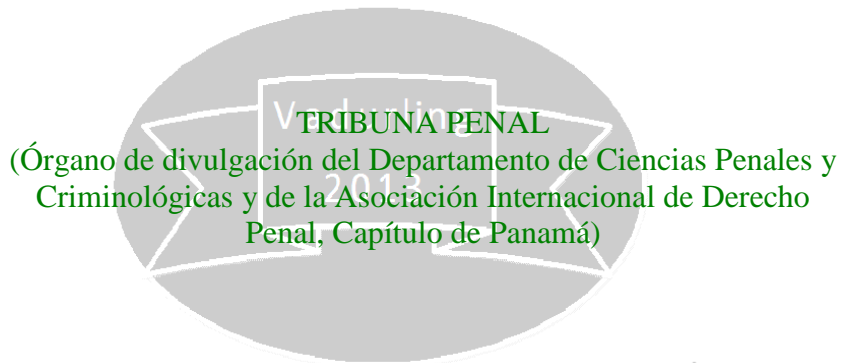


UNIVERSIDAD DE PANAMA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas



Panamá, 1981

Director de la Revista

Carlos Enrique Muñoz Pope

Sub-Director

Aura E. Guerra de Villalaz

Jefe de Redacción

Campo Elías González Ferrer



Dirección Postal:

Licdo. Carlos Enrique Muñoz

Tribuna Penal

Apartado 4792

Zona 5, Rep. de Panamá

América Central

PRESENTACIÓN

La adecuada divulgación de las ciencias penales es un elemento de singular valor para la transformación de las estructuras penales y penitenciarias de la República.

En ese sentido, la Asociación Internacional de Derecho Penal tiene entre sus propósitos, sumar sus esfuerzos a nivel internacional, regional y local por una más amplia divulgación y debate de las instituciones penales, adecuándolas a las condiciones socio-económicas y políticas de cada país, con miras a su transformación y desarrollo.

A partir de la última década, la doctrina penal ha tenido en nuestro país un innegable incremento, aportando soluciones prácticas y teóricas a los más urgentes problemas nacionales en materia de prevención del delito, y las autoridades nacionales así lo han reconocido expresamente durante el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al afirmar en el documento de la Monografía Nacional que "la doctrina penal ha propiciado el movimiento de reforma de las leyes penales nacionales y ha destacado la necesidad de transformar el sistema penitenciario".

Los catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Panamá que dirigen la presente revista, consideran junto al brillante profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Sebastián, Dr. Antonio Beristáin Ipiña, que es nuestro deber poner al día la justicia, desarrollar y defender los derechos del hombre, cuando expresa en su introducción a su obra "Crisis del Derecho Represivo" que "el mundo contemporáneo tiene obligación de abrir su propia pupila prospectiva al mañana, no menos que al pasado, para poner al

día la administración de justicia y para desarrollar los derechos de la persona, tan pisoteados por muchos".

De otra parte, hasta la fecha, la divulgación de las ciencias penales no había contado con una revista especializada, que fuera foro de discusión de los postulados científicos, y en la que tuviera cabida una discusión amplia y ordenada sobre el problema de la criminalidad, tanto en su fenómeno normativo, como en los aspectos criminológicos.

Fue así como el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Panamá, y la Asociación Internacional de Derecho Penal, Capítulo de Panamá, han unido sus esfuerzos para publicar este primer número de la Revista Tribuna Penal, que aparecerá con una periodicidad semestral, y que aspira a constituirse en permanente tribuna de discusión PE de los problemas penales nacionales, siempre receptiva a toda contribución de los autores nacionales y extranjeros, con la única limitación del respeto a la libertad y el rigor científico.

2013

Panamá, Marzo de 1981

SUMARIO

Bergalli, Roberto

“UN PANORAMA DE LA CUESTION PENITENCIARIA EN LA ARGENTINA”

Beristáin, Antonio

“LAS VIOLENCIAS Y LA NO-VIOLENCIA EN EUSKADI”

Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal M., Hernán

“SIGNIFICACIÓN SOCIAL Y TIPICIDAD”

Carrasco, Luis M.

“LA VIOLENCIA CARNAL EN LA REVISION DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1970”

Echévers, Fabián

“LA CIENCIA CRIMINOLÓGICA”

González Ferrer, Campo Elías

“EL DELITO DE SEDUCCIÓN”

Guerra de Villalaz, Aura de

“EL FINALISMO EN EL DERECHO PENAL”

Muñoz Pope, Carlos Enrique

“EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL CODIGO PENAL PANAMEÑO”

BIBLIOGRAFIA

Beristáin, A: CRISIS DEL DERECHO REPRESIVO (A.G. de V.)

EL DELITO DE SEDUCCION

(su análisis dogmático-jurídico en la ley penal panameña)

CAMPO ELÍAS GONZALEZ FERRER

Investigador del Centro de Investigación
Jurídica de la Universidad de Panamá
Profesor Asistente de Derecho Penal

SUMARIO:

INTRODUCCION

- I. NORMA Y NATURALEZA JURIDICA
- II. ASPECTO OBJETIVO
 - A) OBJETO JURIDICO PROTEGIDO
 - B) OBJETO MATERIAL: SUJETO PASIVO
 - C) SUJETO ACTIVO
 - D) LA CONDUCTA TIPICA
 - 1. Concepto de cópula
 - 2. Significado y alcance del consentimiento
- III. ASPECTO SUBJETIVO
- IV. FORMAS DE APARICION
 - A) FASES EJECUTIVAS
 - B) PARTICIPACION CRIMINAL
 - C) CONCURSO DE DELITOS
- V. DETERMINACION DE LA PENALIDAD

INTRODUCCION

Entre los delitos que, atacan la libertad sexual, el más polémico de ellos, y el que presenta mayores dificultades prácticas, es el de seducción, descrito y sancionado por el Artículo 283 del Código Penal panameño.

Ha sido el análisis de la jurisprudencia nacional, sentada por la Corte Suprema de Justicia, lo que ha hecho obligante el presente estudio, teniendo en cuenta que sus yerros y lagunas no se justifican hoy, cuando la dogmática moderna posee los avances metodológicos

necesarios para una adecuada solución de los problemas que plantean los delitos en particular.

Procederemos al examen de esta infracción conforme a los presupuestos del método objetivo-subjetivo, que por razones didácticas hemos adoptado para el estudio de la parte especial.

I. NORMA Y NATURALEZA JURIDICA

El delito de seducción se encuentra descrito y sancionado por el artículo 283 del Código Penal panameño, que es del tenor siguiente:

"Artículo; 283. El concubito habido con mujer doncella mayor de doce años y menor de diez y siete, con su consentimiento, se castigará con reclusión de seis meses a un año, además de la indemnización de que trata el artículo 36.

Si mediase promesa de matrimonio la pena será de uno a dos años".

Con el término stuprum (del griego tupto, golpeo), el derecho romano designó todo acto sexual cometido con hombres o mujeres.

El estupro ha sido utilizado, como concepto, con pluralidad de significados tanto en la doctrina como en las distintas legislaciones. Por estupro simple, se ha entendido el ayuntamiento carnal con mujer soltera y honesta; el estupro por seducción, se refiere a la unión sexual lograda con engaño o seducción; el estupro con violencia es la relación carnal realizada mediante coacción física o moral; el estupro propio es la relación sexual que produce desfloración, y el impropio, que es aquella cópula que no produce la desfloración.

CARRARA designó con el nombre de estupro "el conocimiento camal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia"⁽¹⁾.

¹ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol.II, Editorial Temis, Bogotá, 1973, parágrafo 1482, pág. 184.

El sistema seguido por el Código Penal panameño es el de la llamada seducción presunta, por el cual se tipifica la unión sexual sin violencia "y por tanto, aparentemente consentida, cuando la víctima sólo ha alcanzado un determinado límite de edad y su condición moral hace presumir su inexperiencia sexual"⁽²⁾.

Dentro de los delitos que atacan la libertad sexual, el de la seducción se ubica como un tipo de delito con autonomía propia. Ello no implica que en el fondo carezca de rasgos comunes con otras infracciones, como por ejemplo la violación carnal y los abusos deshonestos, pues en todos ellos la objetividad jurídica lesionada es la libertad sexual.

Pero ocurre que dicha entidad de daño es diversa, y frente a la violación, en la que es preciso vencer la oposición de la mujer, en la seducción se logra la cópula sin el consentimiento válido de la víctima, lo que sin duda expresa una menor violencia en el ataque al bien jurídico, que se refleja en la escala de penalidad.

II. ASPECTO OBJETIVO

A. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La libertad sexual es, en su esencia, una específica manifestación de la libertad personal. Entiéndase bien que no se habla de la libertad de amar, como lo hace JIMENEZ HUERTA ⁽³⁾, porque el amor, aun cuando en múltiples ocasiones lo abarque, no es equivalente al sexo, toda vez que puede ocurrir la materialidad de éste sin la expresión de afecto que el amor supone.

Hablamos, entonces, de la libertad sexual, que involucra la facultad de disposición carnal, según la tópica expresión de POLAINO

² FONTAN BALESTRA. Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, Parte Especial. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, pág. 101.

³ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo III. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, Sucs. México, 1968, pág. 228.

NAVARRETE ⁽⁴⁾. Desde este punto de vista, el ser humano posee la facultad de disponer con entera libertad sobre su cuerpo, específicamente en lo que a las formas de manifestar su instinto se refiere (aspecto positivo), y de otra parte, el ser humano se encuentra facultado para rechazar los atentados contra dicho arbitrio, ejecutados por medios violentos, fraudulentos o tendientes a obtener un consentimiento carente de validez (aspecto negativo).

MAGGIORE critica, de un modo acre, la existencia de una objetividad jurídica sobre la base de la libertad sexual, expresamente reconocida en el Capítulo I del Título XI del Código Penal italiano vigente. "Impropriadamente, pues, -afirma el profesor italiano- se ha elevado a objetividad jurídica característica del estupro, del rapto, etc". Y agrega: "Aún nos queda por saber cómo ese género de libertad puede considerarse como una subespecie de la "moralidad pública", pues podemos hablar de un derecho a la castidad o a la continencia, pero no de un derecho a la libre disposición de los órganos obsecenos; a menos que se quiera legitimar, entre los hombres, el derecho a las licencias caninas"⁽⁵⁾.

Sin embargo, en la misma doctrina italiana, RANIERI estima que no puede negarse que dichos delitos ofenden la libertad que "por consistir en la libre disposición del propio cuerpo para los fines sexuales, no puede ser sino libertad sexual", donde se encuentra comprendidos, según conceptúa el ilustre profesor de Bolonia, los delitos que constituyen "manifestaciones ilícitas del instinto sexual, sea normal o anormal, que ofenden la inviolabilidad corporal de la persona en cuanto atañe a la libertad de su función sexual"⁽⁶⁾. En el derecho argentino, FONTAN BALESTRA admite el rango de bien jurídico a la libertad sexual, al afirmar que, por ejemplo, el acto de violación carnal "coarta la libertad sexual, al obligar a un individuo a la

⁴ POLAINO NA VARRETE, Miguel. Introducción a los Delitos contra la Honestidad. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1975, pág. 47.

⁵ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. IV. Editorial Temis, 1955, pág. 51.

⁶ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo V, Parte Especial. Editorial Temis. Bogotá, 1975, pág. 74.

realización carnal involuntaria". Y agrega: "La violación supone, entonces, un ataque a la libertad sexual o cabría decir a la libertad solamente, ya que ella es la facultad que el hombre tiene de obrar de una manera o de otra, o de no obrar, conforme a los dictados de su voluntad"⁽⁷⁾. Por lo que correapode al delito de seducción, el profesor argentino señala que el mismo afecta la libertad sexual, "ya que la ley considera que el sujeto pasivo actúa impulsado por una voluntad siempre viciada"⁽⁸⁾.

Aun cuando el Código Penal panameño, inspirado en el italiano de 1889 (ZANARDELLI), incluyó los delitos contra la libertad sexual dentro del Título XI correspondiente a los delitos contra las buenas costumbres y contra el orden de la familia, ello no implica que doctrinalmente sea imposible descubrir la real entidad de daño en la libertad sexual, como norte de una labor científica y didáctica.

Debemos recordar que ya CARRARA advertía sobre la necesidad de distinguir entre los delitos contra el pudor individual, como el estupro, la violencia carnal y el ultraje violento contra el pudor, de aquellos delitos que, como el adulterio y la bigamia, vulneran el orden familiar⁽⁹⁾.

