T5S SS. CN. 170-2001, 5 MARZO DEL 2002

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Algunos entienden la enajenación mental equivalente de enfermedad mental que prohíbe a la persona de la capacidad de querer validamente: psicosis, oligofrenia.

El estado de inconsciencia no deriva necesariamente de un origen patológico, quedando incluidos los estados de sueño, embriaguez alcohólica, obnubilación por drogas o fiebre alta, hipnosis, provocados sea o no por el sujeto activo. La incapacidad de resistir es un estado que le impide al sujeto activo ofrecer algún tipo de oposición a la agresión en su contra: parálisis, tetraplegias, enfermos, edad avanzada.

BIEN JURÍDICO.

Ante personas adultas en su sano juicio el tipo de relaciones sexuales que son objeto de punición la son aquéllas realizadas en contra de su voluntad, por ende no cabe duda que la libertad sexual es lo que constituye el objeto de discusión.

En el caso de los menores y de los incapaces mentalmente resulta discutible hablar de violación a esa libertad sexual, si precisamente se sanciona por cuestionarse la validez del consentimiento, por lo anterior más bien se recurre a conceptos de "Intangibilidad o indemnidad"

En el caso de los menores la actividad sexual con ellos es prohibida por cuanto puede verse afectado el desarrollo de su personalidad, y darse alteraciones relevantes que incida en su vida o su equilibrio psíquico futuro; aunque lo anterior para algunos resulte cuestionable hay consenso legislativo en los diversos países ara sancionar conductas como la que se analiza.

MUÑOZ CONDE⁶⁹ se inclina por pensar que más bien se "pretende proteger la libertad del menor en el futuro para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aun no existe".

En el caso de los enajenados el problema se complica pues con una interpretación cerrada puede resultar cuestionada si se pone discusión la libertad sexual del enajenado. Por lo anterior se alude a situaciones graduables, diferentes en cada caso y persona.

La libertad sexual supone determinada capacidad para tener una comprensión del alcance del acto sexual; como una facultad volitiva indispensable para consentir. Si se está ante un caso de una enajenación completa, por ende una libertad inexistente sin lugar a dudas el delito existe; en este punto por ende no se protege la libertad sexual, sino la falta de libertad.

En el caso del menor prácticamente hay una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario; en el caso de los enajenados se admite en la doctrina prueba en contrario, es decir de establecer que haya capacidad para consentir por lo menos en el ámbito de la sexualidad; en el sentido anterior si el delito exige un aprovechamiento; y si tal no se da sino más bien un ejercicio de la libertad sexual no puede estimarse lesionado algún bien jurídico por ende se descarta la tipicidad.

TIPO SUBJETIVO.

Tomando en consideración el carácter doloso de esta conducta, se requiere el conocimiento de la edad de la víctima. La falsa apreciación de la edad constituye un error de tipo. Si el error es relacionado al desconocimiento de la prohibición legal de tener relaciones sexuales consentidas con una persona menor de doce años, la discusión gira en torno al error de prohibición, quedando por ende intacto la tipicidad, de ahí que si el mismo es invencible la conducta será inculpable, y si es vencible será punible en los términos indicados por el Art. 69 Pn.

OTRAS AGRESIONES SEXUALES.

ART. 160.

JURISPRUDENCIA.

"Otras Agresiones sexuales....para la configuración del mismo, es innecesario que la violencia usada por el autor haya dejado señales en el cuerpo de la víctima" SP-ES 14 MAYO 2002

"..OTRAS AGRESIONES SEXUALES ..los actos deben tener dentro del contexto social en el que se producen un contenido sexual, de cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena.." TS NSS CN 43-2001, 20 diciembre 2001.

"...Otras agresiones sexuales... se trata entonces en los casos que el sujeto activo, mediante el empleo de violencia, obliga al sujeto pasivo a soportar tocamientos o besos de otra persona o a realizar tales tocamientos o besos a otra persona, sea ésta o no el sujeto activo. Los actos deben tener contenido sexual de cierta gravedad, trascendencia y potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena, todo ello de acuerdo al entorno social en que se producen y según los sujetos intervinientes". T3S SS CN. 189-2000, 4 octubre 2000.

Se establece como uno de los elementos esenciales del tipo que exista una agresión sexual, es decir, que la conducta ejecutada por el sujeto activo atente contra el bien jurídico protegido que lo constituye la libertad sexual, lo que significa que tiene que existir un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, orientado a tener relaciones sexuales en contra de la libertad sexual del sujeto pasivo. El simple tocamiento no constituye en ningún momento agresión sexual, sino más bien que los actos deben tener, en el contexto social en que se produce y según los sujetos intervinientes, contenido sexual debiendo tener cierta gravedad y trascendencia y ser potencialmente idóneos para afectar de modo relevante la sexualidad ajena.

(Sentencia de fecha 16/01/02, T S de Sensuntepeque)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Esta figura constituye la regulación de lo que el Código Penal anterior nominaba ABUSOS DESHONESTOS.

La frontera de este hecho resulta muy difusa con el delito de AGRASION SEXUAL

Algún sector de la doctrina se inclina por el elemento violencia, en el sentido de que la agresión sexual es la violencia: y en el acoso sexual no se da la violencia.

Pensamos que la violencia no es un elemento suficiente, pues como se observará en el delito de AGRSION SEXUAL EN MENOR INCAPAZ se regula que los actos de agresión sexual se entienden como tal aun cuando no haya violencia si la víctima es menor de doce años, conducta que también daría margen a la aplicación del delito de ACOSO SEXUAL en la modalidad referida en el inciso segundo del Art. 165.

Talvez un criterio más diferenciador es la magnitud del tocamiento; naturalmente que esta interpretación puede generar ante una inadecuada interpretación de las disposiciones legales en cuestión una violación al principio de legalidad tendiente a hacer efectivo el principio de la seguridad jurídica, en tanto que un mismo hecho para distintos jueces daría margen a calificaciones distintas; es decir la magnitud de la gravedad quedaría exclusivamente a criterio del juzgador. A pesar de la anterior problemática estimamos que no hay una mejor alternativa.

Se entiende que pueden quedar incluidas en el este tipo:

Obligar a la víctima a realizar tocamientos al sujeto activo (esté o no vestido).

Obligarlo a realizar contactos sexuales: obligar a masturbarse.

Obligar a prácticas de bestialismo⁷⁰, necrofilia⁷¹.

El contexto social donde se realice el acto es determinante para la adecuación típica de la conducta, deben por ende tomarse en cuenta los usos y costumbres del lugar. En el sentido anterior en un lugar pueden considerarse normales hechos que en otros ámbitos resulten reprochables; hay conductas que en un ámbito pueden ser aceptadas en otro no: una exploración vaginal por un médico puede quedar fuera del concepto agresión por más que éste logre con ello un placer sexual; mientras que un abrazo entre amigos acompañado de inequívocos movimientos de la región pelviana sea agresión sexual.

CONCURSO DE DELITOS.

Si bien un hecho constitutivo de violación conlleva a veces tocamientos en la medida en que en la realización de éstos se exceda de lo necesario puede darse el concurso de delitos. Por ejemplo si el acceso carnal vaginal culmina con la introducción del pene en la boca, este ultimo hecho en verdad constituye un exceso por ende amerita calificarlo independientemente de la violación. Igual sería el caso del sujeto que antes de la penetración sexual manipula con su mano el genital femenino, sin una finalidad más que hacer sufrir a la víctima.

El ejercicio de la violencia puede ser física generadora de lesiones, puñetazos, contagio de enfermedades a raíz de los tocamientos; tales resultados de ser relevantes guardan autonomía por ende dan margen a un concurso de delitos; es más a tenor de lo dispuesto en el Art. 145 Pn. al ser las lesiones medio para realizar la violencia sexual aquéllas se convierten en agravadas

VIOLACION Y AGRESION SEXUAL AGRAVADA.

ART. 162.

JURISPRUDENCIA.

No 1

Art.162 No 1 “..La fórmula "conviviente" está usada –en el tipo penal del artículo 162 n° 1 del CP– como un elemento meramente descriptivo y no valorativo, ello indica, que lo que se pretende comprender como una circunstancia más desvalorante es la convivencia de dos personas en términos hacer vida en común, de una manera bastante permanente,

pero no en los términos jurídicos de una unión no matrimonial, bajo la concepción del Derecho de Familia. Con ello se está indicando que, para que concurra la convivencia como forma de agravación, no se requiere que concurra una unión entre personas con los requisitos y condiciones que en el Código de Familia se imponen para garantizar los efectos jurídicos propios de este régimen de convivencia en materia familiar.Una interpretación como la propuesta por el señor defensor, llevaría a negar una tutela más reforzada a todos aquellos menores que viven al cuidado y bajo la protección de dos personas que hacen vida en común, aunque dicha unión no pueda ser calificada apta para configurar una unión no matrimonial" T3S SS,CN. 87-2002, 23 OCTUBRE 2002.

PENALIDAD.

"VIOLACION AGRAVADA..Para la imposición de la pena se ha de tomar en consideración lo dispuesto en el Art. 158 Pn. y 160 inc. 2º. Pn. que establecen que la pena para cada delito ha de oscilar de entre SEIS A DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, pero al haberse cometido con el concurso de tres personas, tienen la calidad de AGRAVADOS, Art. 162 No. 5 Pn., por ende la pena corresponde al máximo aumentado hasta en una tercera parte del máximo, es decir hasta TRECE AÑOS CUATRO MESES DE PRISIÓN" T6S SS, CN. 40-2002 11 de junio del 2002; en el mismo sentido T1S S ANA, cn. 12-2002, 20 MARZO 2002; TS CHAL, CN. 12-2002, 6 MARZO 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

PENALIDAD.

Aquí la operación matemática de imposición de pena difiere de la indicada para el concurso ideal, lesiones agravadas, secuestro con agravación especial, amenazas con agravación especial; en tanto que para los casos que hoy se analizan la pena mínima constituye el máximo de cada delito y la máxima, este mismo incrementado hasta en su tercio; en el sentido anterior las penas serán bajo el siguiente rango.

VIOLACION, Art. 158, (diez años a trece años cuatro meses)

VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ, Art. 159. (catorce años a dieciocho años ocho meses)

OTRAS AGRESIONES SEXUALES, Art. 160 (diez años a trece años cuatro meses)

AGRESION SEXUAL EN MENOR O INCAPAZ, Art. 161

Inc. 1 (ocho años a diez años ocho meses)

Inc. 2 (catorce años a dieciocho años ocho meses).

ESTUPRO.

ART. 163.

NOTA DE ACTUALIZACION.

Al establecerse el monto de las penas en los dos incisos se fija una cuantía que coincide, y es el monto de los catorce años. En el primer inciso se dice de catorce a dieciséis años y en el segundo de doce a catorce.

Si nos imaginamos un hecho en que la persona víctima tiene catorce años diez días de edad, queda regulado por los dos incisos. Si la ley penal está regulando el estupro con engaño a partir de los catorce años, debemos entender que el realizado sin engaño, por ende es consentido debe ser atípico.

Pensar lo contrario llevaría a resultados de pena incongruentes, para el caso si hay en engaño la pena es de uno a tres años y si no hay siendo un hecho menos grave la pena es más alta pues oscila de entre dos y cuatro años. Creemos que el Código debe interpretarse de una manera lógica, por ende el inciso segundo está referido a una persona de doce años y menor de catorce años, si los ha cumplido la protección penal opera sólo en caso de engaño.

ACOSO SEXUAL.

ART. 165

JURISPRUDENCIA

"..ACOSO SEXUAL, .. se extrae que la víctima de éste delito se encontraba dormida, por tanto privada de su voluntad, incapacitada para poder expresar libre, espontánea y voluntariamente su deseos o preferencias, por lo que ... el comportamiento atribuido al imputado en el presente hecho, no se adecua a dicha figura penal descrita en el Art. 165 Código Penal donde se estipula que la propia víctima del hecho tiene que tener una participación necesaria de " No aceptación de las conductas sexuales del sujeto activo " y ya se estableció que una persona que se encuentre privado de su voluntad por estar éste dormida no puede expresar si acepta desea dichas conductas. habiéndose .. establecido ... que la intención del sujeto activo del delito era tener relaciones sexuales con la víctima, pues este se despojo de su ropa y yacía sobre la propia víctima rozándole la vulva... el suscrito consideró.. cambiar la calificación jurídica ... a VIOLACION EN MENOR O INCAPAZ EN GRADO DE TENTATIVA" TS LUNION CN. 156-2000, 26 de abril 2001

NOTA DE ACTUALIZACION.

Tomando en cuenta el carácter residual de esta conducta resulta difícil hacerlo aplicable.

Con el acto sexual diverso hemos de diferenciarlo partiendo de que éste requiere engaño; también hemos de buscar una frontera con la falta prescrita en el Art. 392 No4 que dice “El que aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por las calles o lugares públicos realizare tocamientos impúdicos.

Este tipo de figuras delictivas deben interpretarse conforme la evolución de la realidad; su gravedad conlleva una buena dosis de relativismo; por lo anterior algunos actos realizados que en alguna época encajaban perfectamente en el tipo hoy puede que no lo sean, variante que también puede darse en atención al ambiente social en que se encuentre el sujeto activo.

CORRUPCIÓN DE MENORES.

ART. 167.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

En otras legislaciones se establece la no punibilidad en caso de que la persona menor sea corrupta, regulándose sólo la promoción de la corrupción⁷².

En nuestra legislación la situación cambia en razón de que la figura del favorecimiento en alguna medida supone que la corrupción es un aspecto existente en el menor; en el fondo esta disposición protege al menor que por alguna circunstancia puede cambiar positivamente su vida, resultado que se vería afectado con el favorecimiento.

En el marco del tipo caben conductas como el sadismo, necrofilia, zoofilia.

FASE DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

Constituye un delito de peligro abstracto, no requiriendo por ende una corrupción efectiva, basta con que el peligro que se dé.

CONCURSOS.

Aunque en cronología puede preceder a la violación o a la agresión sexual hemos de decir que el concurso es factible atendiendo a los alcances de cada uno; la violencia sexual deja un efecto lesivo que no coincide con la corrupción de menores; el primero trasciende a lo físico y moral, el segundo trasciende a generar un cambio en la personalidad, en la percepción acerca del sexo, en síntesis al desarrollo psicológico sexual, secuela que no necesariamente produce la violación en palabras de BBREGLIA se produce “una alteración o modificación psíquica con incidencia en la personalidad sexual de una persona, que es distorsionada y sacada del cauce natural de desarrollo...”⁷³

Se inclinan por el concurso: Trejo⁷⁴; otros estiman que no hay concurso CREUS⁷⁵.

“En este delito la acción recae directamente sobre la psique del sujeto pasivo, pues lo que dirige la voluntad del autor es el propósito de “promover la corrupción” de la víctima (lo que no abarca -aunque pueda suceder- la posibilidad de daños físicos, aparte de los psicológicos, a raíz del hecho corruptor). Aquí el contacto físico entre sujeto activo y pasivo no es indispensable para constituir el tipo penal, sino que es un suceso contingente, en tanto es una de las posibles formas que pueden asumir los actos de naturaleza perversa, prematura o excesiva de que se vale el agente para promover la corrupción, sin que tampoco sea necesario que se produzca efectivamente la corrupción del ofendido -como resultado material- para configurar el tipo, pues es un delito de peligro abstracto. En la corrupción el comportamiento deberá ser “perverso, prematuro o excesivo”, correspondiendo al juzgador interpretar y designar con precisión, el significado de cada uno de los elementos normativo-culturales del tipo y los hechos o circunstancias particulares que en cada caso concreto, le dan contenido a esas expresiones.

La promoción típica se logra a través de actos sexuales, los cuales son hechos, comportamientos o acciones materiales (por ejemplo actos de bestialidad, sadismo, sodomía, coito, sexo oral, etc.) o intelectuales (enseñanzas, consejos,

exposiciones de imágenes, etc.) de significación sexual que el autor realiza con la víctima o que ejecuta solo o con un tercero ante ella, objetivamente eficaces o aptos para promover la corrupción y que, según la descripción típica, deben ser perversos, prematuros o excesivos (la promoción puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, pues hay unidad de acción y única lesión si en un corto tiempo se realizan varios actos de estas características sobre el sujeto pasivo)..