Sobre el concepto de buenas costumbres, utilizado por nuestro Código Penal y que constituye la entidad protegida por el delito de seducción que se desprende de la contemplación aséptica de la ubicación sistemática del delito en el Título XI, es válida la definición de MAGGIORE, como "aquella parte de la moralidad pública que se refiere -como criterio de apreciación- a las relaciones sexuales". Y agrega: "Puede decirse, pues, que las buenas costumbres son el uso recto de las relaciones carnales, opuesto a toda práctica viciosa (mala costumbre, desvergüenza). En este último sentido, los romanos hablaban de injuria adversus bonos mores (ofensa contra las buenas

⁷ FONTAN BALESTRA. Tratado..., V, pág. 30-31.

⁸ IBIDEM, pág. 31.

⁹ CARRARA, Programa..., II, parágrafo 1478, págs. 175-176.

costumbres)"¹⁰). Pero esa ubicación desprendida del sistema del Código queda en el vacío, sobre todo en una era de fluctuantes cambios en relación a la moral, por lo que es preciso indagar valorativamente el interés protegido, y entonces se aprecia con todo rigor la imposibilidad de desestimar a la libertad sexual como objetividad tutelada (¹¹).

B. OBJETO MATERIAL: SUJETO PASIVO

Como ocurre con los delitos en los que la persona es el ente sobre el cual se realiza la conducta típica, en el delito de seducción el objeto material coincide con el sujeto pasivo, sin que ello implique la fusión de los caracteres doctrinales que distinguen, desde un punto de vista teórico, el objeto material del sujeto pasivo.

El sujeto pasivo del delito de seducción es una mujer, es decir, un ser humano, perteneciente al sexo femenino. Junto a esta cualificación del sujeto pasivo, además de que debe tratarse siempre de una mujer, la misma debe ser doncella, mayor de doce años y menor de diecisiete.

Nuestra ley penal especifica al sujeto pasivo del delito desde tres puntos de vista, a saber: 1) Biológico; 2) Valorativo; y 3) Cronológico.

Otras legislaciones utilizan expresiones tales como "mujer casta" o "mujer honesta". Ahora bien, es importante indagar en qué consiste la esencia, el quid de este particular atributo del sujeto pasivo.

Nuestra jurisprudencia ha entendido, en repetidas ocasiones, que el concepto de doncellez es sinónimo de virginidad, no es un sentido valorativo, sino en el netamente físico, biológico, que se determina por la existencia de la membrana del himen, lo que

¹⁰ MAGGIORE, Derecho..., IV, págs. 49-50.

¹¹ Cfr. MAGGIORE. Derecho , IV, pág. 93; FONTAN BALESTRA Tratado , V, pág. 102.

configuraría una exigencia legal sobre un estado físico antes que una condición moral del sujeto pasivo⁽¹²⁾.

Ello no obstante, precisa advertir que desde el punto de vista biológico, si bien la cópula puede producir la ruptura del himen, ésta, de hecho, puede no ocurrir, como sucede en los casos de himen complaciente o elástico. De otra parte, la mujer puede ser plenamente inexperta, es decir, no haber conocido varón y, sin embargo, carecer de la membrana, pues la ruptura del himen puede deberse también a un accidente.

La ley penal, que se asienta sobre las bases axiológicas de la vida en relación, no puede sujetar la tutela de los intereses que ampara por la mera detectación de un tejido celular, pues con ello estaría tutelando concepciones de suyo superadas que rozarían la etapa lítica del tótem y el tabú. Antes bien, precisa reconocer que la palabra "doncella" es un típico elemento normativo de valoración cultural, referido al sujeto pasivo, que se fundamenta en la inexperiencia sexual de la víctima, y que, como advierte FONTAN BALESTRA, "debe ser estimada en cada caso, sin someterse a cánones rígidos, y apreciando la conducta de la mujer en todas sus manifestaciones, en cuanto de ella pueda resultar la condición requerida"⁽¹³⁾.

De aquí cobra fundamento la ineficacia del consentimiento, pues por ministerio de la ley, en una presunción iuris tantum, durante el lapso cronológico señalado por el tipo penal se presume la inexperiencia de la mujer, que tiene como efecto viciar el consentimiento prestado para la cópula. De aquí que se afirme que la

¹² Así, entre otras: sentencias de 6 de octubre de 1933. (Registro Judicial No. 69. Octubre de 1933. pág. 1270) y de 22 de febrero de 1940 (Registro Judicial No. 2, Febrero de 1940 pág. 159), Y los autos de 4 de agosto de 1933 (Registro Judicial No. 51, agosto de 1933. pág. 956) y de 21 de septiembre de 1933 (Registro Judicial No. 69. Octubre de 1933. pág. 1270).

¹³ FONTAN BALESTRA Tratado , V, pág. 105.

doncellez "puede coincidir o no con la condición de mujer virgen, pero ambos conceptos no deben ser identificados"⁽¹⁴⁾.

Por lo que corresponde al elemento cronológico, en nuestra ley penal la edad del sujeto pasivo debe estar comprendida entre los límites expresados por el propio artículo 283, mayor de doce años y menor de diecisiete. Se fija este lapso entre el límite que sirve para determinar el máximo de edad (hasta doce años) por el cual el concúbito configura el delito de violación carnal aunque no medie violencia ni amenaza (segundo párrafo del artículo 281 del Código Penal), y el límite de edad de la mujer a partir del cual su consentimiento posee plena validez en la esfera de las relaciones sexuales que consienta (diecisiete años)⁽¹⁵⁾.

De esta forma, para que se configure la seducción, es preciso que la víctima haya cumplido ya los doce años, y que aún no haya cumplido los diecisiete. Por ende, si no ha cumplido los doce años se estará en el segundo párrafo del artículo 281 del Código Penal, y si ha cumplido los diecisiete, el concúbito realizado con su consentimiento no constituye delito.

Estos límites de edad son absolutos, y como es fácil advertir, la diferencia de un día, e incluso de horas en la edad del sujeto pasivo, "puede decidir que el acceso carnal constituya una violación, un estupro, o un acto impune"⁽¹⁶⁾. Por ello se afirma que esta característica cronológica del sujeto pasivo configura, según la expresión de JIMENEZ HUERTA, "una condición personal del sujeto pasivo", que "recorta y limita el ámbito del tipo"⁽¹⁷⁾.

C. SUJETO ACTIVO

¹⁴ IDEM.

¹⁵ Acertadamente: sentencia de 14 de enero de 1965 (Repertorio Jurídico No. 11, noviembre de 1965, págs. 8 y s.s.).

¹⁶ FONTAN BALESTRA. Tratado , V, pág. 104.

¹⁷ JIMENEZ HUERTA. Derecho , III, pág. 240.

Sujeto activo del delito de seducción sólo puede ser el varón⁽¹⁸⁾, a diferencia de la violación carnal en la que, además del varón, pueden ser sujetos activos la mujer y el homosexual pasivo, como se desprende de la concepción amplísima de la conducta (comercio carnal) y la heterogeneidad del sujeto pasivo.

Ahora bien, el sujeto activo no debe estar en las especiales condiciones previstas por el artículo 281 del Código Penal, pues siendo ascendiente, curador, tutor o maestro de la víctima, o ministro del culto que ella profese, será sancionado como autor de violación carnal a tenor del párrafo último del artículo 281 del Código Penal.

D. LA CONDUCTA TIPICA

1. Concepto de cópula

Los distintos códigos penales hacen uso de diversas expresiones para referirse a la conducta típica del delito de seducción. En tal sentido, se utilizan expresiones tales como "conjunción camal", "acceso camal", "yacer", etc.

El Código Penal panameño utiliza el concepto "cópula", núcleo de la conducta típica, cuyo significado, a la luz de nuestro idioma, implica la unión de una cosa con otra y que, en su acepción penalística, es sinónimo de unión camal, pero en un sentido aún más restringido que el mero contacto físico entre el autor y la víctima, pues "hállase ínsito en el concepto la idea de acceso o penetración que simultáneamente origina un momentáneo acoplamiento anatómico"⁽¹⁹⁾.

Para JIMENEZ HUERTA, la cópula camal puede, anatómicamente, ser vaginal, anal u oral, la primera de las cuales constituye la forma propia o normal, y las dos últimas, las impropias, anormales o sucedáneas ⁽²⁰⁾. Bajo el criterio anotado, se destaca la

¹⁸ GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. Derecho Penal Especial. Editorial Temis. Bogotá, 1965, pág. 337.

¹⁹ JIMENEZ HUERTA. Derecho, III, pág. 244.

²⁰ IDEM.

amplitud que lleva implícita la significación del concepto en nuestro idioma, lo que no autoriza a sujetar sus características dentro de los restringidos límites de la cópula normal, corno no se restringe tampoco la conducta en el delito de violación.

Según la concepción señalada, que es dominante en la doctrina, no cabe duda que es posible la penetración tanto por vía vaginal, como anal y oral, y que tal conducta, integrada con los restantes caracteres del tipo penal, es idónea para vulnerar el bien jurídico de la libertad sexual en el grado protegido mediante la incriminación del estupro⁽²¹⁾.

Estimamos, sin embargo, que la edad y la condición de mujer doncella del sujeto pasivo limitan el concúbito al acto de penetración normal o natural⁽²²⁾, y que, debido a que la seducción se configura como un tipo autónomo, nada autoriza integrar la conducta del estupro con la propia de la violación carnal.

Ello no implica, sin embargo, que los restantes actos sean impunes, pues los mismos pueden quedar comprendidos dentro de los abusos deshonestos de que trata el artículo 284 del Código Penal.

No es preciso que se produzca la ruptura del himen, y habrá cópula aun cuando la penetración sea incompleta, y es indiferente que ocurra o no la inmisio seminis, pero la cópula no se tendrá en el caso del coitus inter femora, pues en el mismo no ocurre la penetración y se estará en el tipo del artículo 284 del Código Penal, sin que tenga relevancia el hecho de que se introduzcan secreciones en la vagina. De otra parte, sí existirá cópula en el caso del llamado coitus interruptus, pues como se ha afirmado, no es preciso que la cópula sea total, ni que culmine en la eyaculación.

2. Significado y alcance del consentimiento

²¹ En contra: MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pág. 332.

²² Así: FONTAN BALESTRA. Tratado, V, pág. 102; MUÑOZ CONDE. Derecho..., pág. 332.

La cópula carnal debe ser consentida por la víctima. El sujeto pasivo, pues, debe dar su consentimiento para la cópula, es decir, aceptar unirse carnalmente con el agente, aunque este consentimiento esté viciado, pues por ministerio de la ley, tomando en cuenta la edad y la inexperiencia de la víctima, dicho consentimiento carece de validez ⁽²³⁾.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Puede darse con palabras o signos. El mero hecho de desnudarse o de dejarse desnudar, es una aceptación a yacer, cuando no media violencia ni amenaza.

III. ASPECTO SUBJETIVO

El delito de seducción, por su propia naturaleza, es un delito doloso. El dolo debe contener el conocimiento de que se yace con mujer doncella mayor de doce años y menor de diecisiete, y por ello, el error sobre una de éstas circunstancias excluye la culpabilidad ⁽²⁴⁾, habida consideración de que las mismas son elementos del tipo penal, "aun el error atribuible a la culpa del autor, que deja paso a la responsabilidad culposa, puesto que el delito es doloso" ⁽²⁵⁾.

Ello no implica, sin embargo, que la simple duda sobre la doncellez o la edad del sujeto pasivo excluya el dolo. Precisa más bien que el agente crea que la mujer posee experiencia sexual, por caer en error sobre su edad o su experiencia sexual, para lo cual debe encontrar apoyo en circunstancias que le hagan arribar a dicha creencia, como la apariencia física o las expresiones de la víctima, que deben estar acompañadas por los signos externos que, como los ademanes y los gestos, son propios de la mujer con experiencia sexual y que, por ende, fácilmente inducen a error.

²³ QUINTANO RIPOLLES. Antonio. Comentarios al Código Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1966, pág. 797.

²⁴ NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino. Tomo IV, Bibliográfica.Omeba. Buenos Aires, 1964, pág. 295.

²⁵ FONTAN BALESTRA. Tratado , V, pág. 109.

IV. FORMAS DE APARICIÓN

A. FASES EJECUTIVAS

El delito de seducción se consuma con la cópula, sin que sea menester que la misma alcance su perfección anatómica ni que la penetración sea completa ⁽²⁶⁾.

Sin razón alguna, nuestra jurisprudencia ⁽²⁷⁾ ha señalado la imposibilidad de la tentativa, en contra de lo que constituye la opinión dominante en la doctrina.

Técnicamente, no existe obstáculo alguno para constatar la existencia de la tentativa, y si bien pueden surgir dificultades prácticas pues la materialidad del hecho puede inducir al encuadramiento de la conducta dentro de los abusos deshonestos previstos por el artículo 284 del Código Penal, ello sería un error, pues la diferencia de ambas figuras es de carácter anímico y debe encontrarse, como tal, en el aspecto subjetivo del delito, pues si el autor se propuso realizar la cópula sin lograrla por circunstancias ajenas a su voluntad, la conducta debe ser subsumida en el delito de la seducción, en grado de tentativa, y no en el tipo de abusos deshonestos, cuyo aspecto subjetivo no debe implicar voluntad de realizar la cópula, habida cuenta que los actos que materializan el delito de abusos deshonestos no deben estar encaminados a la realización del coito.

Ahora bien, es preciso que en el inter criminis se hayan realizado actos ejecutivos encaminados directamente a la realización de la cópula, revestidos de la idoneidad suficiente para constituir, por sí mismos y objetivamente considerados, un principio de ejecución típica, como sería, por ejemplo, la desnudez -suficiente para la cópula- de los sujetos del delito.

“Conceptualmente -expresa SOLER-, es posible la tentativa; pero es preciso no confundir con principios de ejecución los actos de enamoramiento, conversación, etc., porque el sentido de éstos es

²⁶ IBIDEM, pág. 89.

²⁷ Cfr. Sentencia de 28 de diciembre de 1951 (Registro Judicial No. 18. Año XLIX, Vol. LI. Enero a Diciembre de 1951, pág. 297).

totalmente equívoco, con relación al hecho que constituye estupro, es decir, al acceso carnal. Solamente los actos inmediatos a ese hecho podrán ser considerados tentativa"⁽²⁸⁾, y ello es así, porque aquellas conductas que posibilitan la ejecución del delito, sin ser inequívocas para la realización típica, únicamente podrán ser considerados como actos preparatorios, y como tales, son impunes (²⁹).

B. PARTICIPACIÓN CRIMINAL

El delito admite todas las formas de participación previstas en los artículos 63 y 64 del Código Penal. A los partícipes les alcanza la excluyente de penalidad prevista por el artículo 299 del Código Penal.

C. CONCURSO DE DELITOS

Por lo que corresponde al concurso material de delitos, representan dos hechos distintos e independientes que concurren materialmente, la seducción que es precedida de raptó (artículo 292 del Código Penal).

Debido a que la seducción excluye la violencia, "la absorción de las lesiones leves resultantes del estupro queda reducida a las emergentes de la cópula en Sí" (³⁰).

Puede darse el concurso ideal con el contagio venéreo, regulado como delito por la Ley 56 de 1930, cuando el contagio se produce a consecuencia de la cópula.

V. DETERMINACIÓN DE LA PENALIDAD

²⁸ SOLER. Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. 1967. pág. 305. Cfr. Admite tentativa también RODRIGUEZ DEVESA. José María. Derecho Penal Español. Parte Especial. Gráficas Carasa. Madrid, 1975. pág. 159.

²⁹ NUÑEZ. Derecho..., IV. pág. 297.

³⁰ SOLER. Derecho..., III. pág. 297.

La sanción por el delito de seducción es de reclusión por seis meses a un año, además de la indemnización de que trata el artículo 36.

Conforme a lo preceptuado por el artículo 36 del Código Penal, la condena penal deja a salvo los derechos que la ley civil reconoce al lesionado por el delito; y además, tratándose de procesos por delitos que ofenden el honor de un individuo o de una familia, el autor será condenado a pagar al agraviado una suma fija, que se regulará prudencialmente a solicitud de éste, como también a mantener la prole que, según las regias legales, se presume suya (Art. 300 del Código Penal).

La norma contempla una circunstancia agravante, deducida de la promesa de matrimonio, regulada en el párrafo segundo del artículo 283 del Código Penal. Tradicionalmente se ha estimado que el hecho de mediar promesa de matrimonio tiene por efecto disminuir la resistencia de la víctima a prestar su consentimiento para la cópula y, por ende, es dada por el seductor para lograr el fin propuesto, evitando así una resistencia que podría ser más tenaz de no mediar la promesa.

La mera manifestación de la intención del agente en el sentido de contraer matrimonio con la víctima, no implica promesa de matrimonio, como tampoco cualquier vaga alusión o proposición. La promesa matrimonial debe ser seria, dada antes de la cópula; en circunstancias normales, esto es, cuando el sujeto no se encuentre dominado por el instinto sexual ⁽³¹⁾.

La sanción por el delito de seducción agravado por la promesa de matrimonio es de uno a dos años de reclusión.

El artículo 299 del Código Penal prevé una circunstancia que excluye la penalidad, sin que su existencia implique que desaparezca la esencia del delito, pues únicamente afecta la pena. De conformidad con este artículo, el autor del delito de seducción estará

³¹ PEREZ. Luis Carlos. Derecho Penal Colombiano. Parte Especial. Vol.II. Editorial Temis. Bogotá. 1957. pág. 345. 102

exento de pena, si antes o después de la sentencia condenatoria, contrae matrimonio con la víctima, en cuyo caso cesará también el procesamiento respectivo en contra de todos los que cooperaron en la ejecución del delito.

Si el matrimonio no se puede efectuar, porque la víctima, sus padres o sus representantes se opusieron, no otorgando su consentimiento, y el autor comprueba debidamente, a juicio del tribunal, su buena conducta anterior, quedará igualmente exento de pena.



EL FINALISMO EN EL DERECHO PENAL

Aura E. Guerra de Villalaz

Centro de Investigación Jurídica
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Panamá

- A. ANTECEDENTES FILOSOFICOS
 - 1. Las ideas de Kant
 - 2. El pensamiento de Hegel
 - 3. La escuela fenomenológica
 - 4. Las Ideas de Scheller y Hartman
- B. ANTECEDENTES JURIDÍCOS
 - 1. Estudio del tipo (Zu Dohna)
 - 2. El elemento subjetivo (Weber)
- C. LA ACCION NATURAL
- D. LA ACCION FINAL
 - 1. Contenido
 - a) Fase interna
 - b) Fase externa
- E. EL TIPO PENAL
- F. LA ANTIJURIDICIDAD
- G. LA CULPABILIDAD
- CONCLUSIONES
- NOTAS BIBLIOGRAFICAS

Cuando en 1939 aparece la obra de Hans Welzel sobre la teoría de la acción finalista, un revuelo de opiniones a favor y en contra le siguen, motivando así una polémica jurídico penal a nivel del universo europeo ⁽¹⁾. La época en que aparece esta obra no es precisamente la más propicia para la difusión del pensamiento jurídico y por ello no viene a ser hasta la década del 50 cuando el penalista español José Arturo Rodríguez Muñoz (1953) publica su trabajo "La doctrina de la acción finalista" y luego en 1960 se hace la primera traducción al español de la obra de Welzel. Con treinta años de retraso se conoce la obra de Welzel y aún en nuestros días son pocas las universidades del sector latinoamericano que incluyen en sus programas el estudio del finalismo.

Ante la influencia decisiva que tuvo la escuela clásica en las legislaciones de comienzo de siglo y la meta fijada en el positivismo como una corriente renovadora en la que todos los países se han detenido para inspirar sus propias codificaciones, el finalismo se elude por comodidad. De allí que hoy intentamos adentrarnos un poco en el mismo, en un esfuerzo de aproximación hacia una explicación más de fondo, que debemos a nuestros alumnos.

A. ANTECEDENTES FILOSOFICOS

A estas alturas de avance del siglo XX, nadie osa negar el nexo que se da entre la Filosofía y el Derecho Penal, de la misma manera que cualquier corriente o sistema tiene en la filosofía "un problema central en que se insertan los otros y del que reciben luz e inteligibilidad". De acuerdo con Aristóteles, si los hombres tienen, por

¹ Esta microvisión obedeció a la carencia inicial de buenas traducciones de la obra de Welzel y a los efectos limitadores de la postguerra en el campo penal, al menos en Latinoamérica.

su propia naturaleza, la tendencia a saber, la filosofía o amor al saber es la esencia del hombre ⁽²⁾.

Los antecedentes filosóficos del finalismo parecieran encontrarse en el pensamiento de grandes filósofos como Kant, Hegel, Husserl, Scheler y Hartman, en quienes se advierten las raíces ideológicas de esta corriente.

1. Las ideas de Kant

La filosofía de Kant se conoce con el nombre de criticismo y surge, al decir de los historiadores de la filosofía, en el punto crucial entre el empirismo y racionalismo, naturalismo y espiritualismo, hechos históricos que de por sí lo determinan a estudiar la filosofía según los principios racionalistas y a los empiristas ingleses, para arribar a la revisión crítica del racionalismo dogmático y de esa revisión crítica surge el criticismo. Se puede afirmar que en sus obras "Crítica de la razón pura" y "Crítica del Juicio" se resume y expresa el pensamiento crítico del autor.

Para Kant, varios son los problemas que él se propone resolver, entre ellos, investigar si es posible tener una representación finalista del mundo físico sin renunciar, con todo, a la concepción mecanicista de la Naturaleza. Para este autor, la naturaleza al ser construída por el intelecto se halla determinada mecánicamente según un rígido orden causal: la naturaleza fenoménica es el orden de la necesidad; mientras que la razón práctica, cuya forma a priori es la ley, es el reino de la libertad ⁽³⁾.

En su obra "Crítica del Juicio", al referirse al carácter peculiar de las cosas como fines naturales y el concepto de causalidad final, sostiene que lo contingente representa el mero nexo efectivo de la naturaleza, mientras que para comprender que una cosa sólo es posible como fin, es decir, para tener que buscar la causalidad de su

² Sciacca. Michele Federico Historia de la Filosofía. Edit. Miracle, Barcelona, 1950, pág.113.

³ Kant, Emmanuel. Crítica del juicio. Edit. Losada. S.A., Buenos Aires, 1968. pág. 23

origen no en el mecanicismo de la naturaleza sino en una causa cuya facultad de obrar se determina por conceptos, se requiere: que su forma, es decir que aquellas que conocemos por el solo entendimiento aplicado a objetos de los sentidos y aún que su conocimiento empírico, por sus causas y efectos, presuponga conceptos de la razón". Esta idea la aclara más adelante cuando dice: "esa contingencia de su forma en todas las leyes naturales empíricas con respecto a la razón, es ya un fundamento para admitir la finalidad de esa cosa, como si, precisamente por eso, sólo fuera posible mediante la razón; pero sería entonces la capacidad de obrar según sus fines (voluntad) y el objeto, representado como posible, únicamente a base de ésta, sólo como fin se representaría como posible"⁴). Esta posición no puede ser extraña al autor, si tenemos en cuenta que fue formado en las corrientes a racionalistas y aún con toda y su crítica a la razón pura, la admite como elemento que da forma y sustenta el fin de las cosas.

En Derecho Penal, la explicación de la acción del hombre integrada por la manifestación de voluntad por una parte y el resultado o mutación del mundo exterior que es de relevancia jurídico penal por otra, se ha visto por mucho tiempo estructurada por otro elemento de carácter psicológico y que ha motivado las teorías más contradictorias que la imaginación sea capaz de crear el nexo causal como elemento vinculante entre la conducta (manifestación de voluntad) y el resultado (hecho), éste recibe su soporte conceptual en las teorías causalistas.

Para dejar claro su concepto de causalidad final, Kant sostiene que "un concepto que únicamente la razón puede dar y comparar con el objeto, podría considerarse absolutamente como fin, pero no como fin natural. Para que algo que se reconoce como producto natural pueda juzgarse también como fin requiere que sea causa y efecto de si misma, porque en este caso tenemos una causalidad que no puede enlazarse con el mero concepto de una naturaleza sin atribuirle un

⁴ Kant, Ob. cit., pág. 214

fin"⁽⁵⁾). Este estudio de los fines de la cosa ya naturales o como causalidad final no necesariamente conllevan la explicación kantiana de la intencionalidad, propósito o fin que mueve la acción humana sino en cuanto a la valoración de la cosa como fin y por ello afirma que "para una cosa como fin natural se exige en primer lugar, que las partes sólo sean posibles por su referencia al todo, puesto que la cosa misma es un fin y, por consiguiente, está comprendida bajo un concepto o idea que debe determinar a priori cuanto haya de contenerse en ella"⁽⁶⁾. Kant ve en el hombre el fin último de la naturaleza y así en su Crítica al Juicio sostiene que "si el hombre tiene que encontrarse aquello que a título de fin hay que fomentar mediante su vinculación con la naturaleza, este fin tiene que ser bien de tal índole que pueda ser satisfecho por la naturaleza y su acción benéfica, o bien que sea la aptitud o habilidad para toda clase de fines para los cuales pueda ser utilizada por él la naturaleza, ya sea exterior o interiormente"⁽⁷⁾.

En las ideas de Kant se distingue la razón pura de la razón humana, a efecto de que esta última intervenga en la normación de la realidad, cuando las cosas de esa realidad coinciden con las del conocimiento. A su vez, la explicación del origen del Derecho, aparece en su concepto de las categorías en que es ordenada la realidad, que sintetizan formas de la razón pura y el Derecho como tal presenta entonces como un imperativo categórico y por tanto, como un principio de la razón pura.