En la Corrupción de menores se tutela el desarrollo psicológico-sexual espontáneo, natural y sano de las personas (por eso se dispone en el tipo que el hecho no es punible si la persona menor ya es corrupta, aunque varios autores cuestionan esta excepción)...

El "acto sexual" a que alude la Corrupción de Menores como medio de su promoción, es un concepto mucho más amplio que la acción de violar o de abusar deshonestamente, pues comprende también los accesos carnales o abusos consentidos por la víctima, pero además puede abarcar otros actos que ni siquiera requieren contacto físico entre los sujetos activo y pasivo sino que son meramente intelectuales, como las enseñanzas, consejos, exhibición de materiales pornográficos, etc., tendientes a producir en la víctima la propensión a depravar su conducta sexual. Además estos actos sexuales son nada más que los medios por los cuales se promueve la corrupción, que es la acción típica de este delito....

La tentativa o consumación del delito de Violación excluyen el de Abuso Deshonesto, atendiendo al plan del autor..... el concurso es aparente. Sin embargo, es posible el concurso material entre estos dos delitos cuando no existe unidad de acción.

INDUCCION, PROMOCION Y FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCION.

ART. 169.

JURISPRUDENCIA.

"1º) Inducción: Que consiste ejecutar actos para lograr que una mujer menor de dieciocho años, se inicie como prostituta o facilitarle la prostitución, privando en el actor el ánimo de lucro o por satisfacer los deseos erótico - sexuales de otro, una vez que la mujer se inicie en esta clase de actos o al iniciarse en los mismos. Dichos actos pueden consistir en expresiones habladas o escritas o acciones similares de parte del sujeto activo hacia el pasivo, para inducirla a practicar actos erótico-sexuales con el actor o con otra persona. El ánimo de lucro puede consistir en una ventaja económica, promesa remuneradora o pago que le haga o espere de otro; consumándose el delito, cuando se logra tal propósito, o sea cuando éste otro realiza el acto erótico-sexual. 2º) Promoción: Es la ayuda a la prostitución y reviste dos formas: a) El sostener económicamente o dirigir, ya sea administrando por cuenta propia o en forma ostensible o encubierta, una casa o negocio que se dedique a la prostitución; y b) La conducta o rufianismo demostrado por dedicarse habitualmente a facilitar la prostitución de mujeres menores de dieciocho años; y 3º) Favorecimiento: Es la explotación de la prostitución consiste en hacerse mantener, total o parcialmente, con las ganancias ilegítimas y provenientes del comercio carnal de una o varias mujeres, dedicadas a esta clase de actividades." TSLU, CN. 133-99 20 de junio de 2000

Los hechos fueron calificados como Inducción, Promoción y Favorecimiento a la Prostitución; debiendo entenderse por favorecimiento de la prostitución el hecho de intermediar, actuar de alcahuete, proxeneta o tercero en el tráfico carnal, o crear ambiente o condiciones propicias para ese tráfico; facilitar la prostitución implica proporcionar medios, local, discreta publicidad u otros condicionamientos que permitan el logro de carnales apetencias propias o de un tercero,; así mismo debemos entender por prostitución el tráfico habitual que una persona hace de su cuerpo, subordinando a un lucro sus relaciones sexuales .- TS AHUACH CN. 15-2000, 22 marzo 2000.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La prostitución implica una actividad mas o menos cotidiana consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una prestación de contenido económico.

Se indica que inducir equivale a impulsar, animar, convencer; facilitar es allanar obstáculos, proporcionar medios y formas; promover como sinónimo de inducir y equivale a estimular el inicio de algo; favorecer es ayudar o auxiliar para que se produzca algo.

La diversidad de verbos (indujere, facilitare, promoviere, favoreciere) permiten encajar en este tipo conductas incluso cuando la persona menor ya ejerce la prostitución; una persona menor no por el hecho de ejercer la prostitución deja de estar protegida.

La disposición legal por la amplitud de conductas incluye supuestos adecuables a las formas de participación: complicidad, inducción.

El inciso segundo tiene su fundamento en el hecho de que los sujetos activos generan sobre los menores o incapaces cierta confianza que facilita la atracción al ámbito de la prostitución.

CONSUMACION.

Se discute cual es momento pues un sector de la doctrina se inclina por considerar que se consume por la mera actividad, no siendo necesario que efectivamente se realicen actos de prostitución⁷⁶.

EXHIBICIONES OBSENAS.

ART. 171.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Por actos lúbricos se entiende equivalente a libidinosos o con un matiz sexual grosero; en cuanto al entendimiento de lo que es obsceno hay tendencia a considerar superada la idea de su vinculación con la impudicia o lo contrario a las buenas costumbres, más bien se le vincula a sensaciones de asco, repugnancia, excitación sexual, quedando incluido en este rubro la muestra de los órganos sexuales, prácticas masturbatorias.

No obstante lo expuesto en la interpretación de lo que es obsceno está de por medio la realidad social; debe considerarse los cambios en la manera de percibir los hechos, lo que en una época es obsceno probablemente hoy no lo sea.

TIPO SUBJETIVO.

El aspecto subjetivo juega un papel decisivo, pues hay actos que objetivamente encajan en la descripción legal, pero al faltar el subjetivo se descarta la tipicidad, orinar en la vía pública puede responder a una situación de satisfacer necesidades fisiológicas, tomar el sol completamente desnudo en una azotea privada.

AUTORIA.

Cuando se alude a hacer ejecutar debe en su caso una forma de autoría de autoría mediata, como cuando se utiliza a un inimputable.

CONCURSOS.

Si las actividades culminan con algún supuesto de tocamientos violentos o acceso carnal violento, habrá concurso de delitos⁷⁷ pero se ha entendido que cuando constituye el tránsito en torno al delito habrá concurso aparente de leyes.

Para una mejor delimitación de esta conducta cabe tener en cuenta la disposición relativa a la falta de ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO REFERIDA EN EL ART. 393 No 2 que dice así “El que en sitio público o expuesto a la vista de los demás ofendiere la decencia pública con sus desnudeces o por medio de palabras obscenas, gestos actitudes, cantares o exhibiciones indecorosas”

La diferencia estriba en que el delito está referido a sujetos pasivos determinados, es un grupo en concreto; por su parte la falta no se refiere a una persona determinada, no hay un sujeto pasivo determinado.

PORNOGRAFÍA.

ART. 172.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Podría entenderse como representaciones de carácter sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, etc que tienen a provocar o excitar a terceros.

El alcance de la expresión pornografía a los efectos penales necesariamente ha de tener en cuenta aspectos normativos provenientes de la moral sexual social, la que sin llegar a la calidad de bien jurídico constituye una referencia imprescindible para el entendimiento del alcance⁷⁸, por lo anterior se alude a pornografía blanda y dura.

La lesividad de esta conducta debe implicar que con el material se busca excitar sexualmente; por ende quedan fuera aquellos materiales que aunque incluyen desnudeces o relaciones sexuales evidencian una intención educativa, médico o científico.

En la interpretación de esta disposición cabe tener en cuenta el Art. 392 No 7 Pn. referente a la falta de ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL DECORO PÚBLICO.

“El que fabricare, vendiere, alquile películas, revistas, pasquines o cualquier literatura pornográfica a menores de dieciocho años.

El delito está referido a la venta a un menor en concreto por su parte la falta no se refiere a alguien en concreto

OMISION DEL DEBER DE SOCORRO.

ART. 175.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Ha sido cuestionado el tradicional fundamento solidaridad para la punición de este hecho, sobre la base de ser un concepto muy vago, así se alude a que refiere a determinados bienes: vida e integridad física según MUÑOZ CONDE⁷⁹ dejándose por fuera otros como la libertad AMBULATORIA o la sexual. Por los problemas que puede haber de limitar la protección a la vida y la integridad física un sector sigue pregonando por la solidaridad⁸⁰.