2. El pensamiento de Hegel

Si bien es cierto que Kant reivindica la validez objetiva del saber científico, conserva la concepción mecánica de la naturaleza física, aún cuando admite en su "Crítica al Juicio" una representación finalista de ese mundo físico; su valor en la época que le corresponde

⁵ Idem, pág. 219

⁶ Idem. pág.

⁷ Kant, Ob. cit., pág. 274,

vivir, ha dejado huellas en el pensamiento filosófico. Para los efectos de la búsqueda de los antecedentes cercanos del fmalismo, Kant representa el punto de partida hacia el idealismo trascendental y así cabe hacer el siguiente parangón: "mientras en Kant el sujeto es constructor del mundo de 'la experiencia, en el idealismo trascendental en cambio, el yo es creador de la realidad; mientras para Kant, la actividad del sujeto halla sus límites en el contenido sensible que el sujeto recibe pasivamente, en el mundo trascendental el yo no sólo es creador de la forma, sino también del contenido de la experiencia"(⁸).

Entre los representantes del idealismo trascendental se destaca la figura de Hegel (1770-1817) a quien se le considera el gran sistematizador del idealismo poskantiano, es el filósofo de la razón absoluta, pero concreta, histórica, que se identifica con la Historia, establece una síntesis omnicomprensiva cuya expresión más elevada es el pensamiento lógico, al tomar en cuenta el sentimiento, la religión, el arte, etc., mediante un proceso dialéctico.

Dentro de la riqueza de contenido en que se expresa el pensamiento Hegeliano, cobra singular importancia para los fines de este trabajo, su concepción del espíritu subjetivo que se manifiesta en un sujeto a través de la antropología, la fenomenología y la psicología, que lo convierten en persona mediante una síntesis de inteligencia, voluntad y el espíritu objetivo; así, el espíritu libre de las formas de subjetividad empírica, vive la vida de la humanidad a través de las formas de moralidad, legalidad y eticidad (⁹).

La fase abstracta del derecho se funda sobre el derecho de persona considerada como un ente racional y libre. Concibe al Derecho regulando la conducta exterior de las personas y a la moralidad penetrando la existencia interna del individuo y de esa síntesis, surge la unidad de intención y de acción, a lo que Hegel denomina el universal ético o eticidad, como identidad concreta del

⁸ Sciacca. Ob. cit., pág. 457.

⁹ Idem, págs. 458 y ss.

Derecho y de la Moral. Para Hegel, el Derecho representa la realización perfecta de la idea ética y no hay forma superior de eticidad. Sciacca sostiene que la Filosofía del Derecho de Hegel, se resume en una estatolatría, esto es, una exaltación de la soberanía del Estado en que se resume toda la vida ética, jurídica y religiosa de un pueblo; así, no puede existir otro Derecho que el que se realiza en el Estado.

Para explicar el delito, Hegel se expresa sí: "es la primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el Delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado, por el cual se niega no sólo lo particular la asunción de una cosa bajo mi voluntad, sino a la vez, lo universal, lo infinito en el predicado de mío, la capacidad jurídica; es decir, sin la intervención de mi opinión y justamente contra ella; todo esto constituye la esfera del Derecho Penal"⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la explicación de la culpabilidad, Hegel considera que el sujeto al exteriorizar lo finito de su voluntad subjetiva determina un objeto en su obrar, tal acto como cambio o mutación es culpable en la medida en que la intención está presente en ese resultado. Esa referencia al propósito y la culpa en el pensamiento hegeliano se explica así: "la voluntad en ejercicio por su propia virtud, incluye en su fin, enderezado al existir actual, la representación de las circunstancias del mismo" y seguidamente explica "ya que la voluntad, a causa de su previa suposición es finita, la apariencia objetiva es accidental para ella y puede contener en sí algo distinto de lo que está en su representación. Pero el derecho de la voluntad es sólo reconocer su propio acto como acción propia y sólo ser culpable de lo que ella conoce que sus presuposiciones hay en su fin; de aquello que de ellas estaba implícito en su propósito. El acto puede

¹⁰ Córdoba Roda. Juan. Una nueva concepción del delito. Ed. Ariel. Barcelona, pág. 39.

ser imputado sólo como culpa de la voluntad, como el derecho del saber"¹¹).

Como se puede apreciar, la concepción de Hegel sobre la acción, el propósito, la intención y la culpa, nos conducen a señalar que dado lo finito de la voluntad y lo accidental de las circunstancias o consecuencias del actuar humano, cabe tomar en cuenta el fin o propósito de la acción e imputar exclusivamente al sujeto las consecuencias que están dentro de su propósito.

3. La escuela fenomenológica

Dentro de la filosofía actual que se caracteriza desde sus comienzos por un culto al positivismo, seguido de idealismo antipositivista que no tiene otro efecto que el de depurar el positivismo, aparecen destacados discípulos de Francisco Brentano, entre ellos, Edmundo Husserl, quien es el fundador de la escuela fenomenológica. Dicha escuela considera como fundamento de la filosofía a la fenomenología. Su cometido es alcanzar la intuición de las formas o ideas, a través de la aprehensión abstracta de la esencia en los fenómenos. Así, la fenomenología que es ciencia eidética se preocupa de las verdades necesarias, llegando a la intuición de la pura esencia a través del método de la "reducción fenomenológica" método que consiste en excluir todo lo que el contenido de la conciencia se refiere al sujeto psicológico o a la existencia objetiva. Con esa reducción se llega a la intención de la ciencia pura.

Sciacca sostiene que "la reducción fenomenológica, conduce, si se ejercita, a la exclusión de toda costumbre, de todo dato de hecho, de todo cuanto de fijo y cristalizado se nos impone y nos impide conseguir la certeza inmediata, el fundamento inamovible de toda ciencia. Así, la conciencia adquiere el conocimiento de que además del sentido psicológico, dialéctico o científico del ser, hay también un sentido ontológico de la realidad. La purificación operada por la

¹¹ Córdoba Roda. Pág. 41

reducción fenomenológica revela el mundo como una estructura de sentidos ontológicos, de esencias intuídas"⁽¹²⁾.

La obra de Edmund Husserl no sólo es trascendente en cuanto sienta las bases de la escuela fenomenológica, sino también por sus aportaciones a la teoría del juicio, entre lo que para los fines de este trabajo, nos interesa destacar que "la representación como género cualitativamente unitario de los actos nominales y proposicionales, explica porque la voluntad que quiere realizar una situación objetiva es distinta de la voluntad que quiere realizar un juicio o una posición nominal de una situación"⁽¹³⁾.

4. Las ideas de Scheler y Hartman

Dentro del pensamiento filosófico contemporáneo es preciso mencionar la filosofía de los valores de Scheler, quien en una desviación de la fenomenología plantea el "objetivismo ético" y que explica la existencia de los valores a través de los bienes, entre el valor y el bien se da el deber como término medio, lo que hace que el valor sea actuado en la realidad. La intuición emocional en el concepto de Scheler, es lo que permite captar el mundo real y objetivo de los valores y le permitió crear su escala jerárquica de valores. La intuición emocional es la intuición de valores que son por esto fenómenos emocionales que se resuelven intencionalmente en la esfera objetiva (y no teórica) del amor o del odio, de la atracción o de la repugnancia. La persona humana es portadora de valores que se revelan a través de la historia ⁽¹⁴⁾.

En su obra "El puesto del hombre en el Cosmos", Scheler al referirse al conocimiento ideatorio de las esencias como acto fundamental del espíritu nos dice que el acto de la ideación es un acto específicamente espiritual distinto de toda inteligencia técnica.

¹² Sciaca. Ob. cit., pág. 617.

¹³ Huussert, Edmundo. Investigaciones Lógicas. Trad, de Manuel Morente y José Gaos 2ª, ed. Madrid, 1967, Tomo I pág. 128

¹⁴ Sciacca. Ob. cit., pág. 618.

"Ideación es la acción de comprender las formas esenciales de la estructura del universo, sobre cada ejemplo de la correspondiente región de esencias, prescindiendo del número de observaciones que hagamos y de las inferencias inductivas. El saber que logramos de este modo es válido, con generalidad infinita para todas las cosas posibles que sean de esa esencia, prescindiendo totalmente de nuestros órganos sensoriales contingentes y de la índole y grado de su excitabilidad. Los conocimientos que obtenemos de esta suerte poseen una validez que rebasa los límites de nuestra experiencia sensible"⁽¹⁵⁾.

Hartman como discípulo de Husserl pertenece a la escuela fenomenológica, no obstante plantea una interpretación personal de la fenomenología y del método fenomenológico, que como antecedente del finalismo, cobran singular importancia, fundamentalmente cuando Hans Welzel al negar la influencia de Kant y Husserl en su doctrina de la acción finalista, acepta gustoso la preponderancia del pensamiento Hartmanniano en la elaboración de su teoría.

Nicolai Hartman, conocido por sus obras, tales como "Metafísica del Conocimiento" publicado en 1921 y "Filosofía sistemática para la fundación de la Ontología", en 1935, sostiene que la investigación no debe partir de presupuestos, ni confundir el plano cognoscitivo con el ontológico y debe reconocer la aporeticidad (problematicidad) de lo real, limitándose a describirla de manera tal que la realidad no pierda ninguno de sus aspectos. La idea expuesta por Hartman en el sentido de que el conocimiento no es creación, producción o alumbramiento de un objeto, sino aprehensión de algo que existe aún antes de todo conocimiento e independientemente del mismo"⁽¹⁶⁾, aparece en la obra de Welzel, al igual que la explicación que aquel da sobre la intencionalidad cuando fundamenta la amplitud

¹⁵ Scheler, Max. El puesto del hombre en el cosmos. Trad. de José Gaos. 9a. ad. Edit. Losada, Buenos Aires, 1971, pág. 68.

¹⁶ Córdoba Roda, Juan. Una nueva concepción del delito. Ediciones Ariel. Barcelona, 1963, pág. 40.

del ámbito que rige el nexa final y dice que "todo género de intención práctica es final". El modo como los medios realizan el fin es causal. El nexa final supone el nexa causal.

La modalidad inferior de determinación está incluida en la superior y más compleja; ello en conformidad al principio general de estratificación de categorías, según el cual la categoría inferior constituye el supuesto y el momento categorial de la superior. La determinación final lucha por el dominio del suceder causal. El dominio, caso de ser conseguido, constituye la dirección del proceso general en dirección al fin propuesto" (17).

De conformidad al análisis hecho por Córdoba Roda, son las ideas citadas de Hartman, las que conducen a Welzel a sustituir el concepto de intencionalidad por el de finalidad y es en esa forma como surge la denominación de su nueva doctrina: finalista.

B. ANTECEDENTES JURÍDICOS

El estudio sistematizado del Derecho Penal que se inicia con el causalismo psicologista, obliga a mencionar la gran aportación de Ernst Von Beling al incorporar el tipo como una mejor explicación del fenómeno delictivo a nivel normativo, además de constituir una garantía de protección al individuo. Este autor al explicar la doctrina del delito-tipo sostiene "que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además deben todos ser colocados en una firme escala de valores, quedando en manos del legislador la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena"(18).

Sin embargo, corresponde a Helmuth Von Weber el haber advertido la presencia de dos clases de tipo: uno que concibe las conductas como la producción de un resultado basado en el cambio

¹⁷ Córdoba Roda. Ob. cit., pág. 41

¹⁸ Beling, Ernst. Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito -tipo. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1944, págs. 37-38

que produce la acción en el mundo exterior, objetivamente considerado y, otro, que determina las conductas en base a la voluntad o el querer del sujeto, o sea, un elemento subjetivo que exige indagar el propósito que dirige la conducta al resultado. En el tipo subjetivo se atiende al comportamiento exterior, pero la conducta que se incrimina sólo es asida cuando se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo, es el contenido de esa voluntad la que configura el comportamiento exterior como típico"¹⁹).

Además de la distinción de los tipos objetivo y subjetivo, claramente explicado por Von Weber, se encuentra entre sus ideas, la que deslinda el ámbito de la antijuridicidad del de la culpabilidad, atribuyéndole a la primera la característica del deber y a la segunda, la del poder; en otras palabras, Von Weber sostiene que el objeto del reproche que integra la culpabilidad surge de la antijuridicidad, o sea, que se reprocha a quien actúa antijurídicamente. Es culpable quien podía (culpabilidad) actuar conforme a Derecho y debía hacerlo (antijuridicidad) pero optó por actuar antijurídicamente. Es más, para este autor el actuar doloso se sitúa en la antijuridicidad y no en la culpabilidad, de esta manera el dolo que hasta ese momento se consideró -tanto por el causalismo como por el normativismo psicologista formando parte de la culpabilidad-, se le despeja de esos atributos y se le ubica en la antijuridicidad.