En cuanto a los bienes a proteger no cabe duda que como mínimo está la vida o la integridad física; se estiman excluidos algunos como la propiedad, el patrimonio, y otros de naturaleza no personal; se discute la inclusión de algunos personalísimos como el honor, la libertad, la libertad sexual.

Se entiende que los bienes jurídicos objeto de protección lo serán a aquellos de naturaleza personalísima cuya puesta en peligro pueda darse sin la intervención típica de terceros, quedando por ende además de la vida e integridad física la libertad ambulatoria.

Pensamos que el concepto de grave es el norte en la interpretación de las conductas encajable en este tipo. Para el caso puede tratarse de la integridad física, pero si resulta que el hecho es de mínima gravedad no será punible la omisión; un caso de violencia sexual existirá mayor gravedad aunque el bien jurídico sea de menor entidad.

El peligro manifiesto indica refiere a que sea perceptible y cognoscible por la generalidad de las personas.

No interesa el origen del peligro, es decir si deriva de una acción humana o de un hecho natural.

El auxilio puede tener diversas formas: asistencia directa, traslado.

Al ser de omisión pura no requiere de un resultado, para el caso la muerte de la víctima por ejemplo; sobre la base de lo anterior no habrá de responder por la muerte.

La anterior idea también conduce a concluir de que es irrelevante que la víctima no resulte con daños graves en su salud; sobre la base de lo anterior se estima que debe de tratarse de un peligro objetivamente idóneo ser ex ante y no ex post⁸¹; si el peligro se daba en la fase ex ante el delito se entiende cometido.

Si el resultado muerte se da con la imprudencia inicial, la huida constituye una tentativa idónea, ya no hay bien jurídico que proteger, por lo que a nuestro juicio no hay punibilidad.

Si el resultado muerte posteriormente se produce la situación cambia, pues si se dio el resultado inicial, y sabiendo la lesión de la víctima surge sobre la base de la injerencia el deber de garante, es decir de realizar las acciones tendientes a evitar cualquier resultado lesivo en la vida del afectado.

La expresión accidente para algunos refiere a los hechos imprudentes y fortuitos; para otros sólo a los fortuitos.

En el caso de un hecho originalmente doloso, el abandono ya constituye un hecho impune, en tanto que si el resultado se buscó desde un principio el mismo responderá el sujeto, claro siempre y cuando el resultado le sea imputable.

El concepto de desamparo debe interpretarse cuidadosamente, en el sentido que la sola presencia de un grupo numeroso de personas es insuficiente para descartar la tipicidad, pues se desconoce la voluntad y capacidad coadyuvante de las mismas

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

El cumplimiento de un deber que conlleve mayor importancia puede generar un estado de necesidad y justificar la conducta;

La descripción penal alude a que la acción se realice sin riesgo propio ni de tercero, que en el fondo es una verdadera situación de no exigibilidad de otra conducta.

El riesgo a que alude la disposición debe entenderse como un riesgo físico; no un jurídico, por consiguiente amparado en este supuesto el temor a ser aprehendido penalmente como derivado de las lesiones en la víctima, no constituye un riesgo que excluya la tipicidad.

DELITOS CONTRA EL HONOR.

ART. 177.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Nuestra Constitución establece el derecho al honor, de ahí su protección jurídico penal

La calificación delictual de un hecho contra el honor como delictivo requiere de un análisis cauteloso que ha de tomar en consideración la sensibilidad, el grado de formación, las relaciones entre el sujeto activo y el pasivo. Hay expresiones que en el marco de un contexto son insignificantes, pero que dadas en otro aunque con el mismo vocabulario si tiene relevancia penal.

Es más expresiones que épocas pasadas tenían un alto contenido ofensivo hoy resultan ser inocuas.

Cuando está de por medio la discusión en el derecho a la información debemos advertir que una cosa es afirmar la conducta de otra persona y otra es que en el ejercicio del periodismo se limite a dar cuenta de lo sucedido o escuchado, sin incluir opiniones de ninguna clase, por lo que en este último no se trata de una conducta delictiva.

TENTATIVA.

Tanto la calumnia, la difamación como la injuria se considera que puede perfilarse en grado de tentativa cuando se ejecutan por escrito; considerándose inviable en el supuesto de manifestaciones verbales.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

No se estima justificada la retorsión, es decir injuria del ofendido a quien anteriormente le injurió. Bajo la nominación "Injurias recíprocas" el Art. 189 del Código Penal de 1974 consideraba la posibilidad de que el juez eximiera de pena.

El cumplimiento del deber puede operar como cuando el testigo ante preguntas formuladas relata sobre la conducta de alguna persona; naturalmente que si miente lo que estará en discusión será la comisión del delito de FALSO TESTIMONIO, Art. 305 Pn..

El cumplimiento del deber o ejercicio de un cargo puede justificar la expresión, como cuando se emiten juicios de valor, para el caso el ejercicio de la profesión de Abogado, o cuando se emiten declaraciones testificales o periciales para el caso.

En algún momento determinado puede darse el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor de una persona, ambos constituyen derechos fundamentales en tanto son reconocidos por la Constitución (arts. 2 y 6), como en los convenios internacionales (artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Sabemos que la libertad de información se ha constituido en uno de los pilares de la democracia; si bien la libertad de información debe tener su campo, tampoco ello debe conducir a otorgarle una protección absoluta que conduzca a abusos en el ejercicio en el sentido anterior; ese conflicto entre derechos fundamentales sólo puede resolverse a favor del derecho al honor cuando se verifica un ejercicio abusivo de las libertades de información y de prensa, en el sentido anterior si no se perfila abuso alguno, sino por el contrario se actúa ejerciendo legítimamente las libertades de información y de prensa no hay delito.

Debe buscarse un adecuado equilibrio; en la medida que existe un sistema de frenos y contrapesos el ejercicio de un derecho no se convertirá en abuso de cuya acción derive en lesión arbitraria al honor de una persona.

Como caso de abuso cabe mencionar: divulgar datos falsos a sabiendas de que lo son; no tratar de conocer la versión del funcionario para ofrecer una información balanceada; que se le niegue al afectado sus derechos de rectificación y/o respuesta; que se trate de asuntos meramente privados o que no se relacionen con el cargo funcional; dar públicamente por cierto que la conducta es delictiva sin que haya sentencia judicial en esa dirección; que se tenga como intención únicamente el ofender a alguna persona lo que puede deducirse lo que podría deducirse del contexto en que se divulgue alguna información, la forma como se manejen fotografías o imágenes, la manera como se presente la noticia o los comentarios en torno a la misma, o situaciones semejantes.

El consentimiento no se regula como causa de justificación general sino para algunos delitos (lesiones), de ahí que si se perfila habría que considerar si en verdad se descarta algún tipo de lesión al bien jurídico, y en tal sentido excluir la tipicidad o antijuricidad según el caso.

EXCEPTIO VERITATIS.

La discusión resulta polémica cuando se visualiza el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información. En ese marco ha venido perfilándose una evolución desde una protección absoluta al honor frente a la libertad de expresión hasta buscar una posición más flexible, derivado ello de la consolidación de la democracia, claro ello tratándose de personajes públicos y políticos.

En cuanto a la naturaleza jurídica, algún sector lo estima como una causal de atipicidad, otro de exclusión de antijuricidad⁸²; si estamos seguros es que no constituye una causal de exclusión de pena, pues ello implicaría dejar latente la responsabilidad civil⁸³.

Con respecto a las calumnias pensamos que sin necesidad de esta regla partiendo de la descripción legal al exigirse la falsedad como elemento del tipo, esta regla de la exceptio veritatis es innecesaria; con respecto a la difamación si pensamos que esta regla tiene trascendencia pues de no existir la conducta vendría a ser punible.

IMPUNIDAD.

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 125 Cn los diputados no responden por las opiniones o votos que emitan. Debemos entender que está referido a algo estrictamente relacionado al ejercicio de sus funciones, si sale de ello el delito contra el honor puede darse.

CALUMNIA..

La imputación debe ser precisa y materializada en hechos concretos, quedando fuera señalamientos genéricos, vagos o imprecisos.