La contribución de este autor a la doctrina de Welzel se sintetiza en la clara separación de la culpabilidad y la antijuridicidad, a base de los conceptos de deber y poder, además de haber sacado el dolo de la culpabilidad. Esta traslación marca un hito importante, ya que las variantes del psicologismo hacían de la culpabilidad un elemento heterogéneo donde el objeto de reproche y lo valorado cada vez se confundían más. Un ejemplo de esto lo encontramos en la configuración de la culpabilidad para autores como Mezger, quien considera que la culpabilidad está constituida por la imputabilidad, el dolo, la culpa y ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad;

¹⁹ Córdoba Roda. Ob. cit., pág. 43.

otros autores en la misma línea, agregan el concepto de exigibilidad, conocimiento de los hechos y su significación, etc.

Al igual que Weber, Zu Dohna es reconocido como uno de los autores del sistema metodológico en que se apoya la doctrina de la acción finalista que divulgara Welzel, ya que en su obra señala como esencial para la acción la realización de una voluntad. Distingue también entre tipo objetivo y subjetivo para fortalecer las bases de la concepción normativa de la culpabilidad. Este autor contribuye a que se descarte el criterio causalista que estudia el dolo como manifestación de la culpabilidad al señalar que "el conocimiento del dolo se agota en la representación de las características del tipo objetivo" ⁽²⁰⁾. Esta idea no hace otra cosa que ratificar la opinión de Weber cuando incluye el dolo dentro de la acción típica y a su vez encuentra respaldo en las de Wolf cuando sostiene que "el dolo y la culpa, como formas psíquicas del acto de resolución son relevantes para el concepto de acción, no para el de culpabilidad" ⁽²¹⁾.

C. LA ACCION NATURAL

Como antítesis del concepto de acción finalista, aparece el de acción causal, construída sobre una relación de causalidad que se genera por un acto de voluntad consciente. Concebida así la acción, Liszt la explicaba en su aparición natural diciendo que era "una modificación material del mundo exterior, perceptible por los sentidos" ⁽²²⁾.

Welzel en su "Nuevo sistema del Derecho Penal" explica que la acción causal se puede definir como el proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior ⁽²³⁾.

²⁰ Idem, pág. 45

²¹ Idem.

²² Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Trad por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, 1927, pág. 285

²³ Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Trad. de José Cerezo Mir. Edic. Ariel, Barcelona, 1964, pág. 26

Lo anterior significa que la acción en su forma natural, pura, no viene siendo otra cosa que la modificación material del mundo circundante, perceptible por los sentidos. En cuanto a los delitos formales, conocidos como delitos de pura conducta, se podían explicar como mutaciones anímicas, vibraciones de aire o excitaciones nerviosas ⁽²⁴⁾.

El concepto natural de acción a que nos referimos, tal como lo reconocen muchos autores "conduce necesariamente a un derecho penal por el resultado". De esta manera, se explica, como el resultado cobra una importancia singular en el concepto del delito, tanto para apreciar el valor como el desvalor de la conducta. La acción al convertirse en un simple proceso causal ignora el papel que juega la voluntad en la creación y dirección de la acción, produciéndose de esta manera un desconocimiento del poder constitutivo de la voluntad humana, voluntad que hace de cada acción una obra con un itinerario criminoso que se anticipa al resultado, selecciona los medios y realiza los esfuerzos indispensables para dirigir el suceder causal ⁽²⁵⁾.

La acción natural es conocida como acción causal, debido que la misma no es más que un proceso causal externo. Por otra parte, la comente causalista defendida por Liszt y Radbruch, entre otros, explicaba que debido a la amplitud del concepto de acción, solamente se exigía la relación de causalidad entre la "voluntad y el hecho y por ello era fácil concluir entonces afirmando que la acción es todo movimiento corporal causado por un acto voluntario" ⁽²⁶⁾.

La acción concebida por los causalistas, según opinión de Mezger, tiene relevancia para determinar cuál es el afecto o mutación que produce el querer y ello explica entonces por qué el resultado es parte de la acción, de una acción ciega -agregamos nosotros- casi automática, natural en la que no interesa indagar si el efecto producido

²⁴ Welzel. Ob. cit., pág. 31

²⁵ Idem, pág. 33.

²⁶ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11a. ed. Edit. Jur. de Chile, 1970, pág. 61.

se encontraba en la conciencia y voluntad de su autor, ya que todo cuanto interesa es determinar que la acción ha sido producto del acto voluntario.

Rodríguez Muñoz sumando una crítica más al comentado concepto de la acción natural sostiene que "si la acción natural se construye sobre la base de dos elementos de corporeidad y voluntariedad, para nadie podrá ofrecer duda que el primero de ellos representa un obstáculo insuperable frente a la omisión" (²⁷).

D. LA ACCION FINAL

Al explicar la estructura fundamental de la acción, Welzel sostiene que "la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". Actividad final -explica el autor- es una actividad dirigida conscientemente en función del fin. La finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal" (²⁸).

Esa dirección final, según Welzel, se realiza a través de dos fases, a saber, una que se produce en la esfera del pensamiento y que conlleva la anticipación del fin, la selección de los medios necesarios para su realización y la consideración de los efectos concomitantes. La otra fase, de la dirección final tiene lugar en el mundo real y se integra con la acción que pone en movimiento los medios, conocimiento del proceso causal y el dominio final en la realidad.

Como una contribución a la crítica de la teoría final de la acción, el penalista alemán Claus Roxin sostiene que "la teoría finalista al colocar al hombre que actúa en el centro de la teoría del tipo y del

²⁷ Rodríguez Muñoz, José Arturo. La doctrina de la acción finalista. 2a. edic. Univ. de Valencia, España. 1978, pág 35.

²⁸ Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal, pág 25

injusto, se acomoda a las realidades jurídico- penales, dado que, en efecto, los meros procesos causales en los que se hace abstracción de la persona del autor y de su específico modo de conducta son productos analíticos artificiales, que no se dan en la vida y que por ello, sólo poseen un valor cognoscitivo muy limitado para la imputación jurídico-penal"⁽²⁹⁾. De allí que éste sea el motivo por el cual la estructura final de la conducta humana tiene que ser tomada en cuenta por las normas que componen el Derecho Penal. Esas normas jurídicas -ya lo ha manifestado así Welzel- "no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a las acciones, que pueden con figurar finalmente el futuro.

Así, las normas sólo pueden prohibir o mandar (mandatos y prohibiciones) una conducta final.

Fernández Carrasquilla, otro de los autores que se ha ocupado de estudiar el finalismo, al explicar la acción en el nuevo esquema del delito, sostiene lo siguiente: "la acción se entiende como una manifestación de voluntad dirigida a un determinado objetivo, resultado o meta. Para su existencia no importa el contenido de esa voluntad sino solo que el comportamiento aparezca como una manifestación dirigida (teleológica, finalista) de la voluntad, pues, de la acción hacen parte, según se fenomenice positiva o negativamente, el movimiento (hacer) o no movimiento (no hacer) la inspiración de éstos en la voluntad como su causa eficiente"⁽³⁰⁾.

Ya vimos que en la doctrina de la acción finalista de Welzel, se considera que la dirección final de la acción se realiza a través de dos fases: una en la esfera del pensamiento y la otra, en el mundo real. Si ello es así, como contenidos de la acción se acepta: la manifestación volitiva, la voluntad y el resultado.

²⁹ Roxin, Claus "Contribución a la teoría final de la acción". Problemas básicos del Derecho Penal, Edit Reus, Madrid, 1976. pág. 115.

³⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. "El nuevo esquema del delito. Más allá del finalismo". en Revista, Estudios de Derecho. 2a. época, marzo-sept-. 1976, Vol XXXV, Nos. 59-90, pág. 103.

Sobre los contenidos de la acción, entre los finalistas se presenta una variante, mientras Welzel en su primera obra explicativa de la doctrina de la acción finalista, denominada "El Nuevo sistema del Derecho Penal" acepta la manifestación volitiva, la voluntad y el resultado, Maurach sostiene que los contenidos de la acción se limitan a la manifestación volitiva y la voluntad y el resultado se traslada al tipo, haciendo de la acción un presupuesto del delito.

Córdoba Roda al comentar estas divergencias, sostiene que la inclusión de un elemento en la acción o en el tipo cobra importancia singular para el finalismo debido a que en la acción el legislador carece de libertad porque está sometido a -estructuras ontológicas, mientras que en la creación, descripción y configuración del tipo tiene autonomía, es soberano. Esto explica, por qué la acción es examinada antes de la tipicidad y subsiste aún cuando desaparezca el resultado, tal como sucede en el caso de la tentativa, que es el ejemplo más claro con que cuentan los finalistas para combatir la teoría causalista, ya que en la tentativa si bien se inician los actos idóneos destinados a la comisión de un delito previsto en una norma, no se completa el resultado, se interrumpe su ejecución por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, pero ello no impide que tal conducta se incrimine y sancione en cuanto se responde por la comisión del delito en grado de tentativa.

Rodríguez Muñoz explica lo anterior así: "en la tentativa, el sujeto trata de dar realidad objetiva a su propósito que en su configuración interna es perfecto, acabado; por una u otra razón no lo consigue, no llega a la meta propuesta; en la tentativa hay un defecto en el área objetiva"⁽³¹⁾. En adición a lo anterior y para subrayar el punto de vista que confirma la postura finalista, el mismo autor dice "en la tentativa y precisamente en virtud del expreso precepto legal, el dolo es una parte integrante de la acción injusta típica" -citando a Bockelmann sostiene- que sólo es tentativa aquella conducta impulsada por una voluntad dirigida a la comisión dolosa del delito

³¹ Rodríguez Muñoz Ob. cit., pág. 141.

consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de manera indudable"⁽³²⁾.

Dolo y culpa

Forman parte de la acción el dolo y la culpa. Esta clasificación es valedera dentro de la concepción final de la acción.

Welzel al explicar su doctrina de la acción final sostiene que dolo "es conocimiento y querer la concreción del tipo"⁽³³⁾.

En toda acción autónoma y consciente del sujeto está presente un proceso intelectual sobre lo que quiere, denominado también momento intelectual y por la resolución de llevar a cabo lo que quiere, o sea, por el momento volitivo.

El dolo, según Rodríguez Muñoz, "exige en su configuración en el caso concreto: a) el conocimiento de las circunstancias del acto ya existentes al realizarlo, b) la previsión del resultado y c) la previsión del curso de la acción"⁽³⁴⁾.

Zaffaroni, por su parte, considera que la acción entendida en su sentido óntico-ontológico sirve de base a todas las formas que los tipos adoptan, es decir, la conducta aparece como carácter genérico común a todas las formas típicas dolosas y culposas ⁽³⁵⁾.

La maestra Olga Islas, quien ha hecho estudios serios sobre el dolo en el Derecho Penal considera que a nivel normativo, el dolo está situado en la conducta descrita en el tipo legal; pero a nivel de concretización lo sitúan en la conducta típica, integrante del delito. Establecen pues, una diferencia entre lo normativo y lo fáctico, entre el tipo como elemento de la norma y el delito como aspecto de hecho

³² Idem, pág. 142

³³ Welzel. Derecho Penal Alemán, pág. 95.

³⁴ Rodríguez Muñoz, Ob. cit., pág. 41.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1977, págs- 271 y ss.

que se adecúa al tipo y al cual se asocia, el reproche que constituye la culpabilidad⁽³⁶⁾.

Por su parte Roxin, quien es un crítico contemporáneo del finalismo, advierte que si el finalismo "identifica finalidad y dolo y considera a ambos como problemas de la teoría de la acción y del tipo, es lógico suponer que esos argumentos ya no tendrán un lugar propio en la estructura de la culpabilidad" (37). Empero, Welzel al contestar algunas de las críticas que se hicieron a su doctrina de la acción finalista sostiene que "por el hecho de que el finalismo anticipe en el tipo la diferencia entre dolo y falta de dolo y la considere relevante ya para el injusto, no es cierto que la nivele para el momento de la culpabilidad, ¡sino que profundiza esa diferencia también para ese momento!. Porque la diferencia delictiva establecida en un grado más profundo del concepto del delito ¡vuelve a aparecer en el grado superior, sólo con carácter más fundamental aún! (38).

Sobre los conceptos anteriores, cabe recordar que al pasar el dolo y la culpa a la acción, no significa que la culpabilidad los excluya en su juicio valorativo de reproche, por el contrario, se convierten en objetos de valoración. En otras palabras, la acción dolosa o culposa adquiere en la culpabilidad una connotación especial, a la que se asocia el reproche.

E. EL TIPO PENAL

Zaffaroni define el tipo penal como "un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por función la individualización de conductas

³⁶ Islas Magallanes, Olga. "El dolo en el Derecho Penal Revista Mexicana de Derecho Penal. 4a. época, No. 7, Sept.-Dic., 1972, pág. 63

³⁷ Roxin, Claus. Ob. cit., pág. 115.