Debe ser determinada, de ahí que cuando se hace la crítica aludiendo por ejemplo a los "policías" o los "jueces", no se configura el tipo; a efectos penales se entiende al honor bajo un significado personalista.

Por el principio *societas delinquere non potest* se impide imputar un delito a un ente colectivo, lo que repercute en sentido de que una calumnia se refiere a una imputación a una persona natural no a una jurídica.

No obstante lo expuesto debemos advertir que si por el señalamiento son claramente identificables un grupo de personas con nombre y apellido el delito puede configurarse.

En cuanto al sujeto pasivo debe tratarse de una persona viva, de ahí que si se atribuye que una persona en vida lo cometió el delito de calumnia no se realiza; serían otras vías legales las que deberán seguirse.

INJURIAS POR LA PRENSA.

“El delito de injuria por la prensa se comete al publicar las ofensas en un medio de comunicación colectiva, sin necesidad de que el medio esté específicamente dirigido al ofendido, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Imprenta, a diferencia de lo que ocurre con la injuria prevista en el Código Penal que sí exige la contumelia, según su propia descripción típica. Precisamente lo que especializa la figura de injurias por la prensa de la injuria prevista en el Código Penal es el medio utilizado para realizar el hecho. El recurso desconoce esa especialidad que proviene de la naturaleza misma de los delitos de imprenta, pues los medios de comunicación colectiva no van dirigidos en forma específica a un solo usuario. En consecuencia, si bien el delito de injuria genérico previsto en el Código Penal exige que la ofensa se realice en presencia del agraviado o por medio de una comunicación dirigida a ella, en la injuria por la prensa por su propia naturaleza tal cosa no constituye un requisito de tipicidad, al relacionar la Ley de Imprenta con la norma penal que integra el resto de la descripción típica de ese delito. De lo contrario nunca podría llegar a tipificarse ese delito utilizándose un medio de comunicación colectiva no obstante que la Ley de Imprenta lo incluye entre los delitos castigables. Por lo expuesto los hechos descritos en la sentencia como probados si tipifican el delito de injuria por la prensa aplicado por el juzgador. En consecuencia debe rechazarse el reclamo.” 492-F93, 31 de agosto de 1993.

CAPTACION DE COMUNICACIONES.

ART. 184.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Quedan fuera de la descripción típica aquellas actividades de investigación policial, en las que con la autorización de víctimas o parientes de delitos como extorsión o secuestro se realizan escuchas y grabaciones, en tanto que uno de los intervinientes en la comunicación autoriza ello.

El delito se estaría cometiendo en la medida que el tercero intercepta al margen del conocimiento de uno de los intercomunicadores; se puede entender que ese es el criterio de JOSE MARIA CASADO⁸⁴ cuando analiza el problema desde el ángulo procesal, es decir de la validez probatoria de esas escuchas y grabaciones; en sentido contrario FRANCISCO MUNOZ CONDE considera que ese consentimiento no justifica el hecho⁸⁵.

Si bien los avances tecnológicos constituyen una razón para facilitar el desarrollo de una sociedad, son herramientas generadoras de una mayor vulnerabilidad de la intimidad de las personas, por lo que se vuelve imperativo incriminar sofisticadas conductas que hacen posible un control certero, sistemático e invisible sobre el individuo.

Cuando la disposición refiere a “cualquier otra señal de comunicación” deja la puerta abierta para interpretar el tipo de acuerdo a los avances tecnológicos que se tenga en materia de comunicaciones, en ese sentido quedan aquí comprendidas las comunicaciones verificadas vía telefax o internet, lo que puede implicar como paso la vulneración de la

clave de acceso electrónico o password. Aquí lo importante es que se trate de cualquier objeto en que pueda quedar plasmada la intimidad del sujeto.

REVELACION DE SECRETO PROFESIONAL.

ART. 187.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Esta disposición guarda íntima relación con el contenido del Art. 187 Pr. Pn. que al efecto dice: "No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón de su propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesias con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional ... Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto."

Sobre los sujetos activos cabe decir:

- a) Abogados. Deriva en el fondo del derecho a la defensa de las personas que acuden a los servicios de un profesional del derecho y para resolver sus asuntos tiene que confiar su versión.

En tanto no sea liberado del deber de secreto por su cliente no puede el abogado vertir la información, aunque objetivamente ello beneficie a éste, por ejemplo una impotencia sexual que lo exonere de un delito de violación; o cuando el silencio pueda perjudicar la búsqueda de la verdad real (determinar al verdadero culpable).respecto a hechos criminales futuros el secreto no ampara al cliente.

- b) En el caso del secreto médico se presentan dificultades. Es obvio que el paciente en aras de su cura tenga que poner al servicio del médico información cuyo interés es que no se conozca por otras personas. Pero casos habrá en que no estará obligado al secreto sino más bien obligado a revelarlo o denunciarlo: ejemplo 1) casos de enfermedades infecto contagiosas, 2) en los que existe deber de denunciar o 3) en los que interviene como perito.

Una regla similar a la del abogado opera y es que el derecho a la intimidad priva por sobre el deber de denunciar cuando se trata de hechos del pasado (el sujeto le confiesa al psiquiatra que violó a una mujer; la mujer que abortó), pero si se refiere al futuro la obligación de denunciar priva.

En el caso de un enfermo de sida tomando en cuenta el elevado nivel de estigmatización para el enfermo que implicaría la revelación de su problema es de considerar en qué condiciones, términos y forma se expresa; en el sentido expuesto si es evidente que existe un elevado nivel de peligro de contagio cabe la obligación de advertirlo a las personas que estén en peligro, quedando tal conducta bajo la cobertura del estado de necesidad.

La situación concreta en que se encuentra el médico constituye un factor determinante en el deber de secreto, no es lo mismo el nivel de sigilo que tiene el médico privado del paciente, que el de un hospital público, el médico de la empresa donde trabaja; el de la compañía de seguros, el médico forense. También el tipo de enfermedad es determinante, no es lo mismo una enfermedad mental o venérea que se trate del estado de los dientes.,

- c) En cuanto a los periodistas se generan conflictos. A los fines de asegurar la democracia el derecho a la información se constituye en una pieza clave, en ese sentido el garantizar la confidencialidad de las fuentes de información se vuelve imperativo.

En nuestro país existe una falta de regulación del secreto profesional.

- d) En cuanto a los ministros de culto religioso se discute el carácter punible de la conducta cuando revela datos confiados por el ejercicio del cargo; desde el ángulo procesal la cuestión es clara en cuanto al deber de secreto, pero en el ámbito de la descripción penal resulta discutible si cabe nominarlo profesión u oficio considerándosele inmerso en el concepto de personas que actúan investidas de estado, característica del sujeto activo que si bien lo refiere la normativa procesal, no está comprendida en la descripción penal en comento..

En cuanto al límite temporal hemos de indicar que aun cuando la relación del sujeto activo con el pasivo se haya cortado el deber del secreto se mantiene.

ALLANAMIENTO DE MORADA.

ART. 188.

JURISPRUDENCIA.

"Para introducirse se entiende el comportamiento en el que la persona del sujeto activo entra completamente en la morada ajena o en sus dependencias, no bastando una simple introducción parcial, como lo sería pisar o poner una mano o echar una mirada.... la introducción típica no sólo es aquella que se realiza en contra de la voluntad, expresa o tácita del morador, sino también aquella que se realiza sin contar con el permiso, expreso o tácito de éste, lo que amplía el ámbito de lo punible.... La morada debe ser ajena al sujeto activo del delito, exigencia que viene a completar la de que dicha persona no habite en dicha morada, como total separación de la misma del bien jurídico protegido". T4S SS, 16 agosto 2002.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Para la configuración del delito se requiere que la morada esté habitada, caso contrario el delito no se da; claro si se trata de una vivienda que momentáneamente está deshabitada pues sus moradores han salido ya sea de compras, de paseo, o por cualquier otra razón, el delito se configura.

Constituye este un delito en que la voluntad del morador juega un papel definitivo, en tal sentido si se consiente el ingreso no hay delito.

Un problema que se suscita es cuando existen varios moradores, aun cuando uno tiene mejor derecho que otro, el padre respecto a los hijos, o respecto de la encargada de los oficios domésticos. Existe inclinación en pensar que el derecho de nadie es ilimitado y absoluto; en ese sentido se considera que si hay cotitularidad del derecho a la intimidad y hay conflicto prevalece el derecho de quien niegue el ingreso.

En nuestra legislación procesal hay una posición clara en el sentido de que cuando se trata del ingreso de la policía en vías de investigación y es de los supuestos en que se requiere orden judicial el consentimiento no constituye una circunstancia que valida el acto, es la orden judicial la que franquea el ingreso..

De acuerdo al contenido de la disposición legal en cuanto al tipo subjetivo no se requiere un ánimo especial, basta el dolo.

ERROR.

El error en el objeto (se equivocan de casa) o en la persona (se equivocan en la persona) no excluye el delito, en tanto que la inviolabilidad de la morada constituye un derecho personalísimo; y además el ánimo especial no lo requiere el tipo

CONCURSOS.

Atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicos y el hecho de que el allanamiento de morada en su aspecto subjetivo no requiere más que el dolo, puede considerarse que puede concurrir con otros delitos como es la violación, el robo, cuando el ingreso a la vivienda se constituye el medio necesario, caso en el cual podrá considerarse un concurso ideal, en tanto que hay una misma violencia como medio.

Lo importante en cada caso es analizar si el delito fin no incluye de entre sus elementos el ingreso a la morada, caso en el cual habrá concurso de delitos⁸⁶, si incluye en sus elementos el ingreso habrá concurso aparente. La violación sexual y el robo por ejemplo no incluyen de entre sus elementos típicos el ingreso a la vivienda⁸⁷. El concurso aparente puede resultar en el caso de hurto con escalamiento, en tanto que el ingreso a la vivienda de esa manera ya agrega un plus en el reproche contra la conducta del sujeto⁸⁸.

EXCLUYENTES.

Puede resultar justificado el ingreso a la morada cuando se pretende evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar un servicio humanitario o a la justicia: por ejemplo podría resultar justificado cuando lo sea para guarnecerse de las inclemencias del tiempo y se tenga por objeto alojar un niño pequeño.

Es discutible como queda el caso del ladrón que se ingresa la morada al huir de la persecución policial o particular; sin lugar a dudas tomando en cuenta que no se requiere el ánimo de lesionar la intimidad, como ese ingreso de por sí viola la intimidad, quien quita que al entra el ladrón una mujer se encuentre desnuda, la tipicidad se mantiene; talvez podría buscarse otra excluyente resultando discutible una no exigibilidad de otra conducta, en razón de que si bien es penalmente relevante la conducta original que motiva la persecución, el huir no constituye un impedimento legal para

nadie; con lo anterior queda a salvo el derecho del afectado en su intimidad de solicitar su indemnización por daños y perjuicios.

BIGAMIA.

ART. 193.

JURISPRUDENCIA

" No obstante la existencia legal de dicho vínculo entre el acusado y .(X).. aquél contrajo nuevo matrimonio civil con (Y)..se concluye con certeza positiva en la existencia del ilícito de BIGAMIA". T2S STA ANA, CN. 40-2002, 6 septiembre del 2002.

"El delito de bigamia ... supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que "contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior". Al conllevar la celebración del matrimonio un cambio o modificación del "estado civil", se busca su protección contra el doloso y arbitrario atentado que supone, desentendiéndose del ligamen derivado de unas precedentes nupcias y contrariando la normativa de prohibición e impedimento establecida, abocar en una segunda celebración formal matrimonial, hiriendo y perturbando los normales sentimientos y derechos del primer cónyuge y, caso de buena fe del contrayente no casado, sometiéndole a indudable vejación y ocasionándole serios perjuicios, como consecuencia de un matrimonio sin base jurídica de subsistencia; sintetizándose, ..., como bien jurídico protegido por esta infracción penal, el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado.." TS 2ª, S 31-01-1986

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La regulación del matrimonio en nuestra legislación familiar es determinante para la configuración del delito, de ahí que si el primer matrimonio es de personas del mismo sexo con efectos en el extranjero, a los efectos penales el segundo matrimonio entre hombre y mujer realizado en El Salvador no tiene la calidad de bigamia.

Para lo anterior es de tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 11 Fam *que dice: "El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida."*

Es discutible el problema de la validez del primer matrimonio, algunos entienden que es preciso que el primer matrimonio sea válido sin ser susceptible de ser anulado, en este sentido JOSE MIGUEL PRATTS⁸⁹ sostiene : "Si lo que se pretende proteger es justamente la formalidad jurídico-matrimonial, el interés público en la tutela de una determinada modalidad de vínculo familiar, no parece coherente que se tutelén aquellas que no merecen tal cualificación desde la óptica del derecho privado...para excluir la tipicidad penal debería bastar con que fuese susceptible de ser disuelto legalmente""; otros entienden que el delito se comete sin perjuicio de que el primer matrimonio sea anulable.

JUSTIFICACIÓN.

Tomando en cuenta que la regulación del matrimonio es de orden público, no siendo el interés de los contrayentes los protegidos sino el sistema jurídico matrimonial, aunque el cónyuge del primer matrimonio lo autorice, no por ello deja de ser penalmente relevante el segundo matrimonio⁹⁰.

Se trata de un delito de estado, por ende la prescripción empieza a contarse desde el momento de la acción.

En las formas de participación también caber quien se casa por poder, Art. 30 Cod. Fam.

Concurso.

Puede concurrir con otros delitos, como el estupro, cuando tal celebración es el medio para engañar y lograr un Acceso Carnal.

SIMULACION DE EMBARAZO O PARTO.

ART. 197.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

El delito no se configura si no existe de por medio el objetivo de obtener para sí o del supuesto menor derechos que no corresponden, por ende si la finalidad es ganar el cariño de otra personas (como cuando se finge el embarazo para que el hombre se case) el delito no se configura.

Siendo un delito de mera actividad, si se realizan actos posteriores como es la inscripción falsa en el registro, habrá concurso de delitos⁹¹ con la SUPOSICION U OCULTACION DE ESTADO FAMILIAR; aunque es de advertir que un sector considera impune este tipo de falsedad⁹².

La conducta que se discute puede revestir enormes polémicas sobre todo si la discusión arranca de la consideración de persona desde el momento de la concepción, lo que podría generar en el reclamo de derechos a favor del ser que está por nacer, aunque este no logre nacer.

Puede haber intervención de personal del hospital, aunque no se prevé la responsabilidad imprudente.

ALTERACION DE FILIACION.

ART. 198.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Si no hay compensación económica como medio para el accionar el delito nos se configura; tampoco lo habría, aunque hubiera compensación económica si se cumplen los procedimientos legales de guarda y adopción⁹³.

Si es llevada por medio de falsedades documentales puede haber concurso de delitos; de realizarse la inscripción en el registro familiar puede darse el delito de SUPLANTACION O ALTERACION DEL ESTADO FAMILIAR en tanto que se cambian los verdaderos datos de la filiación.

La consumación del delito requiere de entre sus elementos la compensación económica, de ahí que si el pago se difiere, también se difiere la consumación; en ese ínterin son posibles los estadios de realización imperfecta del tipo.

ABANDONO Y DESAMPARO DE PERSONA.

ART. 199

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Las modalidades comisivas lo son el abandono y el desamparo, la primera conlleva un traslado o alejamiento del sujeto activo respecto de la víctima haciendo imposible con ello la propia ayuda; en el segundo además de lo anterior se quita o impide cualquier ayuda ajena; así el primer caso se daría cuando la madre deja de amamantar a su bebé, y en el segundo cuando lo deja en un bosque con la imposibilidad de ser auxiliado por terceros⁹⁴.

De relevante importancia es el caso de cuando el resultado de peligro se concreta en la efectiva lesión de la vida o de la integridad física; partiendo del papel de garante sería aplicable el homicidio o las lesiones en comisión por omisión, pero el abandono ya no entra en concurso de delitos, siendo ello un concurso aparente, .

La tentativa podría operar en cuanto de darse el abandono o desamparo surja un curso salvador ante la intervención excepcional de un tercero.