³⁸ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. cit., págs. 96 y ss.

humanas penalmente relevantes (por estar plenamente prohibidas)"⁽³⁹⁾.

La claridad de la definición dada, pone de manifiesto que el tipo pertenece a la ley, ya sea Derecho Penal fundamental o complementario (Libro II del C. Penal y leyes especiales): es parte de la norma penal que describe o individualiza las conductas desvaloradas. Además, el tipo representa en su contenido la garantía de concreción del principio de reserva y por ello lógicamente necesario para conocer la delictuosidad de una conducta. Ernst Von Beling, creador de la teoría del tipo, apuntaba desde hace siete décadas la importancia que tenía el tipo en la teoría del delito. Si los tipos tienen coetánea a la función de garantía, una función de individualización de las conductas y de delimitación de las figuras delictivas en particular, de esas funciones resulta su necesidad lógica.

Obsérvese que en la definición que venimos comentando, también se destaca el predominio descriptivo del tipo. Si bien es cierto que esta no es una regla absoluta, puede afirmarse que en efecto, son los elementos descriptivos los que cobran mayor importancia en cuanto son los que permiten individualizar las conductas, son estos elementos los que nos ayudan a identificar las constantes y variables que hacen de cada figura delictiva una unidad totalmente diferenciada de las demás, ya sea como figura básica o como un delito calificado.

Hans Welzel, por su parte, define el tipo como "la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal" ⁽⁴⁰⁾.

Recuérdese también que al momento de exponer los antecedentes jurídicos del finalismo, nos ocupamos de las aportaciones hechas por Beling, Zu Dohna y Von Weber, quienes explicaban la aparición del tipo complejo (objetivo-subjetivo) que resolvía los problemas del dolo en la tentativa, al pasar el dolo y la

³⁹ Zaffaroni, Ob. Cit. Págs. 305- 306

⁴⁰ Welzel. Ob. cit., pág. 75.

culpa a la acción. Es por ello, que la afirmación de Maurach y Welzel es correcta cuando sostienen que el tipo prohíbe una conducta y no una causación.

F. LA ANTIJURIDICIDAD

Literalmente, antijuridicidad es contradicción entre una conducta y el ordenamiento jurídico, por ello, los autores consideran que este concepto no es propio del Derecho penal, sino que surge de todo el orden jurídico. Tal enfoque amplio de la antijuridicidad encuentra su confirmación en los casos de negación de la antijuridicidad, o sea, en la existencia de los preceptos permisivos que conforman las causas de justificación y que pueden darse dentro de cualquier rama del derecho ⁽⁴¹⁾.

Lo que cabe destacar con respecto a la antijuridicidad es su carácter valorativo, su condición esencial de relación. De allí que se afirme, con toda propiedad, que no hay tipos antijurídicos sino realizaciones antijurídicas del tipo. Es la realización del tipo la que es antijurídica y lo es, porque toda realización del tipo contraría el ordenamiento jurídico, es antijurídica.

G. CULPABILIDAD

Como es de esperarse, la doctrina de la acción finalista tiene gran repercusión en toda la estructura del delito y sus elementos esenciales, pero fundamentalmente esa influencia se pone de manifiesto en la acción y la culpabilidad. Desaparece así el esquema tradicional que pusiera en boga el causalismo tanto en su corriente psicologista, como en la normativista. El dolo y la culpa que han sido trasladados a la acción desaparecen como las formas regulares en que se exterioriza la culpabilidad, para convertirse junto a otros elementos normativos y subjetivos en objeto de valoración.

La culpabilidad no es más que la reprochabilidad del hecho antijurídico, individual, es el juicio de reproche que se endilga al

⁴¹ Ver Zaffaroni Ob. cit., Pág" 409.

sujeto que, con capacidad de autodeterminación libre y de imputabilidad, con conocimiento de la realización del tipo y de la antijuridicidad lleva a cabo una acción típica.

Welzel al explicar la teoría de la culpabilidad nos señala que "objeto de juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica, ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en que dicha conciencia podría convertirse en un contramotivo determinante de sentido"⁽⁴²⁾.

Los finalistas se adhieren al concepto de culpabilidad de acto en contraposición al concepto de culpabilidad de autor; lo cual se sustenta en la concepción clara de un derecho penal de acto porque el derecho es un orden regulador de conducta humana y al hombre se le sanciona cuando violenta su ámbito de autodeterminación, garantizado por la Constitución y la ley.

El finalismo sigue una teoría estricta de la culpabilidad que ubica al dolo en la tipicidad y a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en la culpabilidad.

Zaffaroni aclara que esa comprensión debe entenderse como un nivel más J avanzado del conocimiento como una internalización. Esa comprensión varía de una persona a otra y por ello, en la medida en que el sujeto deba hacer un mayor esfuerzo de comprensión, de internalización de la norma, tanto menor será la reprochabilidad de la conducta y viceversa"⁽⁴³⁾.

Fernández Carrasquilla enfatiza el hecho de que el finalismo estudia en la culpabilidad la imputabilidad y la conciencia de antijuridicidad del hecho y es por ello que esa conciencia sólo concierne al hombre que en razón de su madurez psicológica y el uso cabal de sus facultades psíquicas, posee la capacidad de entender y de querer o de comprender lo injusto de sus acciones (⁴⁴).

42

43

44

Esa comprensión también se manifiesta en los actos imprudentes y por ello, quien no acata las reglas elementales de la convivencia humana, justifica un re- proche, que es superior cuando el "rechazo de los valores fundamentales del actuar jurídico lo realiza quien ha aprehendido en toda su extensión los presupuestos reales y jurídicos decisivos para la prohibición, esto es constituyen un desprecio consciente de las normas de convivencia, algo más que una falta de cuidado"(45).

CONCLUSIONES

1. El finalismo ha contribuido a resolver muchos problemas que se daban en el estudio de la teoría del delito, ha hecho comprensible al jurista cada uno de los elementos esenciales. Le ha dado logicidad a la coerción penal y a la reprochabilidad de la tentativa.

2. En el campo del Derecho Penitenciario, ha ampliado el radio de acción rehabilitadora de los programas de readaptación social, tanto en las acciones dolosas como culposas.

3. El tipo ha cobrado la importancia requerida como institución de garantía y como delimitador de las figuras delictivas en particular.

4. El finalismo eleva al hombre como ser pensante, con capacidad de autodeterminarse, autor de una conducta final y no causal.

5. En muchas Universidades no se ha logrado superar la enseñanza del Derecho Penal desde el punto de vista psicologista, al finalismo se le ha mirado con aprehensión, más por comodidad y pereza intelectual que por oposición a sus bases teóricas.

6. No obstante, hoy, a cinco décadas de su aparición, una nueva corriente, nacida en Alemania, comienza a combatir el finalismo; se le señalan errores e "ineficacia jurídico penal, pero su aportación, aún no ha podido ser eclipsada y nos inclinamos por una mayor profundización de todo su contenido conceptual. Con ese propósito hemos diseñado este pequeño trabajo.

EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL CODIGO PENAL PANAMEÑO

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE
Profesor de la Universidad de Panamá

I. CONCEPTO LEGAL DE HOMICIDIO

Según el artículo 311 del Código Penal "el que con intención de matar cause la muerte de otro, incurrirá en la pena de reclusión por cinco a quince años". Esta norma es la descripción que menos requisitos contiene para la tipificación del homicidio en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Posteriormente encontramos otras, en donde por razón de circunstancias que modifican la responsabilidad, se agrava o atenúa la pena citada. Se trata, claro está, de tipos calificados o privilegiados.

En la descripción del homicidio, el Código rompe con su propio sistema desde el momento que incluye en el artículo 311 la expresión "con intención de matar".

Por regla general, el Código sólo describe conductas dolosas. Excepcionalmente, cuando el legislador quiere incriminar la forma culposa, la regula con una formulación muy especial, pues de lo contrario estas no se podrían penar, a pesar de lo muy reprochable que sean.

La inclusión de la expresión "con intención de matar" resulta redundante, pues el Código siempre que describe las conductas dolosas se abstiene de cualquier referencia al aspecto subjetivo del agente ⁽¹⁾.

Otros códigos utilizan la expresión "injusta" para resaltar la ilegitimidad del homicidio cometido. Aquí tendríamos que resaltar, sin embargo, que dicha expresión es poco feliz, pues los códigos al describir conductas no acostumbran hacer referencia a la antijuridicidad de las mismas, porque, en principio, en toda conducta típica se presume la antijuridicidad, desvirtuada dicha presunción únicamente por la concurrencia de causas de justificación.

Dentro de esta corriente CARRARA define el homicidio como la "muerte de un hombre cometida injustamente por otro cual hombre"⁽²⁾.

Modernamente la doctrina critica estas definiciones que hacen referencia a la *antijuridicidad* y *culpabilidad* de la conducta, a las que BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF caracterizan como integradas por "menciones puramente pleonásticas" ⁽³⁾.

¹ Los antecedentes de la figura los encontramos en el Proyecto elaborado para Colombia por José VICENTE CONCHA (1912) y que fue adoptado "casi textualmente" por el legislador patrio en 1922.

El artículo 305 de dicho proyecto estaba configurado de la siguiente forma: "El que con intención de matar cause la muerte de otro, incurrirá en la pena de reclusión por doce a catorce años".

En el Código penal italiano de 1890, que fue el modelo utilizado por CONCHA, el delito que nos ocupa estaba consagrado en el artículo 364 dentro del Título IX, (De los delitos contra la persona), Capítulo I (Del Homicidio), en los siguientes términos "El que voluntariamente ocasione la muerte a alguna persona incurrirá en la pena de reclusión de dieciocho a veintiún años".

Nuestro Código vigente, al igual que CONCHA, reguló el ilícito en referencia dentro del Título XII (De los delitos contra la persona), Capítulo I (Del Homicidio).

² CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Editorial Temis. Bogotá, 1087. Vol. 1. parágrafo.

Aun cuando concordamos con los citados autores, tenemos que resaltar que la expresión "muerte de un hombre por otro" no es, en esencia diferente a las fórmulas antes señaladas, "pero señala que el tipo o figura del homicidio consiste sólo en la muerte de un hombre por otro con prescindencia de la justicia o injusticia del hecho" (⁴).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

En el homicidio, por ser éste un delito contra la vida humana independiente, se protege el derecho a la vida. Sus dos extremos estarían determinados por el nacimiento y la muerte.

Queda excluido del delito de homicidio la muerte del concebido pero no nacido, que por ser un delito contra la vida humana dependiente integra la figura delictiva de aborto; de la misma forma, cualquier conducta que se realice sobre un cadáver no constituye delito de homicidio.

Más adelante al tratar de sujeto pasivo del homicidio tocaremos estos aspectos.

La vida humana -es un hecho sin discusión- es el bien por excelencia de la persona. De ella emanan y dependen todos los no es, en derechos que el ser humano es capaz de ejercer.

En todas las legislaciones se reconoce el derecho de las personas a la vida, sin ninguna clase de discriminaciones en atención a sexo, raza, color, credo, ideología, etc.

Nadie puede disponer injustamente del derecho a la vida de otro, sin que la sociedad le exija responsabilidad por ese hecho. De lo contrario, dicha sociedad estaría amparando el germen de su propia destrucción.

III. ANALISIS DEL ARTICULO 311 (HOMICIDIO SIMPLE O BASICO)

A) TIPO OBJETIVO

1. Sujetos

a) Sujeto activo

La precisión del concepto de sujeto activo en el homicidio básico del artículo 311 del Código Penal no presenta problemas especiales al intérprete.

A este respecto rigen las reglas generales aplicables a todo delito material en el que se exige un determinado resultado.

El código al usar la expresión "el que" nos dice que el sujeto es indiferenciado, en el que no debe concurrir ninguna calificación particular. Se trata, en consecuencia, de un delito común que puede ser cometido por cualquiera persona.

Como quiera que "cualquiera" puede ser sujeto activo, hay que aclarar que se excluye la posibilidad de tener como tal al que se suicida, pues quien se mata no ha causado, en ningún caso, la muerte de otro; por otra parte, por cualquiera tampoco podemos tener a quienes, por razón de determinadas circunstancias, dan sustento a los homicidios agravados en los términos de los artículos 312 y 313 y homicidio atenuado (infanticidio) del artículo 316.

b) Sujeto pasivo

³ BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF: **Derecho Penal Chileno. Parte Especial**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1971. pág. 52.

⁴ NUÑEZ, Ricardo C: **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1978. pág. 45.

Sujeto pasivo del delito de homicidio es el hombre, la persona, cuya vida se destruye como consecuencia de la conducta del sujeto activo.

La determinación de lo que debemos entender por "hombre", "persona", resulta imprescindible en esta oportunidad.