"La acusada ... no tiene el deber legal del cuidado y protección de sus hijos por padecer de una enfermedad mental ...al contrario por su enajenación mental es una persona incapaz quien debe de estar bajo el cuidado y protección de sus familiares...., ... la acusada se encuentra bajo la protección de su madre ... no existiendo disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que ordene que un incapaz a consecuencia de una enajenación mental tiene el deber de cuidado y protección de sus hijos... la acción ejecutada por la acusada es ATÍPICA"

." TS SENSUN, CN. 8-2002, 20 de febrero del 2002

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

ART. 200.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Sobre el tema en discusión el Art. 3 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar dispone: "Constituye violencia intrafamiliar, cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte a las personas integrantes de la familia".

La disposición legal transcrita en esencia trasciende el contenido del delito, en tanto que si los efectos implican delitos graves a la integridad física o de contenido sexual, ya no resulta aplicable el Art. 200 Pn. sino otros como la VIOLACION, LESIONES GRAVES, siendo agravados por el mismo parentesco.

En el fondo atendiendo a la parte final del inciso primero es un delito residual, siendo aplicable el principio de subsidiariedad a que se refiere el Art. 7 Pn.

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONOMICA.

ART. 201.

JURISPRUDENCIA.

"El delito en discusión es un delito de omisión propia, en tanto que basta para su consumación el incumplimiento deliberado de la obligación alimenticia, sin que se exija un resultado, el que constituye un elemento esencial para la consideración del delito de omisión impropia.

En el marco de lo expuesto la tipicidad penal del delito en análisis requiere 1) la existencia de una obligación de efectuar una prestación alimenticia; 2) ausencia de la acción mandada, es de decir ausencia de la prestación alimenticia; 3) Capacidad de realización de la acción."

T6S SS CN. 38-2001 17 abril 2001.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Cuando la disposición legal refiere a los medios indispensables de subsistencia, no debe entenderse exclusivamente a los alimentos entendidos en sentido estricto, sino en el amplio tal y como lo dispone el Art. 247 Fam, que al respecto dice: "Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario".

A primera vista pudiera visualizarse el contenido de la conducta como una situación de una simple deudas, entrando en discusión la prisión por deudas.

Debemos indicar dos aspectos por un lado la pena del delito no es prisión, por otro aunque si bien de por medio hay una deuda, hay incumplimiento de una obligación de suministrar los medios indispensables para su desarrollo integral. Un menor tiene derecho a una buena salud, educación, vestimenta, que son los que lo ponen a futuro en una mejor condición para enfrentar la vida.

Distinto es el tratamiento que daríamos a una deuda cuyo incumplimiento sólo afecta el patrimonio; en el delito en cuestión el incumplimiento trasciende de lo económico, y por esta razón el bien jurídico afectado no es el patrimonio.

En armonía con lo antes expuesto el Art. 7.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dice: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios".

SEPARACION INDEBIDA DE MENOR O INCAPAZ

ART. 202.

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

CONCURSOS.

Si como resultado de la separación acaece por ejemplo muerte o lesiones por inanición en el menor o como derivado de la acción de un tercero, resultará aplicable ya sea el delito de lesiones o según el caso el homicidio en comisión por omisión en el primer supuesto; y complicidad en el segundo. Si tuviera como finalidad un atentado contra la libertad serán aplicables las reglas del delito de privación de libertad o el secuestro según el caso.

INDUCCION AL ABANDONO.

ART. 203

NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

Debemos entender que la inducción debe ser directa y eficaz, en tal sentido si el menor ya estaba decidido a realizarla, no puede considerarse típica la conducta; en el marco de la teoría de la imputación objetiva el resultado no sería atribuible a la acción de querer inducir.

Aunque de lege ferenda debería comprenderse el caso de los incapaces, el tipo no lo contempla, por lo que ante tal hecho no habrá tipicidad.

Constituye un delito de resultado materializado en el abandono por el menor⁹⁵, por tal razón de no darse ello el delito es en grado de tentativa; cabe advertir que un sector estima que de no darse el abandono la conducta de abandono habría atipicidad⁹⁶.

En nuestro sentir es de hacer dos distinciones: si los actos de inducción no influyen psíquicamente en el menor no hay delito, si influyen, pero por razones ajenas al menor el resultado no se produce, como cuando es detenido al salir y por ello no abandona, el delito será tentado

ABUSO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN.

ART. 204.

JURISPRUDENCIA.

Si bien los padres de familia en el marco del derecho de corrección pueden realizar actos de castigo en sus hijos, ello no implica una permisón para realizar actos que impliquen un evidente abuso. T6S SS CN. 45-2000, 7 marzo 2000.

EXPLOTACION DE LA MENDICIDAD.

JURISPRUDENCIA.

"..La dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación.." TS 2ª, S 10-11-2000, núm. 1731/2000

97

¹ LLOBET RODRIGUEZ, JAVIER; "Delitos contra la vida y la Integridad Corporal", Editorial Jurídica Continental, 2ª edición, 2002, San José Costa Rica, p. 38.

³ Así se dijo en la STS Sala 2ª 22-11-1997.

⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, parte especial, 1996, tirant lo blanch, p. 37.

⁵ GONZALEZ RUZ, JUAN JOSÉ y otros: Compendio de Derecho Penal Español, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2000, Barcelona, p. 38-39; MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal", op. Cit. P. 38

⁶ "Delitos cualificados por el Resultado y Causalidad", Madrid, 1966.

⁷ "Manual de Derecho Penal", Editorial Ariel, Barcelona, 1991, 2ª edición, p. 21.

⁸ "Derecho Penal", op. Cit. P39

⁹ STS 22 nov 1997.

¹⁰ STS 20 FEB 1992

¹¹ STS 16 DIC 1991

¹² STS 31 enero 1992

¹³ SEBASTIAN SOLER: "Derecho Penal Argentino" T. III, pp., Tipografía Editora Argentina, 10ª reimpresión total, 1992, 17-18., Montan Palestra, p 29, LEVENE Homicidio Calificado p. 49

¹⁴ ver Manigot T. 1, p. 221

¹⁵ Llobet. P. 87, Creus T. 1. p. 14, Cobo del Rosal nP.E. 510

¹⁶ Así LLOBET RODRIGUEZ JAVIER: "Delitos contra la vida....", op. Cit. P 116.

¹⁷ Este ha sido el parecer del tribunal Sexto de sentencia.

¹⁸ "compendio de Derecho Penal", junto a otros, op. Cit. P. 199.

¹⁹ Estudios de Derecho Penal, p 47.

²⁰ En ese sentido CREUS, CARLOS: "Derecho Penal, parte especial"; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, 2ª reimpresión de la 3ª edición, 1992, p. 30.

²¹ Así CREUS, CARLOS: "Derecho Penal..", op. Cit. P. 30.

²² "Derecho Penal...", op. Cit. P. 31.

²³ Levene; Ricardo: "Homicidio Calificado" p. 72)

²⁴ Ver la de la Corte Suprema de Justicia del 2002.

²⁵ "TRATAMIENTO JURIDICO PENAL DE LA EUTANASIA" en Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología. www.criminet.ugr.es

²⁶ GIMBERNAT: "Eutanasia y Derecho Penal", en "Estudios de Derecho Penal", Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1990, p. 52.

²⁷ Así LLOBET: "Delitos en contra de la vida...", op. Cit. p. 166.