Por tal los autores entienden una variedad de concepto, que van hasta extremos insospechados. Biológicamente es problemático poder afirmar cuando comienza la existencia humana.

La generalidad de los autores entienden que se es hombre, ser humano, desde el preciso momento en que el sujeto se le separa del vientre materno, independientemente de que pueda vivir.

"La viabilidad -ha señalado el maestro RODRIGUEZ DEVESA- es indiferente"⁽⁵⁾.

Si bien es cierto que se es ser humano desde el preciso momento de la concepción ⁽⁶⁾ no es menos cierto que el feto no es persona para efectos penales, aunque para efectos civiles puede tener tal calidad.

El límite mínimo para considerar que el sujeto pasivo es persona, en nuestro ordenamiento penal vigente podemos establecerlo relacionando el artículo 311 con el artículo 316 del Código que regula el delito de infanticidio.

Si para el infanticidio, homicidio privilegiado del artículo 316, se exige que se trate de un niño nacido no mayor de cinco días, podremos observar que es el nacimiento lo que determina en nuestro Código qué debemos entender por "hombre, persona", para efectos de la determinación del sujeto pasivo del homicidio.

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

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

Importante resulta determinar el momento exacto en que el feto adquiere el carácter de ser humano. El problema sólo es jurídico en apariencia, pues tenemos que recurrir a la biología para precisar este hecho.

A nuestro entender, por nacido debemos tener al que ha sido expulsado del seno materno y ha respirado en forma autónoma de su madre.

Debemos señalar, por otra parte, con MUÑOZ CONDE que no se requiere que el nacido pueda vivir para ser tenido como tal. Basta y sobra que haya nacido vivo, aunque no sea viable, para que sea hombre ⁽⁷⁾.

El límite máximo del delito está determinado por la muerte del sujeto pasivo. Resulta oportuno señalar, sin embargo, que en la actualidad la determinación del concepto médico de "muerte" presenta notables problemas ⁽⁸⁾.

⁵ RODRIGUEZ DEVESA, José María: Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, 1977. pág. 26.

⁶ QUINTANO RIPOLLES, Antonio: Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. 2a. edición por GIMBERNAT. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo 1, Vol. 1. Madrid, 1972. pág. 78.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Publicación de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977. pág.

8.

⁸ BUSTOS-GRISOLIA:- POLITOFF, pág. 61.

Fundamentalmente por razón de los trasplantes de órganos de personas "recién muertas", se hace necesario precisar con toda exactitud el momento de la muerte.

Hasta antes de iniciarse los trasplantes de órganos era común señalar que la muerte sobrevénía al cesar la respiración, los latidos del corazón y cuando aparecían los signos reales o evidentes de muerte. "En el cadáver es el cese del latido cordial -señalaba QUINTANO RIPOLLES dentro de esta corriente- un mero pronóstico, pero que por su claridad constituye a efectos jurídicos una prueba decisiva"⁽⁹⁾.

Modernamente se acepta por la ciencia médica en general que estamos en presencia de la muerte de la persona humana, cuando el cese de las funciones cerebrales es irreversible. Esta constatación es de suma urgencia en caso de trasplantes que no pueden esperar hasta la aparición de los signos reales o evidentes de muerte ⁽¹⁰⁾.

En este mismo sentido MUÑOZ RUBIO afirma que "en la actualidad existe consenso admitir que la vida cesa cuando se paralizan de manera definitiva e inexorable las funciones cerebrales y del sistema nervioso central, acompañadas de la detención espontánea de las más grandes funciones vitales (muerte cerebral), todo esto independientemente de que aún persistan otros fenómenos de vida biológica en el resto del cuerpo, los cuáles pueden prolongarse por largo espacio de tiempo mediante recursos artificiales destinados a mantener la circulación y la respiración (vida vegetativa)" ⁽¹¹⁾.

2. Objeto material

En el homicidio, al igual que en todos los delitos contra la vida e integridad personal, el objeto material sobre el cual recae la conducta del sujeto activo es el ser humano; es el hombre.

Pareciera que se identifican, pues, los conceptos de sujeto pasivo y objeto material a propósito de estos delitos.

Esta es la opinión más generalizada de los autores. Entre otros: MUÑOZ CONDE en España ⁽¹²⁾ y MUÑOZ RUBIO en Panamá ⁽¹³⁾.

3. La conducta típica

a) Formas

La norma objeto de examen alude a la conducta homicida cuando utiliza la fórmula "cause la muerte". Se trata de una fórmula tan amplia, que permite una gran variedad de medios para obtener que el fin propuesto, la muerte de otro, se produzca.

El homicidio es un delito de resultado material. Es el caso típico por excelencia de un delito material. Como en toda norma prohibitiva, la conducta incriminada generalmente es positiva. La norma reprime causar un resultado, que, en principio, es realizado positivamente.

La cuestión resulta un tanto complicada cuando se trata de una conducta omisiva. Admitir la posibilidad de causar la muerte por omisión es algo que se resuelve directamente frente al texto del propio código.

⁹ QUINTANO RIPOLLES, pág. 80.

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG en QUINTANO RIPOLLES, pág. 82; RODRIGUEZ DEVESA, pág. 29.

¹¹ MUÑOZ RUBIO, Campo Ellas: "Está permitido el transplante de corazón de la legislación panameña" en, LEX, Revista del Colegio Nacional de Panamá. Segunda época. Año 111. No. 8 Septiembre-Diciembre 1977. pág. 155.

¹² MUÑOZ CONDE, pág. 10.

¹³ MUÑOZ RUBIO, Campo Ellas: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Persona. Del Homicidio. Imprenta Universitaria. Panamá, 1973. pág. 3.

Dicha posibilidad es negada por algunos autores que, frente a algún texto determinado no la consideran como posible. Esto es así, porque si lo que se incrimina es la conducta de *matar a otro*, conducta eminentemente positiva, mal se puede hacer omisivamente. Esta es la opinión de NUÑEZ en el derecho argentino para quien el resultado muerte "no es conciliable con la noción de los delitos de omisión simple" ⁽¹⁴⁾.

Al amparo de nuestro Código, no obstante, no vemos ningún inconveniente en admitir la posibilidad de causar la muerte por omisión, pues lo que se incrimina es un resultado determinado (causar la muerte) y no la conducta positiva de matar. El artículo 311 reprime la realización del resultado muerte, independientemente de la conducta utilizada para tal fin.

Complicada es la situación cuando se trata de un delito impropio de omisión. En esta clase de delitos lo relevante radica en determinar, para efectos del delito objeto de examen, cuándo el no evitar el resultado muerte equivale a la conducta positiva de matar? ⁽¹⁵⁾. O, más genéricamente, "saber en que condiciones es punible *no evitar el resultado de un tipo prohibitivo*" ⁽¹⁶⁾.

Esta interrogante podemos resolverla con las propias palabras de BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF para quienes "El no impedir un resultado puede ser presentado como equivalente para el derecho a causarlo *solamente* cuando para el sujeto existe la obligación de actuar, y puesto que tiene tal obligación es que se cuenta con ella" ⁽¹⁷⁾.

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

¿Comete homicidio (art. 311) u omisión de socorro (art. 334) el salvavidas que conector del auxilio que necesita una bañista no se lo presta y se produce la muerte de aquel? En este caso nos encontramos ante un supuesto de homicidio (comisión por omisión), pues el agente tenía el deber de evitar el resultado en virtud de su especial posición de garante. Dicho deber, indudablemente, debe emanar de una norma jurídica, aunque no sea de una ley formal, de un acto jurídico privado o de especiales situaciones de vida o peligro.

b) Medios

Enormes discusiones ha suscitado a la doctrina el tema de los medios utilizados para causar la muerte del sujeto pasivo.

En principio, cualquier medio físico puede ser apto para producir la muerte. Algunos medios, sin embargo, se ven excluidos de ser tomados en cuenta en el homicidio simple, porque son aquellos que, de comprobarse su utilización, califican o agravan este.

Cuando en el homicidio se utilicen sustancias venenosas (art. 312, literal c) o el mismo se produzca por medio de incendio, de sumersión, inundación u otro de los delitos previstos en el Título i Décimo del Libro Segundo (art. 313 literal d), aunque la misma norma refiera equivocadamente el Título Séptimo, nos hallaremos ante casos de homicidio agravados en nuestra legislación. Otras legislaciones llaman a estos homicidios "asesinatos"; nosotros, que carecemos esta denominación, únicamente homicidio agravado o calificado.

Tratándose de medios *morales*, existe una disparidad de criterios. La doctrina francesa se orienta en sentido negativo; la italiana, los acepta. En nuestro medio "la fórmula amplia del artículo

¹⁴ NUÑEZ, Ricardo C: Derecho Penal Argentino. Tomo III. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1965. pág. 25.

¹⁵ MUÑOZ RUBIO-GUERRA DE VILLALAZ: Derecho Penal Panameño. Parte General. Ediciones Panamá Viejo, S.A. Panamá, 1977. pág. 203.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique: Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974. pág. 155.

¹⁷ BUSTOS-GRISOLIA-POLITOFF; págs. 69-70.

311 "cause la muerte" -señala MUÑOZ RUBIO- autoriza la inclusión de los medios morales en nuestro Derecho Penal" (18).

Entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado "muerte" debe existir una relación de causalidad que fundamente la imputación que se hace al sujeto activo de autor del homicidio respectivo.

Resulta problemática, sin embargo, saber cuando nos encontramos ante una relación de causa a efecto en algunos casos. No en vano afirma MUÑOZ CONDE que "es en esta materia donde se plantean los problemas más importantes sobre la *relación de causalidad*" (19).

De ella sostiene QUINTANO RIPOLLES que "es en el homicidio donde sus problemas se plantean con mayor acuidad, tanto por el aspecto genuino de delito de resultado que le viene prestando la jurisprudencia, como por las interferencias que antes de la consumación suelen presentarse en la práctica" (20).

Una gran cantidad de teorías tratan de explicar la relación de causalidad. Digna de tenerse en cuenta es la "teoría de la relevancia", que a nuestro entender brinda adecuadas soluciones, tan acertadamente resaltada por RODRIGUEZ MOURULLO, para quien el nexo causal "habrá de determinarse desde el plano de la tipicidad" (21).

B) TIPO SUBJETIVO

El delito bajo examen es de aquellos que exige en el sujeto " activo conocimiento y voluntad de causar la muerte de la víctima.

A pesar de que la norma utiliza la expresión "con intención de matar, la conducta que se incrimina no exige en el sujeto activo un *dolo específico*. Basta que se dé el *animus necandi* para que estemos en presencia del dolo exigido por la fórmula del artículo 311.

En este aspecto radica precisamente la diferencia entre el homicidio simple y el llamado homicidio preterintencional (art. 315 C.P.). El homicidio preterintencional requiere necesariamente en el sujeto *mimus vulnerandi* (interés de lesionar), más nunca *animus necandi* (interés de matar).

El homicidio es un delito doloso, susceptible de ser realizado con cualquier clase de dolo. Es perfectamente posible la concurrencia de cualquiera de las tres clases principales de dolo que la doctrina penal moderna reconoce como tales. Según ANTON ONECA son:

- a) aquel que se da cuando "el resultado es el fin que el agente se proponía";
- b) el que existe aunque "el resultado no es el que el agente se proponía conseguir, pero en su representación aparece como necesariamente unido a aquel";
- c) cuando el resultado "se representa en la mente del delincuente como meramente posible y, sin embargo, realiza la acción porque consiente en su producción antes que privarse del objeto perseguido".

A los dos primeros les denomina el citado autor "dolo directo", al tercero "dolo eventual" (22); DEL ROSAL por su parte los denomina dolo directo, indirecto o de consecuencias necesarias y

¹⁸ MUÑOZ RUBIO, Lecciones, pág. 7.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, págs. 10-11.

²⁰ QUINTANO RIPOLLES, pág. 93.

²¹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977. pág. 300.

²² ANTON ONECA, José: Derecho Penal. Parte General. Madrid, 1949. págs. 200-201.

eventual (²³); GIMBERNAT los califica como dolo directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual (²⁴).

Poco interés presentan los casos de "error in persona" y la "aberratio ictus" a propósito del delito de homicidio, pues mantienen, a este respecto, igual vigencia que en la parte general.

Dichas formas de error no modifican la responsabilidad penal del homicida para agravarla, pero si pueden variar un homicidio agra vado en uno simple.

C) ANTIJURIDICIDAD Y JUSTIFICACION

Respecto a la antijuridicidad, en términos generales no se presentan en el delito bajo análisis cuestiones especiales. Rigen, pues, los aspectos generales de la doctrina del delito que no podemos estudiar en esta ocasión.

De igual forma, las causas de justificación se pueden presentar en toda su extensión bajo los lineamientos generales contenidos en la parte general.

Resulta interesante destacar, no obstante, la particular estructuración de la legítima defensa a propósito de delito que analizamos.

El Código Penal vigente, tomado casi textualmente del Proyecto CONCHA (Colombia, 1912), que a su vez se inspiraba Zanardelli, desdobra la citada causa de justificación, de modo que la misma es objeto de regulación genérica en el Libro primero (parte general) y específica en el segundo, a propósito del homicidio y las lesiones dentro de las disposiciones comunes existentes para ambos delitos.

El art. 323 del C. P. declara exento de pena el homicidio, cuando el mismo se comete en los casos siguientes:

Artículo 323. No será penado el que cometa contra las personas uno de los hechos previstos en los artículos que preceden, en los casos siguientes:

a) Obligado por la necesidad de defender sus propios bienes contra los autores de uno de los hechos previstos en los artículos 353, 354, 355 y 357;

b) Obligado por la necesidad de rechazar a los autores de escalamiento, incendio o fractura de puertas o cercados, contra una casa o edificio habitado o sus dependencias, cuando estos hechos tienen lugar durante la noche, o cuando la casa o edificio habitados estén situados en un lugar aislado, si hubiera fundado motivo de temor respecto de la seguridad personal de quien se encuentre allí.

La pena se disminuye solamente de la tercera parte a la mitad, y la reclusión se sustituye con prisión, si hay exceso en la defensa en los casos indicados en el ordinal a) del presente artículo, o si el hecho se comete al rechazar a los autores del escalamiento, incendio o fractura de puertas, o cercados de una casa u otro edificio habitado, sin que concurren las circunstancias prescritas en el ordinal b).

c) Si el hecho contra las personas de que tratan los capítulos precedentes, lo cometen el cónyuge, un ascendiente o hermano, en la persona de su cónyuge, de su descendiente, de su hermano o de su cómplice, o de ambos, en el momento en que los sorprende en flagrante delito de adulterio, o de comercio carnal ilícito. Esta disposición se aplicará aún en el caso de que el parentesco no sea legítimo, siempre que la filiación natural se halle establecida legalmente.

²³ DEL ROSAL, Juan: Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. Vol. I. Madrid, 1969. pág. 141.

²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Acerca del Dolo Eventual" en Estudios de Derecho Penal. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1976. pág.; también publicado en Nuevo Pensamiento Penal. Año I. No. 3. págs. 355 y sgts.

De lo transcrito tenemos que reconocer que en nuestra legislación está justificada muy especialmente la defensa de los bienes propios cuando se trata de robo (arts. 353, 354 y 355 C.P.) y secuestro lucrativo (art. 357 C.P.). La referencia que se hace a los "autores" en el literal a) alude a los que realizan precisamente la conducta delictiva que motiva la defensa ⁽²⁵⁾.

También está permitida la legítima defensa contra los autores de escalamiento, incendio o fractura de puertas o cercados, contra una casa o edificio habitado o sus dependencias, cuando estos hechos tienen lugar durante la noche, o cuando la casa o edificio habitados estén situados en un lugar aislado, si hubiere fundado motivo de temor respecto de la seguridad personal de quien se encuentre allí. El fundamento de esta justificación radica en que dichos hechos se comenten con evidente disminución de las posibilidades reales de defensa de la víctima, ya bien de noche o en un lugar aislado, si en esas circunstancias quien se defiende pueda tener fundado temor por su seguridad, sea cualquiera el fin delictivo perseguido por su víctima.

Existe una pena atenuada, no hay justificación, si hay enceso en la defensa en los hechos señalados en el literal a) o si el homicidio o la lesión se comete sin que concurren la situaciones descritas en el literal b).

Esta obsoleta regulación de la causa de justificación llevó a JIMENEZ DE ASUA a vertir sobre nuestro código las más fuertes críticas que quizás se hayan formulado en su contra. "La redacción de la legítima defensa -dijo- no puede ser más expuesta a equívocos y la enclavadura en la Parte Especial de la defensa de los bienes, como disposición común a los delitos contra las personas (art. 323), revela un arcaísmo incompatible con la hora presente"⁽²⁶⁾.

Por último, también está exento de pena la conducta homicida (o constitutiva de lesiones, según el caso) del cónyuge, ascendiente o hermano que sorprende en flagrante delito de adulterio o comercio carnal ilícito a su cónyuge, descendiente, hermano y la pareja de aquél.

En este caso, la exención de pena opera únicamente a favor del cónyuge, descendiente o hermano exclusivamente. Por ser personal la exención de pena, no abarca tal beneficio la conducta de quien ayuda o induce tal acción.

No se trata, en consecuencia de una causa de justificación, puesto que declararíamos permitida la conducta de todo partícipe en el hecho justificado, lo cual contradice el propio espíritu de la eximente que va dirigida a favorecer únicamente a quienes ostenten una determinada cualidad respecto de una de las víctimas.

La especial configuración de esta eximente nos obliga a reconocer que en este caso nos encontremos ante una acción típica, antijurídica y culpable favorecida por una *excusa absolutoria*.

Aunque dicha eximente sea derecho positivo, debemos manifestar nuestro total repudio hacia dicha fórmula, toda vez que subordina el derecho a la vida de las víctimas al interés ideal (buen nombre y prestigio) del sujeto eximido de pena.

D) LA CULPABILIDAD

A diferencia de lo que ocurre con la antijuridicidad, en el delito de homicidio no encontramos ningún problema especial, de modo que son de aplicación los principios generales.

²⁵ Cfr, MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: "El concepto de autor de los delitos dolosos en la legislación penal panameño" en, LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Segunda época. Año 11. No. 3. Enero-Abril 1976. págs. 147 y sgts.

²⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis: Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 2a. edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1956. pág. 1120. Véase, también ALIMENA, Bernardino: Delitos contra las personas. Editorial Temis. Bogotá, 1975. págs. 236 y sgts.

Los aspectos o principios generales que deben mencionarse son los vinculados a la imputabilidad del sujeto, la exigibilidad y al conocimiento de la antijuridicidad. Deben quedar excluidos de su consideración en este lugar todos los problemas relativos al dolo y otros elementos de índole subjetiva, ya que su estudio pertenece al tipo subjetivo.

Es reprochable la conducta del sujeto que actúa conforme a los tres principios antes señalados, pues ante la inexistencia de alguno de ellos, su conducta no será punible ya que no se le podía exigir actuar de otra manera.

Por lo que respecta al error de prohibición, si éste es invencible queda anulada; por el contrario, es atenuada la responsabilidad del sujeto si es evitable.

E) FORMAS DE APARICION DELICTIVA

A este respecto, es interesante mencionar algunos aspectos relacionados con todo el proceso ejecutivo del delito, el concurso eventual de sujetos y el concurso de delitos.

1. Fases Ejecutivas

Por ser el delito de homicidio como antes señalamos, de aquellas infracciones que en doctrina se conocen como "delitos materiales", la consumación del mismo esta condicionada por la muerte del sujeto pasivo.

Son admisibles, por tanto, las denominadas formas imperfectas de ejecución que nuestro Código conoce como tentativa y frustración.

Ambas frente a la consumación coinciden en el aspecto subjetivo, por cuanto que suponen la voluntad de matar en el sujeto activo, pero difieren en la mutación del mundo exterior pues no se consigue el fin deseado.

La causación del resultado muerte se produce por una insuficiencia más o menos acentuada en la conducta del sujeto activo que, inicia la ejecución pero no realiza todos los actos necesarios (tentativa) o inicia la ejecución pero el fin no se produce aunque haya realizado cuanto creía necesario para el resultado esperado, (frustración) en ambos casos, por causas independientes de la voluntad del mismo sujeto.

Los más complicados problemas en el plano teórico y desde el punto de vista práctico, se plantean a propósito de la tentativa y su delimitación frente a los actos preparatorios y el delito frustrado y la distinción entre éste y las lesiones consumadas.

Con respecto a la primera cuestión, ya MUÑOZ RUBIO ha llamado la atención sobre las enormes dificultades que se presentan en nuestro Código, donde lo que se sanciona no es una conducta precisa, sino la causación de un determinado resultado ⁽²⁷⁾ pues los criterios que se basan en la condición de ejecutivos de los actos realizados por el sujeto activo no son valideros frente a códigos como el nuestro.

La solución, a nuestro entender, hay que plantearla, fundamentalmente, en torno al tipo penal de homicidio de que se trate, en vista de la exigencia de seguridad jurídica que emana del principio de estricta legalidad. Comprar un revolver, es meramente preparatorio, apuntar el arma, también; disparar es, por el contrario, un acto eminentemente ejecutivo de matar.

La segunda cuestión se resuelve atendiendo al grado de desarrollo de las conductas respectivas, en donde encontraremos un comienzo de ejecución para la tentativa y una ejecución completa de los actos externos en la frustración.

²⁷ MUÑOZ RUBIO, Lecciones, pág. 13

A este respecto, es conveniente tener en cuenta las posibilidades de desistimiento de la consumación y de arrepentimiento activo.

La última cuestión presenta en la práctica dificultades de gran magnitud que han obligado a nuestra Corte Suprema de justicia a condenar en numerosos casos por lesiones, cuando se trata de supuestos de homicidios frustrados.

Esto se debe fundamentalmente a que el aspecto subjetivo del agente permanece desconocido para el juzgador quien, ante la duda, resuelve siempre *in dubio pro reo*, aunque por la naturaleza de las lesiones o la ubicación de estas podamos afirmar la intención de matar.

2. Autoría y Participación.

La determinación del concepto de autor no presenta en el delito de homicidio especial particularidad.

Lo es aquel que cause la muerte a otro. Quien por razón de su acción u omisión produce el resultado prohibido es el autor de la infracción.

Cuando hablamos de autor también incluimos a los "coautores", pues para ser tal en nuestra legislación se requieren los mismos requisitos que se le exigen a los autores ⁽²⁸⁾.

En el delito de homicidio los coautores provocan todos, cada uno, por sí solos el resultado prohibido por la norma.

Perfectamente posible son las formas de participación en el homicidio, en sus diversos grados: instigación, complicidad primaria y complicidad secundaria.

Es menester señalar, no obstante, que la complicada distinción entre autor y coautor, por una parte, y cómplice primario, por la otra, carece de sentido práctico, toda vez que los primeros por realizar la conducta descrita en la norma sean sancionados con la pena que lleva el delito y los segundos, por expresa disposición de la ley (art. 63 inc. 10.) son sancionados también con dicha penal ⁽²⁹⁾.

Además, aunque la contribución desplegada sea de carácter secundario, la misma puede ser sancionada "como si fuera", porque no lo es en realidad, de autoría en aquellos casos en que el delito no se hubiera cometido sin la ayuda de quien entonces se denomina "cómplice necesario" (art. 64, párrafo final).

Por último, la instigación es admisible en este delito y de comprobarse la participación de aquel en el homicidio será sancionado con la misma pena del homicidio, disminuida en determinada proporción (art. 63, inc. 2o.)

3. Unidad y pluralidad de delitos.

Son posibles en el delito de homicidio las diversas formas de concurso de delitos. Ya sea que se trate de un concurso material o de un concurso ideal.

En aquellos supuestos de concurso material, es menester tener presente que la pena de reclusión en nuestro medio, no puede ser mayor de 20 años (art. 66 del C.P.).

Tratándose del delito continuado no considera la doctrina su viabilidad en los delitos contra la vida e integridad personal, por la índole del bien jurídico protegido.

E) PENALIDAD

²⁸ Sobre la particular, véase nuestro trabajo citado en la nota 26.

²⁹ MUÑOZ POPE, Carlos Enrique: "En torno a la accesoriadad de la participación criminal" en, LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Segunda época. Año 11. No. 5. Septiembre-Diciembre 1976. págs. 81 y sgts.

La pena establecida para el delito bajo examen es de reclusión por el término de 5 a 15 años.

La norma bajo examen no contiene ninguna clase de circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal.

No quiere decir esto que no haya homicidios agravados o atenuados; lo que sucede es que, dichos homicidios agravados o atenuados están regulados en normas separadas del homicidio simple.

IV. EL HOMICIDIO SIMPLE EN EL PROYECTO REVISADO

La Comisión Revisora del Anteproyecto de Código Penal de 1970 estimó imprescindible iniciar con la regulación de los delitos contra la vida e integridad personal la tipificación de las conductas punibles en atención a la jerarquía del bien jurídico que en dichos delitos se protege, en contraposición al Código vigente que los regula en el Título XII.

Se ha considerado que la vida es el bien por excelencia y la protección que a la misma brinde el Estado debe ser preeminente.

Con esta nueva estructura del Libro Segundo el Proyecto revisado abandona el sistema que desde la aprobación del Código vigente en 1922, ha existido en Panamá y que se encontraba en la redacción original del Anteproyecto de 1970, ahora actualizado entre