²⁸ Véase BUSTOS RAMIREZ: "Manual ...", op. cit, P. 46-48,

²⁹ Ver CREUS, T I, p 58, Muñoz conde,

³⁰ zaffaroni T. III

³¹ BUSTOS, Castillo, "autoría Mediata", p 73

-
- ³² Creus, T I, p 57, Muñoz Conde, Bustos, p. 45, Jescheck T. II, p 922
- ³³ ““Inducción o Auxilio al Suicidio” en Estudios de Derecho Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1990. p.282
- ³⁴ Derecho Penal, parte especial, 1996, p. 64,
- ³⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal”, p. 68.
- ³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Inducción” Op.cit. p. 286.
- ³⁷ GIMBERNAT niega la existencia de vida humana antes de los tres meses, “Estudios, op. Cit p. 62.; un sector de la doctrina exige viabilidad en el feto, en ese sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Rode vs Wade 1973 fijó la viabilidad del producto de la concepción el séptimo mes
- ³⁸ LOPEZ DE LEMUS, JOAQUIN TAFUR: “Delitos contra la vida y la Integridad Personal en el Código Penal Salvadoreño”, Revista Justicia de Paz, Volumen II, p.64.
- ³⁹ LOPEZ DE LEMUS, JOAQUIN TAFUR: “Delitos contra la vida y la Integridad Personal en el Código Penal Salvadoreño”, Revista Justicia de Paz, Volumen II
- ⁴⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal” parte general, Valencia, 1996p. 121.
- ⁴¹ “Derecho Penal..”, op. Cit. 121.
- ⁴² Este constituye el sentir de LOPEZ DE LEMUS, “Delitos contra la vida...”, p. 76 y 80. y el de JAVIER LLOBET cuando analiza el Código Penal costarricense que tiene una regulación de pena en cuanto a las lesiones de manera similar: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 238
- ⁴³ en ese sentido LLOBET: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 210
- ⁴⁴ MORA CALVO, DIDIER: “El delito de Lesiones en el Deporte” en “Ensayos de Derecho Penal Accesorio”, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002, p. 78.
- ⁴⁵ ver SOLER T. III
- ⁴⁶ ver delitos contra la personas, p. 507, 2000
- ⁴⁷ En ese sentido LOPEZ DE LEMUS, “Delitos contra la vida...”, p. 82. y el de JAVIER LLOBET cuando analiza el Código Penal costarricense que tiene una regulación de pena en cuanto a las lesiones de manera similar: “Delitos en contra de la vida...” op. Cit., P. 238
- ⁴⁸ “El Delito Culposos”, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, octubre, 2001, p. 229.
- ⁴⁹ Así CREUS, CARLOS, “Derecho Penal”, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 118.
- ⁵⁰ ver SEBASTIAN SOLER: Derecho penal Argentino, T. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 181. CREUS: “Derecho Penal”, op. Cit. 118.
- ⁵¹ CREUS, CARLOS: “Derecho Penal”, op. Cit. 120-121.
- ⁵² CREUS, CARLOS: “Derecho Penal”, op. Cit. 119.
- ⁵³ SEGRELLES DE RENZA, IÑIGO (junto a Cobo del Rosal, González Rus y otros): “Compendio de Derecho Penal Español”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000.
- ⁵⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal, parte general, tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 151
- ⁵⁵ “DERECHO PENAL, Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 473.
- ⁵⁶ Así MUÑOZ CONDE, op. cit. P. 153.
- ⁵⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO: “Compendio De Derecho Penal”, op cit. P. 142.
- ⁵⁸ “Derecho Penal”, op cit. P. 130.
- ⁵⁹ VARELA AGRELO, JOSÉ ANTONIO: “Los delitos contra la Libertad Sexual en el Código Penal Salvadoreño”, Revista justicia de Paz, Año II, Volumen III, Publicación de la Corte Sprema de Justicvia, pp. 99; CARMONA SALGADO, CONCEPCION: “Compendio de Derecho Penal”, op. Cit. 197; ORTS BERENGUER, ENRIQUE: “Delitos contra la Libertad Sexual”, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 61-64; DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS: “La protección de la Libertad Sexual”, Bosh, casa Editorial, Barcelona, 1985, pp. 36-40; MORALES PRATS, FERMIN; GARCIA AKBERO, RAMON, en conjunto con Quintero Olivares y otros “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 245; FONTAN BALESTRA, CARLOS: “Derecho Penal”, parte especial, Abeledo Perrot, Buenos Aieres, 1980, p 176.
- ⁶⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal”, parte general, tirant lo vblanch, Valencia 1996, p. 187
- ⁶¹ FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, op. Cit. P 173.
- ⁶² Véase VARGAS ALVARADO, EDUARDO: “Medicina Legal, Editorial Trillas, 1ª reimpresión enero, 1998, p. 215.
- ⁶³ BUSTOS RAMIREZ, JUAN: “Manual de Derecho Penal”, op. Cit. P. 119

-
- ⁶⁴ CASTILLO, FRANCISCO: "La autoría mediata", Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1987, p. 47; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial Ariel, 3° ed. Barcelona, 1989, p. 119
- ⁶⁵ **ROXIN, CLAUS: "Autoría y dominio del hecho en derecho penal"**, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1998, p. 328
- ⁶⁶ CHINCHILLA, Carlos, La autoría en el derecho penal costarricense, IJSA, San José, 1999, p.131, nota 289
- ⁶⁷ BUSTOS RAMIREZ, JUAN: "Derecho Penal", op. Cit. 119
- ⁶⁸ "Autoría Mediata", op. Cit. Pp. 151-152.
- ⁶⁹ "DERECHO PENAL", op. Cit. P. 178
- ⁷⁰ relación sexual con animales.
- ⁷¹ relación sexual con un muerto
- ⁷² 167 CP-CR
- ⁷³ BREGLIA, OMAR y GAUNA, OMAR: "Código Penal", Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1991, p.396.
- ⁷⁴ "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, t. I, El Salvador, U.S.A.I.D., 1993, pág. 485
- ⁷⁵ "Derecho Penal", op. Cit. p` 234.
- ⁷⁶ VARELA AGRELO, JOSE ANTONIO: "Los delitos contra la libertad sexual...", op. Cit. p. 118
- ⁷⁷ En ese sentido MORALES PRATS, FERMIN y GARCIA ALBERO, RAMON: "Comentarios a la parte especial del Derecho Penal", op. Cit. p. 277.
- ⁷⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "Derecho Penal", op. Cit. po. 201.
- ⁷⁹ "Derecho Penal", op. Cit. po. 278.
- ⁸⁰ GARCIA ALBERO, RAMON, en conjunto con GONZALO QUINTERO OLIVARES y otros "Comentarios a la parte especial del derecho Penal", op. Cit. p. 309.
- ⁸¹ Si partiéramos de una análisis ex post ninguna tentativa delictiva sería punible,
- ⁸² así CREUS, T 1, P. 158 OP. CIT.
- ⁸³ Llobet Rodríguez, Javier y Rivero, Juan Marcos: Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la personalidad), Juritexto, San José, 1.989, pág. 182
- ⁸⁴ "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño", junio, 2000, San salvador, p 546 y sigs.
- ⁸⁵ "Derecho penal", op. Cit. p. 221.
- ⁸⁶ Asi Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José L.: "Derecho Penal, parte especial", Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 270.
- ⁸⁷ Vease BREGLIA ARIAS, OMAR: "El Delito de Violación de Domicilio", ediciones desalma, Buenos Aires, 1968, P. 89 y sigs.
- ⁸⁸ En este sentido MIGUEL TREJO y otros "Manual de Derecho Penal", parte especial, tomo II, , San Salvador, 1983, p. 679
- ⁸⁹ "Comentarios a la parte especial del Derecho Penal", op. Cit. p. 419.
- ⁹⁰ en ese sentido CARBONELL MATEU: "Derecho Penal, parte especial", op. Cit. p. 292.
- ⁹¹ MOYNA MENGUEZ, JOSE; LUZON CUESTA, JOSE MARIA y otros: "Código Penal", Editorial Colex, 6 edición, Madrid, 2001, op. Cit. p. 594.
- ⁹² CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: "Derecho penal", parte especial, op. Cit. p. 296.
- ⁹³ CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: "Derecho penal", parte especial, op. Cit. p. 298; PRATS GANUT, JOSE MIGUEL: "Comentarios a la Parte especial del derecho Penal", op. Cit. p. 437..
- ⁹⁴ Véase MARTINEZ OSORIO, MARTIN ALEXANDER: "Delitos contra los Derechos y Deberes Familiares en el Código Penal Salvadoreño", Revista Justicia de Paz, año V, Volumen III, septiembre-diciembre 2002, San Salvador, p. 217.
- ⁹⁵ En ese sentido MARTINEZ OSORIO, op. Cit. 234.
- ⁹⁶ GONZALEZ RUZ, JUAN JOSE GONZALEZ, 2000, P. 360.
- 9797